

GERARD JULIUS OLIVEIRA EVERAERT



Dedução/não inclusão com *hybrid mismatches*:
Game over?

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal elaborada sob a orientação do
Senhor Doutor João Félix Pinto Nogueira

MESTRADO EM DIREITO FISCAL
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – ESCOLA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
LISBOA, 31 DE MARÇO DE 2014

Dedução/não inclusão com *hybrid mismatches*: *Game over?*

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal elaborada sob a orientação do
Senhor Doutor João Félix Pinto Nogueira

MESTRADO EM DIREITO FISCAL
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – ESCOLA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
LISBOA, 31 DE MARÇO DE 2014

Agradecimento

Ao Doutor João Félix Pinto Nogueira,
orientador desta dissertação,
por toda a preocupação,
por toda a disponibilidade,
por todo o incentivo,
por todas as críticas, todos os conselhos, por toda a orientação.

Aos meus pais.

E à minha família portuguesa, sempre presente, Michel, Alexandre, António, Francisco, Ricardo, João, Cátia, Filipa e Catarina.

1. Introdução

1.1. Considerações Preliminares

O fenómeno da globalização é cada vez mais visível na estruturação das transacções económicas numa escala global. Com a redução de fronteiras físicas e de outros obstáculos económicos, jurídicos e políticos, assistiu-se a um aumento exponencial das operações internacionais

Hodiernamente, os operadores económicos têm a capacidade de desenvolver as suas actividades num contexto geográfico mais alargado (mesmo mundial). E, quando se passa de um quadro nacional para um quadro mundial, a decisão económica começa a integrar um número adicional de condicionantes, entre as quais a fiscal. Dadas as fortes divergências existentes entre as jurisdições contemporâneas, o factor fiscal mostra-se muitas vezes como um dos elementos mais críticos na decisão sobre a localização de um determinado ente, operação ou transacção.

Além da falta de harmonização, as jurisdições fiscais contém, por regra, vários elementos de extra-territorialidade o que leva à emergência de situações de dupla tributação internacional.

Tal dupla tributação deriva da aplicação simultânea de normas provenientes de dois ou mais sistemas jurídicos. Isto ocorre de modo frequente nas operações transnacionais uma vez que, por regra, os residentes são tributados tendo por base o seu rendimento mundial, ao passo que os não residentes são tributados com base nos rendimentos obtidos no território da jurisdição em questão (tributação com base na fonte). A forma mais comum de resolução das consequências negativas associadas a este fenómeno passa pela celebração e aplicação das convenções destinadas a eliminar ou mitigar a dupla tributação internacional (que doravante designaremos como CDT's: Convenções em matéria de Dupla Tributação).

Uma situação menos comum, mas ainda assim decorrente da disparidade entre sistemas fiscais é a da dupla não tributação internacional. Esta ocorre quando uma determinada parcela do rendimento não se encontra sujeita a tributação em nenhuma das jurisdições com as quais têm ou poderia ter um nexo de conexão genuíno. Tais situações podem ser despoletadas por diversos fatores mas têm normalmente na sua base ou

défices de previsão legislativa num ou mais Estados¹ ou casos desencontro (“*mismatch*”) na aplicação de uma CDT.

Ao nível da União Europeia (doravante UE), e não obstante os esforços de harmonização de vários sectores, continuamos com grandes défices de integração no que respeita à fiscalidade directa. Os Estados membros (seguidamente EM) continuam a poder determinar com grande autonomia os diversos elementos do sistema fiscal, desde que o façam com respeito pelo direito da EU². As únicas excepções a esta autonomia são as seis directivas em (ou com interesse para) fiscalidade directa. Encontramos três directivas em matéria societária (sociedades mãe-afiliadas³; juros e royalties⁴; fusões, cisões e aquisições⁵) bem como uma em matéria de pessoas singulares (directiva da poupança)⁶. Existem ainda duas outras directivas em matéria de assistência mútua entre administrações tributárias: a directiva sobre troca de informações⁷, e a directiva da cobrança⁸.

Esta grande autonomia conjugada com a aplicabilidade irrestrita das liberdades fundamentais faz com que o mercado interior se mostre como um campo privilegiado para a emergência de desencontros ou *mismatches*. E o tribunal tem vindo a reconhecer a dupla tributação⁹, bem como a dupla não tributação¹⁰.

Tanto na UE como no mundo, num contexto de crise económica mundial e de necessidade de aumentar as receitas fiscais, é normal que as situações de dupla não

¹ Isto pode suceder tanto porque: i) de forma consciente (ou não) ambos os Estados decidem tributar uma parcela de rendimento, ou porque; ii) nenhum dos Estados tributa essa parcela com base no pressuposto de que o outro o Estado o fará (o que não acontece).

² TJUE 14.02.1995, C-279/93, Schumacker, §21. O Tribunal nesta decisão clarifica que a matéria de fiscalidade directa não se encontra incluída na esfera de competências da União, no entanto os Estados Membros devem exercer as suas competências em conformidade com o direito da União Europeia.

³ Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011.

⁴ Directiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003.

⁵ Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

⁶ Directiva 2003/48/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003.

⁷ Directiva 2011/16/UE, do Conselho de 15 de Fevereiro de 2011.

⁸ Directiva 2010/24/UE, do Conselho de 16 de Março de 2010.

⁹ TJUE 14.11.2006, C-513/04, *Kerckhaert-Morres*. Nesta decisão o Tribunal refere que, as convenções para evitar a dupla tributação previstas no artigo 293.º do Tratado da União Europeia, servem para atenuar ou eliminar os efeitos que a dupla tributação produz no mercado interno, que decorrem da mera coexistência de vários sistemas fiscais. Adicionalmente, no aresto do TJUE 12.02.2009, C-67/08, *Block.*, o Tribunal diz que apesar da existência da directiva mães-filhas, no actual estado de desenvolvimento do direito comunitário, não existe qualquer obrigação dos EM, de adaptar os seus sistemas fiscais, aos diferentes sistemas dos outros EM, nomeadamente no que se refere à dupla tributação que ocorre em consequência do exercício simultâneo da soberania fiscal dos EM.

¹⁰ Para uma boa síntese deste conceito *vide* as conclusões do Advogado Geral Geelhoed no Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2006, *Franked Investment Income Group Litigation*, C-446/04. Geelhoed refere que as disparidades decorrem meramente das diferenças resultantes da coexistência de vários ordenamentos jurídicos e administrações fiscais e que as mesmas não violam o ordenamento jurídico europeu.

tributação ganhem uma maior visibilidade (e que gerem maiores preocupações), tanto por parte dos governos nacionais como por parte da sociedade civil. Um dos casos mais frequentes de *tax arbitrage*¹¹ sob a forma de dupla não tributação passa pelos chamados *hybrid mismatch arrangements*¹². Grosso modo, trata-se da obtenção de uma situação de vantagem (por exemplo a dupla não tributação) resultante do aproveitamento das diferenças de tratamento tributário de certos instrumentos, entidades ou operações situadas em dois ou mais Estados. É importante realçar, desde já, que por regra, tal vantagem resulta de uma descoordenação entre jurisdições e não de um comportamento fraudulento ou elisivo por parte do sujeito.

Para além do óbvio impacto nas receitas tributárias, os *hybrid mismatches* despoletam alguns dos mais interessantes debates na discussão tributária internacional. Será legítimo aos sujeitos passivos o aproveitamento dos casos de descoordenação entre dois ou mais sistemas tributários?¹³ Será possível reagir contra estes comportamentos no quadro dos dispositivos existentes ou é necessária a introdução de novos mecanismos ao nível internacional? Existe algum princípio ou regra, ao nível internacional que proíba a exploração destes casos de *mismatch*? Se sim, a quem compete a resolução dos problemas: ao Estado da fonte? Ao Estado da residência? A um terceiro Estado?

A pertinência e actualidade destas questões, além da quase inexistência de um tratamento compreensivo das mesmas no quadro nacional, conduziu-nos à selecção deste tema para a nossa dissertação de mestrado.

¹¹ De acordo com o IBFD Glossary, o termo “tax arbitrage” pode ser definido como: “*in a tax context, arbitrage generally refers to a transaction or arrangement that exploits differences in tax rules within or between national tax systems, such as those relating to tax rates, income qualification, or timing. For example, obtaining a tax deduction on borrowings in a high tax country and arranging for the proceeds to be invested by a related party in a low tax country at a correspondingly lower rate of tax, effects an arbitrage between the two countries’ respective tax systems*”. Disponível em: http://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/collections/itg/html/itg_arbitrage.html&WT.z_nav=Paginaton&colid=4949.

¹² A tradução desta expressão para português revela muitas dificuldades pelo que preferimos, neste estudo, utilizar a expressão pela qual a situação é conhecida na gíria internacional. Por outro lado, e considerando a doutrina em idiomas distintos do inglês, é normal a manutenção desta expressão.

¹³ O planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a um obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais. O planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar os princípios ou regras do ordenamento jurídico tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo. – SANCHES, J. L. S., “*Os limites do planeamento fiscal*”, Coimbra Editora 2006, p. 21.

1.2. Objectivos da tese

Com a presente tese pretendemos estudar, de modo compreensivo, os chamados *hybrid mismatches*. Faremos tal com o intuito específico de caracterizar adequadamente o enquadramento jurídico-tributário dos mesmos e de, caso se mostre necessário, avançar com propostas normativas nos planos doméstico e nacional.

1.3. Objecto

1.3.1. Delimitação positiva

O nosso objecto de estudo são os *hybrid mismatches* na sua dimensão jus tributária internacional. Dada que a expressão é por vezes utilizada de forma equívoca, importa proceder a um exercício de delimitação positiva.

Sub judice estarão apenas os casos em que um sujeito obtém uma vantagem tributária (tributação reduzida, atenuada ou inexistente) resultante do aproveitamento de situações de incongruência tributária entre dois sistemas fiscais. Limitaremos ainda a nossa análise aos casos em que tal vantagem é obtida através de um instrumento financeiro, sob a forma de dedução/não inclusão de rendimentos.

Partimos do pressuposto que os comportamentos dirigidos à obtenção de uma vantagem através de *mismatches* estão, pelo menos, contidos dentro da letra da lei.

1.3.2. Delimitação negativa

Ainda que constituído situações de dupla não tributação ou de *tax arbitrage* não serão objecto do nosso estudo todas as que não se relacionem com instrumentos financeiros. Também não entraremos em discussões conexas como as da definição e combate ao planeamento fiscal agressivo ou da definição do conceito de *fair share* no que tange ao valor com que cada sujeito passivo (e em especial os grupos multinacionais) deve participar nos orçamentos estatais.

Como mencionámos anteriormente, os comportamentos estudados assentam em condutas “lícitas” pelo que excluiremos da nossa análise os casos de ilicitude ou

patologia tributária. Também fora deixaremos todas as “disparidades” (tal como o conceito é utilizado pelo TJUE¹⁴) que não se relacionem com híbridos.

1.4. Metodologia e modo de citar

Após delimitado o objecto do nosso trabalho, cabe determinar a metodologia utilizada. Os *hybrid mismatches* fazem parte do grupo de questões associadas ao recente tópico de discussão sobre a erosão da base tributária dos Estados. Assim, o tratamento do tema será feito através da revisão bibliográfica, maioritariamente de artigos doutrinários; da revisão de documentos de organizações internacionais como a OCDE, UE e de revisão jurisprudencial.

Para a citação, optamos por seguir as regras do *House Style* do IBFD¹⁵.

1.5. Sequência

No primeiro capítulo faremos um enquadramento geral dos *hybrid mismatches*. Seguidamente demonstraremos como estas situações emergem, classificaremos os vários tipos de *mismatches*, e clarificaremos os objectivos subjacentes e os efeitos pretendidos com o recurso aos mesmos. A partir desta fase, o objecto do nosso estudo irá centrar-se nos instrumentos financeiros. No terceiro capítulo da dissertação procederemos a uma análise plurilocalizada dos problemas suscitados pelos híbridos nos instrumentos financeiros, das normas e dos mecanismos existentes para a sua solução (tanto ao nível doméstico, como ao nível internacional e regional). Seguidamente focaremos a nossa atenção ao caso português, tendo já em conta a recente reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC). Posteriormente, faremos uma análise sobre a compatibilidade do regime português com o direito da União Europeia, seguindo os passos do raciocínio típico do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante designado por TJUE). Por último, será feita uma exposição conclusiva, realçando os aspectos mais relevantes do nosso estudo.

¹⁴ Como referido *supra* sobre a dupla não tributação e o conceito de disparidades.

¹⁵http://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Guidelines_IBFD_standard_citations_references.pdf

2. “Hybrid Mismatches”

2.1. Introdução ao problema

Como referimos anteriormente, os *hybrid mismatches* são um problema¹⁶ complexo. Dado que se tratam de uma subcategoria de algo mais amplo – os *hybrid mismatches* – começaremos por uma análise geral das consequências e efeitos de todos os *mismatches*, para depois introduzir um corte analítico e recentrar a dissertação nos *mismatches* criados por instrumentos financeiros e no efeito negativo de dedução dos gastos suportados e correspondente não inclusão dos rendimentos na esfera dos beneficiários.

Tal como o nome indica, um *hybrid mismatch* consiste numa realidade com duas componentes distintas. Existe um híbrido quando uma realidade, em regra complexa, apresenta características subsumíveis a diferentes categorizações. Isto verifica-se, v.g., quando, uma determinada entidade, instrumento ou transacção recebe uma caracterização distinta em duas jurisdições (normalmente Estados da fonte e residência). Em consequência da díspar caracterização, encontramos um desencontro (“*mismatch*”), no tratamento conferido por dois ou mais sistemas fiscais à mesma operação ou situação transfronteiriça. No âmbito tributário, tal desencontro possibilita aos sujeitos passivos, em alguns dos casos, a possibilidade de obtenção de vantagens fiscais.

O problema dos *hybrid mismatches* tem a sua génese na qualificação da realidade. Em termos genéricos, a qualificação consiste numa operação de apreensão de uma realidade e posterior subsunção a uma norma jurídica¹⁷. Neste processo, a maioria dos sistemas fiscais opta por um critério formal, onde são tidas em consideração as características tradicionais dos instrumentos, entes ou transacções. Outros sistemas fiscais, tradicionalmente de origem anglo-saxónica, vão mais longe e através de um critério material¹⁸, desconsideram a forma da realidade em análise, classificando a realidade por referência à verdadeira substância e intuito económico subjacente. Noutros sistemas, ainda, parte-se da classificação formal mas remete-se para a materialidade como um critério de salvaguarda (para casos em que o formalismo é

¹⁶ RUSSO, R. “*The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements*”, 67 Bulletin for International Taxation 2, 2013, Journals IBFD, pp. 110-111.

¹⁷ Sobre a qualificação vide XAVIER, A., “*Direito Tributário Internacional*”, 2ª Edição, Almedina, 2011, p. 159 ss.

¹⁸ Sobre o princípio da substância sobre a forma vide SANCHES, J. L. S., “*Manual de Direito Fiscal*”, 3ª Edição, Coimbra Editora 2007, pp. 154-157.

explorado de forma artificiosa, com objectivos contrários ao espírito do sistema fiscal). Assim, tanto no contexto internacional como no europeu (onde a harmonização é débil e não existe um entendimento uniforme sobre as normas de qualificação) os *hybrid mismatches* acabam por mostrar-se como um “fenómeno natural”.

Os híbridos são frequentemente utilizados em esquemas de planeamento fiscal, entendidos como operações que têm em vista melhorar a eficiência e otimizar a política fiscal de uma entidade ou grupo de entidades, permitindo otimizar a sua posição económica no mercado¹⁹.

No entanto, e apesar de a motivação fiscal ser muitas vezes a predominante, existem várias razões não fiscais para o recurso aos mesmos. Entre elas encontram-se: i) a possibilidade de redução dos custos de financiamento; ii) a cobertura de riscos económicos e negociais; iii) o aperfeiçoamento dos fluxos de capital e oportunidades de investimento, que de outra forma, através de instrumentos tradicionais não seriam exequíveis²⁰.

2.2. Tipologia de “*mismatches*”

Apesar da crescente integração económica internacional, encontramos ainda assinaláveis diferenças ao nível de incidência subjectiva e objectiva, taxas, deduções e benefícios fiscais. Iguais diferenças se encontram ao nível da qualificação dos diversos itens de rendimento ou das diferentes transacções.

Se ao nível interno a opção por uma ou outra qualificação é normalmente neutra (até porque se estabelecem normas de equivalência ou ficções) ao nível internacional isto pode levar a situações de descoordenação, sempre que a fonte e a residência classifiquem um determinado ente ou rendimento de modo distinto (pelo que as normas de qualificação vão ter uma relevância acrescida). Esta descoordenação pode ter como consequência tanto uma vantagem como uma desvantagem, ao nível tributário.

Tendo em conta as diferentes realidades sobre as quais estas normas recaem, é possível distinguir quatro categorias “*mismatches*”: i) entidades híbridas; ii)

¹⁹ Cfr. GAJEWSKI, D., “*The Role of Hybrid Instruments in the Implementation of Business Tax Policy*”, *Contemporary Economics*, Vol. 6, N. 2, 2012, p. 85.

²⁰ PRATS, F. A., “*Qualification of hybrid financial instruments in tax treaties*”, *Diritto e Pratica Tributária Internazionale*, Vol. VIII, N.3, 2011, pp. 977-978.

instrumentos híbridos; iii) entidades com dupla residência fiscal, e; iv) transacções híbridas.²¹

2.2.1. Entidades híbridas

Ao nível tributário, nem todas as pessoas colectivas são tributadas ao nível societário (sociedades opacas). Algumas (e os critérios divergem bastante de país para país) são consideradas transparentes. Nestes últimos casos, procede-se a uma determinação do lucro tributável na esfera societária mas posteriormente o lucro é imputado aos directamente sócios²² (que podem ser pessoas singulares ou colectivas), sendo tributados nessa esfera²³.

Teremos situação híbrida em termos do ente quando uma mesma sociedade (operando em mais do que uma jurisdição) seja considerada como opaca num Estado e como transparente no outro. Tal abre a possibilidade de vantagens ao nível tributário.

2.2.2. Instrumentos financeiros híbridos

Os instrumentos financeiros podem ser definidos como um conjunto de instrumentos juscomerciais heterogéneos susceptíveis de criação e/ou negociação no mercado de capitais, que têm por finalidade primordial o financiamento e/ou cobertura do risco da actividade económica²⁴.

²¹ Idêntica classificação é seguida pela OCDE no relatório “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, OECD Publishing 2012. p. 7.

²² Este regime visa garantir a neutralidade entre a tributação de pessoas singulares e colectivas, eliminar a dupla tributação económica decorrente da distribuição de lucros aos sócios, e combater a evasão fiscal através da criação artificial de sociedades - Cfr. NABAIS, C., “*Direito fiscal*”, 6ª edição, Almedina 2011, p. 565.

²³ Actualmente, o regime da transparência fiscal encontra-se plasmado no artigo 6.º do Código do IRC e dispõe o seguinte: 1- É imputada aos sócios, integrando-se, nos termos da legislação que for aplicável, no seu rendimento tributável para efeitos de IRS ou IRC, consoante o caso, a matéria colectável, determinada nos termos deste Código, das sociedades a seguir indicadas, com sede ou direcção efectiva em território português, ainda que não tenha havido distribuição de lucros:

a) Sociedades civis não constituídas sob forma comercial;
b) Sociedades de profissionais;
c) Sociedades de simples administração de bens, cuja maioria do capital social pertença, directa ou indirectamente, durante mais de 183 dias do exercício social, a um grupo familiar, ou cujo capital social pertença, em qualquer dia do exercício social, a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa colectiva de direito público.

²⁴ ANTUNES, J. E., “*Os instrumentos financeiros*”, Almedina 2009, p.7.

No contexto da evolução e modernização dos mercados financeiros, conceberam-se instrumentos de financiamento cada vez mais complexos. O resultado deste processo foi o aparecimento de (instrumentos financeiros) híbridos, os quais se traduzem em formas específicas de financiamento, cuja estrutura comporta características de capital próprio e de dívida. Tais instrumentos podem ser objecto de uma diferente classificação em dois ou mais Estados: i) onde se encontra o sujeito que financia, e; ii) o Estado onde o financiamento é recebido. Note-se que na óptica do sujeito passivo, os instrumentos financeiros são por regra economicamente substituíveis. Assim, a maior vantagem destes instrumentos reside na flexibilidade de criação e utilização à medida das necessidades do emissor, ou do beneficiário²⁵.

O conceito de instrumentos híbridos não tem subjacente um qualquer instrumento financeiro pré-concebido. Refere-se sim ao vasto leque de possíveis instrumentos que comportam características de capital próprio ou de dívida²⁶ e que, por virtude disso, podem ser objecto de qualificações distintas em mais do que uma jurisdição. Desta forma, podemos identificar como exemplos de instrumentos financeiros híbridos, entre outros, empréstimos com direito a participação nos lucros da entidade, obrigações convertíveis em acções, obrigações com *warrant*, acções preferenciais sem voto e acções com direito de subscrição de obrigações²⁷.

Para uma melhor compreensão dos razões subjacentes à qualificação importa proceder a uma adequada distinção entre capital próprio e dívida. Na maioria dos sistemas fiscais, a distinção entre estes dois conceitos assenta principalmente nas relações civilísticas entre o credor e o devedor, ou entidade e accionista ao abrigo do direito empresarial. Tradicionalmente, os instrumentos caracterizados como dívida apresentam as seguintes características: i) pagamentos dos fundos num prazo pré-acordado; ii) a predeterminação do montante da remuneração a pagar sobre os fundos utilizados; iii) a ausência de qualquer controlo sobre a entidade beneficiária, e; iv) a existência de um direito sobre os fundos disponibilizados. Por sua vez, os instrumentos como capital próprio caracterizam-se por: i) assentarem na assunção de risco por parte do investidor; ii) carecerem de uma garantia sobre o retorno do investimento (o qual está dependente do resultado da entidade); iii) requererem a atribuição de direitos de

²⁵ WIEDERMANN-ONDREJ, N., “*Hybrid instruments and the indirect credit method – Does it work?*”, SFB International Tax Coordination Discussion Paper No. 19, p. 4.

²⁶ GAJEWSKI, D., *op. cit.* p. 85.

²⁷ MCCORMICK, R.; CREAMER, H., “*Hybrid Corporate Securities: International Legal Aspects*”, Sweet & Maxwell, London, 1987, *apud* ANTUNES, J. E., *op. cit.* p. 88.

voto, e; iv) existir uma posição de subordinação dos detentores de capital face aos credores da entidade²⁸ (apesar da existência de direitos sobre a liquidação da beneficiária).

Se classificarmos o instrumento como capital próprio, o retorno do financiamento tem de ser tratado como dividendos. Caso seja qualificado como dívida, os pagamentos efectuados terão de ser qualificados como juros. Nestes termos, a utilização de instrumentos financeiros híbridos explora um “*mismatch*” em que por um lado se procura a obtenção de dividendos isentos de tributação e, por outro lado a criação de custos dedutíveis na esfera da entidade que paga os juros.

2.2.3. Entidades com dupla residência fiscal

Em consonância com os princípios gerais de direito tributário internacional, nomeadamente a universalidade e a territorialidade²⁹, a residência fiscal de uma entidade é um factor chave para determinar qual o Estado com competência para tributar os rendimentos universais de um sujeito. Não existe um critério uniforme para fixar a residência fiscal de uma entidade ainda que podemos assinalar que na maioria dos Estados a mesma seja fixada por referência ao local onde a sociedade foi constituída, onde se situa a sede, ou onde se situa a direcção efectiva³⁰. E vários são os Estados que utilizam mais do que um critério de conexão, pelo que é possível que um mesmo ente seja considerado como residente em mais do que um Estado. Se por um lado esta será tributada pelo seu rendimento global mais do que uma vez, por outro lado tal pode permitir o acesso a deduções e incentivos em mais do que um Estado, o que pode ser, a final, benéfico para a sociedade.

2.2.4. Transacções híbridas

Também os negócios jurídicos podem ser objecto de distinta qualificação. As transacções híbridas serão aquelas que dão lugar a qualificações distintas em mais do que um Estado. Um exemplo será o caso de um determinado contrato de compra e

²⁸ GAJEWSKI, D., *op. cit.*, p. 87.

²⁹ Vide XAVIER, A., *op. cit.*, p. 231.

³⁰ De acordo com os comentários ao artigo 4.º da Convenção Modelo da OCDE, o local de direcção efectiva corresponde ao local onde são tomadas, na sua substância, as decisões chave, tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução das actividades da entidade, na sua globalidade. - OECD (2012), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2010*, OECD Publishing, p. 139.

venda com cláusula de reserva de propriedade o qual pode ser considerado, para um Estado, como uma verdadeira transferência do direito de propriedade e, para outro (e atendendo à materialidade subjacente ao negócio) como um empréstimo com garantia associada³¹.

2.3. Efeitos tradicionais

Os “*hybrid mismatches*” dão origem a uma série de efeitos típicos os quais, na maioria das vezes, acabam por redundar numa vantagem para os contribuintes. Os efeitos mais comuns são: i) a dupla não tributação: caso em que o desencontro dá origem à ausência de tributação em qualquer dos Estados em causa; ii) a dupla dedução dos custos; iii) dedução dos custos acompanhada de uma simultânea não inclusão dos rendimentos noutro Estado, e; iv) a criação de créditos por dupla tributação internacional. Seguidamente analisaremos com algum detalhe estes efeitos.

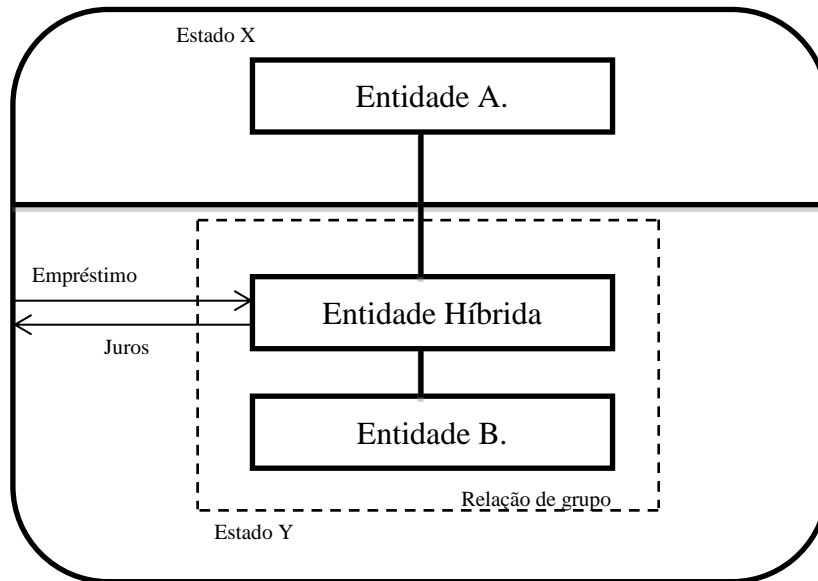
2.3.1. Dupla dedução

Uma forma possível de obter este efeito consiste no recurso a entidades híbridas. Cria-se então uma mesma estrutura que permite a duas “entidades” distintas, deduzir os mesmos custos, em jurisdições diferentes.

³¹ Cfr. “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, OECD Publishing 2012. p. 7.

Figura 1.

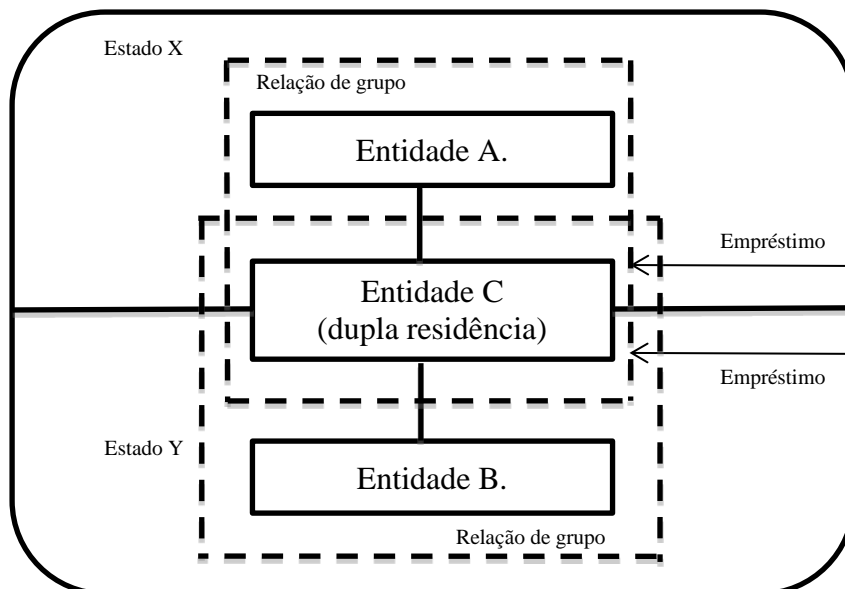
Exemplo de dupla dedução com a utilização de entidades híbridas:



Neste caso, para efeitos de determinação do lucro tributável em sede de imposto de rendimento das pessoas colectivas, o Estado Y. sujeita a entidade híbrida a imposto; o Estado X. qualifica-a como transparente. Desta forma, e no âmbito da relação de grupo, “B” aproveita os resultados negativos da entidade híbrida, suportados em consequência do financiamento obtido. Ao mesmo tempo, e através do regime de transparência fiscal vigente no Estado X., os mesmos resultados são encaminhados para o sócio, neste caso “A”. Conseguem-se assim a (dupla) dedução por duas entidades distintas.

Figura 2.

Exemplo de dupla dedução através da utilização de entidades com dupla residência fiscal³²



No Estado X consideram-se como residentes (para efeitos fiscais) as sociedades constituídas ao abrigo da lei doméstica; no Estado Y, o critério usado é o do local da direcção efectiva. Desta forma, por força do recurso a diferentes critérios “C” é considerada residente em ambos os Estados X. e Y.). A entidade “C” contrai empréstimos em ambos os Estados, conseguindo assim, a nível das relações de grupo, deduzir os custos incorridos com o financiamento em ambas as jurisdições X e Y, beneficiando por um lado a entidade “A” e por outro a entidade “B”.

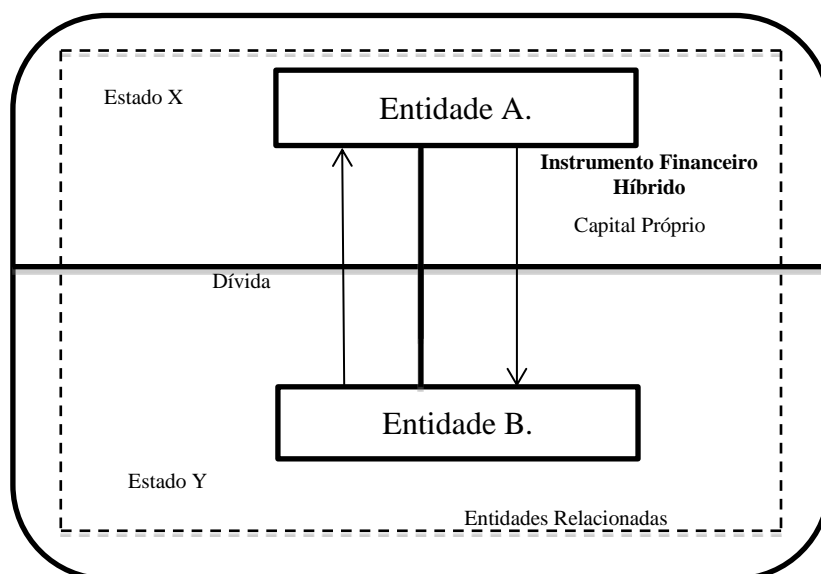
2.3.2. Dedução/não inclusão

Através deste esquema, habitualmente criado com recurso de instrumentos financeiros híbridos, consegue-se obter uma dedução à matéria colectável da entidade num Estado (X) e ao mesmo tempo a não inclusão do rendimento na matéria colectável da entidade no outro Estado (Y).

³² Casos em que o conflito de dupla residência fiscal não é resolvido através dos critérios de *tie-break*, tais como os estabelecidos no Art. 4.º, n.º 3 da CM OCDE.

Figura 3.

Exemplo de dedução/não inclusão através da utilização de instrumentos financeiros híbridos:



Na Figura 2., a “A” confere capitais a “B” utilizando um instrumento híbrido. Para efeitos de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, “X” qualifica o instrumento como capital, ao passo que Y”, com base na sua própria classificação, considera que se trata de um empréstimo (dívida). Nestes termos, o pagamento dos custos de financiamento na óptica de Y dá origem a custos dedutíveis na sua esfera, enquanto esse mesmo pagamento, vai ser considerado por X como dividendos.

Adicionalmente, escolhe-se como X um sistema que beneficie de um regime de *participation exemption* pelo que os dividendos recebidos não serão tributados³³. Desta forma cria-se uma situação de dedução/não inclusão, onde os custos suportados com a remuneração do financiamento são dedutíveis na esfera de uma entidade, sem a correspondente inclusão do rendimento na contraparte.

2.3.3. Criação de créditos por dupla tributação internacional

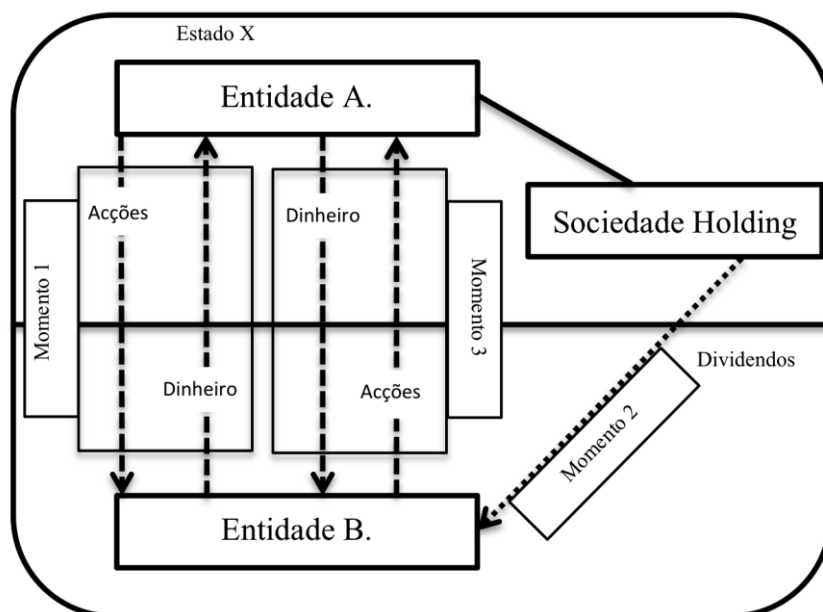
Tal como referido anteriormente, também os negócios são passíveis de diferentes caracterizações por parte dos Estados. Através de transacções híbridas, realizadas num contexto transfronteiriço é possível a “criação” de créditos por dupla tributação internacional. Para tal é adicionalmente necessário que entre os Estados

³³ Ao nível da UE isto é também conseguido através da aplicação da Directiva mães-afiliadas, já citada, quando o Estado da mãe opte pelo método da isenção.

envolvidos exista uma CDT, que opte pelo método do crédito indirecto (como mecanismo de eliminação da dupla tributação).

Figura 4.

Exemplo de “criação” de créditos por dupla tributação internacional através de uma transacção híbrida.



Num primeiro momento, a “A” celebra com “B” um contrato de venda e recompra das suas acções na sociedade holding. Isto tendo em vista que entre a venda e o prazo estipulado para readquirir as acções, sejam distribuídos dividendos tendo B como beneficiário.

Para efeitos fiscais, em “Y”, a transacção é qualificada como uma compra e venda de acções, com uma estipulação prévia da data e preço de recompra dos títulos. Tenhamos ainda em consideração que Y adopta o método do crédito indirecto³⁴, concedendo um crédito à Entidade B, pelo imposto societário pago pela holding no seu Estado de residência.

Em X, a transacção é qualificada como um empréstimo a favor de “A”, cujas acções são uma garantia associada ao negócio. Nestes termos, “A” continua a ser proprietária das acções, por um lado recebendo os dividendos isentos de imposto através

³⁴ Através do método do crédito indirecto, é conferido ao sujeito passivo a possibilidade de não deduzir apenas o imposto retido na fonte, mas também parte do imposto suportado sobre os lucros da sociedade. - XAVIER, A., *op. cit.*, p. 755.

de uma *participation exemption*, e por outro, podendo efectuar deduções pelos custos do financiamento, que neste caso são de valor igual ao dos dividendos pagos. Criam-se simultaneamente custos dedutíveis em Y, e créditos por dupla tributação internacional a favor de “B”, pelo imposto pago pela Holding em X.

2.3.4. Dupla tributação e disparidades negativas

Por vezes o recurso (intencional ou não) a híbridos tem como consequência a emergência de situações de dupla tributação internacional (disparidade negativa). Isto pode surgir como resultado da aplicação de normas anti-abuso, que determinados Estados começaram a adoptar (no sentido de limitar os benefícios não previstos obtidos a partir de híbridos). Isto pode ainda suceder como consequência de uma (dupla) requalificação em tribunal da operação em questão, que acaba por perder os benefícios e acaba por ser duplamente tributado. Pode ainda acontecer por falta de um planeamento adequado do sujeito passivo, que (involuntariamente) se coloca na situação de dupla tributação.

2.4. Conclusões intermédias

Os *hybrid mismatches* surgem-nos de uma forma multifacetada. A sua existência não é mais do que uma consequência natural do mundo globalizado em que vivemos, dada a falta de harmonização em matéria de fiscalidade directa por parte dos vários sistemas fiscais.

Os Estados podem por um lado criar conflitos de qualificação de forma intencional, com o intuito de atrair investimento, mas por outro, existem situações em que os benefícios atribuídos são criados de modo involuntário. Para os sujeitos passivos, a existência de híbridos pode ser vantajosa dado que permite a criação de esquemas dos quais pode obter vantagens fiscais que, doutro modo, nunca beneficiaria. Tendo em consideração a génese natural do problema, a exploração de *hybrid mismatches* não pode ser considerada como um comportamento abusivo³⁵. No máximo pode referir-se

³⁵ Na medida em que não são os sujeitos passivos que criam os *mismatches*, apenas se aproveitam destes conflitos de forma deliberada ou não, que lhes são colocados à sua disposição por um conjunto de motivos alheios. Ressalvamos, em linha com a jurisprudência do TJUE (*Cadbury-Schweppes*), que a exploração dos *mismatches* deve ser considerada um comportamento abusivo apenas nos casos em que é proporcionada através de esquemas artificiais, desprovidos de qualquer realidade económica.

que os *mismatches* criam distorções de concorrência e que afrontam a ideia de tributação unitária dos rendimentos (ainda que seja muito discutível que tal se constitua como um princípio de direito fiscal internacional³⁶). Ao nível europeu podemos ainda referir que os *mismatches* reduzem a eficiência do mercado interno dado que reduzem o nível de tributação efectiva de certos sujeitos/operações para longe das taxas normais. Existem claros efeitos negativos sobre os sistemas fiscais e a base tributária dos vários Estados que compõem a ordem jurídica internacional³⁷. No entanto, não podemos deixar de salientar que, ao nível do sujeito passivo, estes também podem sofrer não só com a dupla tributação que os híbridos ou a reacção aos mesmos pode criar, mas ainda pela incerteza jurídica associada aos mesmos.

³⁶ Na opinião controversa de REUVEN AVI-YONAH, a rede internacional de convenções bilaterais e os diversos sistemas fiscais, juntamente com os seus princípios subjacentes, são uma parte importante do direito internacional consuetudinário. Neste sentido, é possível afirmar que existe um coerente sistema fiscal internacional baseado no princípio da tributação unitária dos rendimentos e no princípio dos benefícios, que, apesar de permitir acção unilateral por parte das várias jurisdições, impõe ao mesmo tempo restrições no que concerne à introdução de disposições que contrariem os princípios fundamentais que regem o sistema fiscal internacional. - Cfr. AVI YONAH, R.S., "*Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime*", 61 Bulletin for International Taxation. (2007), pp. 130-131.

³⁷ Os "*hybrid mismatches*" têm um efeito nocivo na base tributária dos Estados. As vantagens fiscais alcançadas, permitem um nível de tributação efectiva longe das taxas normais e a redução substancial do imposto recebido pelo Estado. A facilidade de acesso ao conhecimento, informação e utilização dos esquemas mencionados por entidades de grande capacidade e dimensão, provoca distorções de concorrência. Os maiores contribuintes, cujas principais actividades são transnacionais, são colocados numa posição de vantagem, em detrimento de entidades menores sem as mesmas possibilidades de intervenção no mercado. Para além da concorrência, a eficiência económica do sistema também é reduzida, quando a mesma operação doméstica, traz mais vantagens se for realizada entre diferentes jurisdições. A discussão sobre a erosão da base tributária e a justiça no valor do imposto pago pelas multinacionais é actual, no entanto o tema não é transparente. O público geral não tem noção da falta de equidade existente nos vários sistemas fiscais, que oferecem oportunidades de redução significativa da carga fiscal apenas a um grupo restrito de contribuintes, aqueles com maior poder económico. – Vide, "*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*", OECD Publishing 2012. pp. 11-23.

3. Propostas de soluções

Os *hybrid mismatches* já foram objecto de estudos e relatórios de várias organizações internacionais (como a OCDE³⁸), os quais são unânimes ao aconselhar a neutralização dos efeitos dos *mismatches*. Ao nível da União Europeia, devemos destacar o relatório da comissão³⁹ e os resultados de consulta pública sobre dupla não-tributação⁴⁰. Ambos os documentos identificaram os *mismatches* como uma área problemática para a qual é necessária uma solução.

Não existe ainda um consenso alargado sobre o que esta solução pode consistir. Tendo em consideração que os *mismatches* têm a sua génese no aproveitamento das diferenças existentes entre sistemas fiscais, é evidente que uma solução fácil e eficiente passaria por uma harmonização (mais ou menos completa) das legislações domésticas de todos os Estados nos domínios em que os problemas podem surgir. No entanto, cremos que existe consenso em considerar tal cenário como irreal.

A solução deve passar por considerar o problema em diferentes níveis. Existem ainda algumas experiências e estudos, que devem ser tidos em consideração.⁴¹ Tais experiências apontam para a revisão de diretivas, da CM OCDE ou dos seus comentários (de modo a actualizá-los à realidade económica internacional), a revisão (ou introdução) de normas domésticas “anti híbridos” (as quais poderiam traduzir-se numa cláusula geral anti-abuso, em normas anti-abuso específicas ou normas direccionadas a solucionar os conflitos de qualificação).

3.1 No plano unilateral

Numa perspectiva doméstica, os Estados podem abordar a problemática dos *hybrid mismatches* através da criação de normas internas específicas. Face à impossibilidade de harmonizar as legislações estatais, a resolução do problema por via

³⁸ Vide “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, OECD Publishing 2012; “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, OECD Publishing 2013; “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, OECD Publishing 2013; Public Discussion Draft – “*BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*”, OECD, March 2014.

³⁹ European Commission, “*Commission recommendation on aggressive tax planning*”, C(2012) 8806 Final.

⁴⁰ European Commission, “*The internal market: factual examples of double non-taxation cases – consultation document*”, 2012.

⁴¹ Países como a Alemanha, Dinamarca, Reino Unido, Itália e Nova Zelândia já contam com regimes unilaterais cujas normas específicas tentam neutralizar os efeitos negativos dos *mismatches* como a dupla dedução ou a dedução não inclusão. - RUSSO, R., “*The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements*”, 67 Bulletin for International Taxation 2, 2013, Journals IBFD, p. 111.

unilateral permite apenas anular os efeitos nefastos dos *mismatches* mediante a requalificação interna dos rendimentos ou da limitação dos benefícios obtidos a partir dos híbridos naquele sistema (através da observância da qualificação concedida pelo Estado da Fonte ou através de uma *switch-over rule*).

3.1.1. Cláusulas gerais anti-abuso

Um dos meios à disposição do legislador é o da aplicação de uma cláusula geral anti-abuso⁴². Trata-se de uma norma cuja incidência objectiva de aplicação geral a todas as situações de condutas tributárias *praeter laegem*.

Em traços gerais estas normas funcionam geralmente através da desconsideração e requalificação de determinados actos (para efeitos tributários) e da aplicação aos mesmos das consequências tributárias normalmente associadas ao acto correspondente à verdadeira situação económica. Ao ser aplicável a uma generalidade de situações, serve ainda como uma válvula de escape do sistema, casos as demais normas do sistema tributário (incluindo as específicas anti-abuso) não consigam por cobro a uma situação de injustiça na aplicação do direito.

As cláusulas gerais operam *ex-post*. Num mundo caracterizado por um elevado número transações (e, ao que ao nosso estudo diz respeito, de instrumentos financeiros) mostra-se perigoso deixar todo às AT's todo o ónus de identificação de todos os *mismatches*, de verificar a sua subsunção à cláusula⁴³, e de determinar qual o regime correspondente à verdadeira substância económica do instrumento.

Note-se ainda que na maioria dos casos com híbridos, os instrumentos não são desprovidos de realidade económica e a alternatividade é difícil de demonstrar (ou seja, que existe um negócio jurídico mais directo para a prossecução do fim pretendido pelo sujeito).

Se apreendermos o problema dos *híbrid mismatches* na sua essência vemos que subjacente não se encontra uma situação de abuso (nos termos em que este é descrito pelas diversas cláusulas domésticas). Assim, – e sem prejuízo da aplicação pontual das

⁴² O que a cláusula geral anti-abuso pretende é anular os efeitos fiscais de negócios jurídicos celebrados com o principal intuito de eliminar ou atenuar o encargo tributário do sujeito passivo, através da manipulação fraudulenta de formas legais. - SANCHES, J. L. S., “*Manual de Direito Fiscal*”, 3ª Edição, Coimbra Editora 2007, p. 159.

⁴³ Algo que não seria automático dado, por exemplo, a existência em muitas delas de um elemento subjectivo (fim procurado e a intenção do sujeito passivo na realização de certa transação).

cláusulas em casos concretos⁴⁴ – o recurso às cláusulas gerais anti-abuso não se mostra como uma solução adequada para resolver os problemas criados pelos *mismatches*.

3.1.2. Normas anti-abuso específicas

Uma outra via ao dispor dos Estados para obviar determinados expedientes que colocam em questão a normal aplicação das regras tributárias é o da aprovação de cláusulas específicas anti-abuso. Visados por estas normas não serão a generalidade dos actos jurídicos, mas apenas específicos comportamentos que – enquadráveis ou não nas cláusulas gerais anti-abuso⁴⁵ – colidem com princípios estruturantes do sistema fiscal.

Prima facie, o recurso a uma norma específica parece uma solução viável no que concerne à neutralização dos efeitos decorrentes de *mismatches*. Uma outra vantagem é a da redução da incerteza dos sujeitos passivos relativamente ao tratamento tributário das suas operações.

Importa salientar que, apesar da expressão “anti-abuso”, estas normas aplicam-se igualmente a situações onde não existem comportamentos abusivos, como é o caso de disposições específicas sobre subcapitalização. Neste contexto, estas normas procuram negar ou limitar as vantagens fiscais obtidas, o que por sua vez vem anular os efeitos causados pelas operações realizadas.

Tendo em consideração especificamente os *mismatches* relativos a instrumentos financeiros híbridos, é possível conceber disposições direccionadas a limitar certos benefícios, a negar isenções, negar a dedutibilidade de certos custos.

Apesar destas normas não seguirem a qualificação conferida pelo Estado da Fonte, existe sempre uma conexão com o outro Estado (da residência). Isto porque um dos dois Estados mantém a sua qualificação embora limitando as vantagens fiscais atribuídas pelo regime doméstico, nos casos em que a caracterização de um mesmo item de rendimento pelo outro Estado é diferente. Assim, a solução contida nestas normas pode ser implementada quer pelo Estado de Residência (por exemplo ao limitar os benefícios de um regime interno de isenção sobre dividendos quando estes tenham sido

⁴⁴ Por exemplo para os casos o *hybrid mismatch* foi obtido a partir de uma situação de artificialidade.

⁴⁵ Note-se que as cláusulas anti-abuso específicas sobre subcapitalização limitam a dedutibilidade dos custos relacionados com um elevado montante de endividamento do sujeito passivo, porém o recurso a capitais alheios por parte do sujeito passivo não pode ser considerado por si só.

deduzidos como um gasto, na esfera do agente pagador) quer pelo Estado da Fonte (ao negar a dedução de juros quando tenha conhecimento que tais juros serão caracterizados como dividendos, e beneficiarão de uma isenção no outro Estado).

Tendo em consideração a eficiência destas normas no que se refere à neutralização do efeito de dedução/não inclusão derivado dos instrumentos financeiros híbridos, existe a possibilidade de serem implementadas de forma diferente pelos Estados. Assim, caso seja efectuada uma operação entre dois Estados, um que limita os benefícios de um regime de isenção, e outro que impede a dedução dos juros suportados, pode surgir o problema das “*circularly-linked rules*”⁴⁶ e da dupla tributação. Perante este problema, é manifesta a necessidade de cautela por parte dos Estados na concepção destas normas. Cabe também salientar que no caso de uma acção descoordenada por parte dos Estados, a introdução de uma norma *tie-breaker* poderá determinar qual dos dois regimes prevalece⁴⁷. Note-se que quaisquer normas cujo tratamento fiscal conferido esteja associado à qualificação conferida pelo outro Estado, requerem eficientes mecanismos de troca de informação.

Acresce ainda, que normas específicas anti-abuso são pouco flexíveis, pois o legislador descreve com pormenor as situações a que se aplicam. Isto contrasta directamente com a volatilidade característica do mercado financeiro onde todos os dias se criam novos produtos e instrumentos financeiros. Assim, ainda que mais adequadas, estas normas são mais susceptíveis de ser elididas.

Por outro lado devemos notar que as mesmas não podem simplesmente ter aplicação automática, nem serem construídas sobre presunções inilidíveis⁴⁸, sem qualquer possibilidade do sujeito passivo provar a veracidade das operações em causa. Conforme o raciocínio do TJUE, as administrações fiscais devem permitir ao sujeito passivo a faculdade de provar que as operações consideradas abusivas pela legislação interna, são genuínas e que fazem parte da gestão normal dos seus negócios, sob pena de violarem o controlo proporcionalidade, indo para além do necessário para o combate

⁴⁶ MARCHGRABER, C, “*Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission*”, European Taxation, Vol. 54, March 2014, IBFD Journals, pp. 141-142.

⁴⁷ Sobre a *tie-breaker* vide DZIURDZ, K., “*Circularly Linked*” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test”, 67 Bulletin for International Taxation. 6, 2013.

⁴⁸ NOGUEIRA, J., “*Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*”, Coimbra Editora, 2010, p. 426.

à fraude e evasão fiscal ou, neste caso específico, para o combate aos efeitos negativos decorrentes de *mismatches* relativos a instrumentos financeiros híbridos.⁴⁹

3.1.3. Normas sobre conflitos de qualificação

Uma outra possibilidade é a de introdução de normas que obstam a conflitos de qualificação.

Tal como as normas específicas anti-abuso, estas operariam predominantemente *ex ante*, possibilitando ao sujeito passivo ter *safe harbours*, ou seja, a possibilidade de antever de forma clara o tratamento tributário desses casos.

Ao procederem ao *matching* de qualificações, estas normas acabam por constituir uma ferramenta eficiente de combate aos *mismatches*. No entanto importa salientar que a maioria dos Estados tem celebrada uma vasta rede de CDT's (as quais, em muitos Estados primam sobre o direito interno). Nesses casos, o recurso a uma norma unilateral que opere ao nível da qualificação pode acabar por redundar em *treaty override*⁵⁰.

Seja qual for a via adoptada, será sempre necessário que as autoridades competentes dos vários Estados verifiquem o tratamento fiscal conferido no Estado da fonte dos rendimentos. Desta forma, também se mostram como decisivas as inovações ao nível da assistência mútua entre administrações tributárias.

3.2. No plano das Convenções sobre Dupla Tributação

No plano internacional é frequente a emergência de situações de dupla tributação, as quais são mitigadas ou eliminadas com o recurso a CDT's.

As normas que compõem as convenções bilaterais em matéria fiscal têm como objectivo último atribuir a competência tributária exclusivamente a um dos Estados em conflito, ou então, repartir cumulativamente esse poder entre ambas as jurisdições. Previamente à atribuição da competência tributária ao Estado da Residência ou ao

⁴⁹ TJUE 27.11.2008, C-418/07, *Papillon*. Nesta decisão o Tribunal afirma que uma norma é desnecessária para efeitos do princípio da proporcionalidade quando a medida ultrapassa o necessário para alcançar o seu objectivo, ou seja, existem outros meios menos restritivos.

⁵⁰ Cfr. – SACHDEVA, S., “*Overriding Tax Treaties: Proposing a Solution*”, 53 *European Taxation*, Special Issue September 2013, *Journals IBFD*, p. 469.

Estado da Fonte, é necessário proceder à identificação e qualificação do rendimento em causa.

No que se refere a instrumentos financeiros, a CM OCDE contém uma definição para os conceitos relevantes de “dividendos” (art. 10.º CM OCDE) e “juros” (art. 11.º CM OCDE). No entanto, e tendo em conta a diversidade de instrumentos, nem sempre é fácil enquadrar numa destas categorias os rendimentos que aqueles geram.

O conceito de dividendos é definido pelo n.º 3 do artigo 10.º CM OCDE como “rendimentos provenientes de ações, ações ou bónus de fruição, partes de minas, partes de fundador ou outros direitos com exceção dos créditos que permitam participar nos lucros, assim como os rendimentos derivados de outras partes sociais sujeitos ao mesmo regime fiscal que os rendimentos de ações pela legislação do Estado de que é residente”. A definição tem na sua base rendimentos derivados de participações no capital de uma entidade⁵¹. Os comentários ao artigo 10.º aludem à impossibilidade de chegar a uma definição exaustiva de dividendos devido à grande diversidade existente entre legislações dos países membros da OCDE.

Por sua vez, os juros (n.º 3 do artigo 11.º) consistem em “rendimentos de créditos de qualquer natureza com ou sem garantia hipotecária e com direito ou não a participar nos lucros do devedor, e, nomeadamente, os rendimentos da dívida pública e de outros títulos de crédito, incluindo prémios atinentes a esses títulos”. Neste caso, o conceito é fundado na contraprestação paga pelos créditos obtidos⁵². Os comentários da CM OCDE sobre este artigo referem que a definição de juros tem “em princípio” carácter exaustivo pois abrange a maioria dos rendimentos caracterizados como juros pela legislação interna dos Estados. Tal exaustividade, ao evitar remissões para as disposições domésticas dos Estados oferece maior segurança jurídica aos sujeitos passivos.

Estas definições não resolvem os problemas. Desta forma, instrumentos financeiros como os identificados anteriormente⁵³, cujos rendimentos não sejam univocamente enquadráveis nas definições da CM podem dar lugar a dupla tributação ou dupla não tributação.

⁵¹ Cfr. XAVIER, A., *op. cit.* p. 647.

⁵² *Idem*, p. 671.

⁵³ *Supra* 2.2.2.

Assim, temos de concluir que os conceitos cruciais, no que concerne a instrumentos financeiros, estão incompletos e desatualizados face à realidade do mercado financeiro atual.

À luz da dificuldade de harmonização do tratamento fiscal conferido aos instrumentos financeiros híbridos, e também da alteração dos conceitos relevantes constantes na CM OCDE, as soluções que têm vindo a ser propostas passam pela introdução de normas nas convenções, que permitem neutralizar os efeitos dos *mismatches*.

Também no plano internacional é possível optar por normas ou que o limitam os benefícios concedidos pelas convenções ou que determinam uma qualificação uniforme dos rendimentos, optando-se pelo tratamento fiscal adoptado pelo Estado da Fonte ou pelo Estado de Residência.

Desde logo, é sempre possível seguir a qualificação adoptada por um dos Estados em questão. Isto pode ser feito na própria CDT, através da inclusão de uma norma que faça depender, *v.g.*, o tratamento fiscal do rendimento em causa no Estado de Residência da qualificação oferecida no Estado da Fonte. Por um lado, temos como vantagem o obstáculo que a norma que segue a qualificação do Estado da Fonte cria, impedindo uma situação *mismatch*. No entanto, devemos notar que se o Estado de Residência opta cega e automaticamente pela qualificação conferida por outro Estado, abdica de parte da sua soberania tributária (e pode sofrer com expedientes de erosão da base tributária). Adicionalmente, levantam-se problemas de igualdade, pois as mesmas transações terão um tratamento fiscal distinto, caso sejam internas ou transnacionais.

Outra possibilidade é a de neutralizar os efeitos negativos mediante a introdução de normas que negam benefícios concedidos pelas convenções nos casos em que há uma inconsistência na caracterização do rendimento derivado de instrumentos financeiros híbridos. Isso pode ser feito introduzindo nas CDT's regras que determinem por um lado, a inaplicabilidade de um regime interno de isenção sobre lucros distribuídos no Estado de Residência⁵⁴ sempre que os mesmos correspondem a gastos dedutíveis no estado de residência do agente pagador. Simetricamente poder-se-á estabelecer, ao nível do Estado da Fonte que não se aceita a dedutibilidade de certos custos quando os mesmos não são incluídos no lucro tributável do sujeito passivo beneficiário, no seu Estado de residência.

⁵⁴ Como nos casos de *participation exemption*.

A neutralização dos efeitos negativos decorrentes dos *hybrid mismatches* foi determinada como uma ação prioritária no relatório e plano de acção da OCDE sobre BEPS (“*base erosion and profit shifting*”).

Adicionalmente, o recente documento de discussão pública da OCDE de Março de 2014⁵⁵ aborda directamente esta questão bem como analisa potenciais conflitos entre disposições domésticas sobre o problema em análise. De acordo com o *discussion draft* as normas domésticas que impedem a dedução de custos no estado do agente pagador ou que obrigam a inclusão de tais pagamentos no lucro tributável do sujeito passivo beneficiário, podem entrar em conflito com CDTs.

A OCDE recomenda que o problema se resolva no Estado de Residência do beneficiário dos rendimentos, através dos métodos de eliminação da dupla tributação internacional, referindo que “*qualquer jurisdição que confere uma isenção sobre dividendos através da legislação doméstica deve negar os benefícios dessa isenção se os dividendos forem dedutíveis no Estado do agente pagador*”⁵⁶. Assim, os Estados que utilizam nas suas CDT’s o método da isenção previsto no artigo 23.º-A da CM OCDE, devem ponderar a inclusão do n.º 4 do mesmo artigo nas suas convenções, de forma a negar a aplicação do método da isenção aos rendimentos de caracterizados como dividendos previstos no n.º 2 do artigo 11.º da CM.

Porém, a solução mais completa, para a OCDE seria a introdução de uma cláusula *switch over*. Tal permitiria a alteração do método da isenção para o método do crédito de imposto sempre que os dividendos recebidos tivessem sido deduzidos no Estado da Fonte. Quando o método vigente seja o do crédito, a OCDE recomenda a sua limitação ao montante líquido dos gastos dedutíveis na esfera do agente pagador⁵⁷.

Outra questão evidenciada pela OCDE é o possível conflito das normas dirigidas a *hybrid mismatches*, e o artigo 24.º da CM OCDE sobre não discriminação. Algumas recomendações constantes no *discussion draft* podem ter mais impacto sobre pagamentos efectuados a não residentes, face aos mesmos pagamentos realizados com sujeitos passivos residentes. No entanto, para a OCDE afirma que a questão “*não é relevante para efeitos do artigo 24.º desde que a distinção seja feita com base no*

⁵⁵ Public Discussion Draft – *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*, OECD, March 2014.

⁵⁶ Tradução nossa - Public Discussion Draft – *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*, OECD, March 2014.

⁵⁷ *Idem*, p. 12.

tratamento dos pagamentos nas mãos do agente pagador e do recipiente”⁵⁸, concluindo que o simples facto dos *mismatches* serem comuns em situações transnacionais, não pode ser interpretado como um tratamento discriminatório sobre não residentes ou entidades controladas por não residentes⁵⁹.

Note-se que se tratam se soluções constantes de um discussion draft, pelo que as recomendações finais podem ser bastante distintas. Contudo, concordamos com a solução proposta a nível internacional, tendo em consideração o alcance de uma cláusula *switch-over* sobre os efeitos negativos de dedução e correspondente não inclusão de rendimentos, decorrentes dos *mismatches* relativos a instrumentos financeiros híbridos. Para além da solução promovida pela OCDE, será ainda necessária a sua implementação por parte de cada um dos Estados e, caso assim seja, a renegociação das convenções actualmente em vigor.

3.3. No plano das diretivas em matéria de fiscalidade direta

A este nível devemos começar por distinguir os casos de abuso e as situações de *mismatch*. Na primeira hipótese, exige-se um arranjo puramente artificial (uma situação de falta de genuinidade)⁶⁰. No segundo caso parece inviável falar em abuso, no sentido de que o sujeito passivo pode nem sequer estar ciente de qualquer *mismatch*. Estamos perante meras disparidades.

Tendo em conta esta distinção, a exploração dos *mismatches* como ferramenta de planeamento fiscal, ainda que contrário ao espírito e ao objectivo das diretivas e do mercado único, não configuram casos de abuso pelo que não permite despoletar as reacções reservadas para a luta contra esses expedientes. Trata-se de situações que, *per se*, não são incompatíveis com o ordenamento da União. Desta forma, o direito europeu carece de uma solução para estes problemas.

Dado que os *mismatches* de instrumentos financeiros se localizam na zona de fronteira entre os dividendos (lucros distribuídos) e os juros, as directivas que nos interessam especialmente são a mães-filhas e a juros e royalties. Nos termos da

⁵⁸ Tradução nossa.

⁵⁹ *Idem*, p. 13.

⁶⁰ TJUE 12.09.2006, Processo C-196/04, *Cadbury-Schweppes*. Refere o Tribunal que disposições nacionais, sobre a luta contra práticas abusivas, devem circunscrever-se a “*expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas em território nacional*”.

primeira, a tributação deve realizar-se essencialmente nas mãos da sociedade filha (no Estado da Fonte). De acordo com a segunda, o pagamento de juros constitui um gasto dedutível o qual deve ser tributado nas mãos da sociedade beneficiária.

Facilmente se pode concluir que um instrumento financeiro (híbrido), cujo pagamento que origine logre a qualificação de juros no Estado onde ocorre o pagamento e de dividendo no Estado onde o pagamento vai ser recebido, vai originar uma situação de *mismatch*⁶¹.

No ano de 2012 a CE publicou uma recomendação⁶² e um plano de ação⁶³ contra o planeamento fiscal agressivo, onde foi reconhecida a crescente sofisticação de estruturas de planeamento fiscal, que tem como consequência o aproveitamento por parte dos sujeitos passivos, das diferenças existentes nos diversos sistemas fiscais, com o objectivo de reduzir consideravelmente o seu encargo tributário. A intenção inicial da comissão passou pela limitação da aplicação de normas direccionadas a evitar casos de dupla tributação internacional. Com efeito, foi sugerida a inclusão de cláusulas nas CDT's e no direito interno onde o acesso aos métodos de eliminação da dupla tributação internacional apenas eram concedidos caso os rendimentos em causa fossem tributados no Estado da Fonte. Com efeito, as recomendações a nível internacional e doméstico não se revelam uma solução coordenada a nível europeu. No plano de ação delimitado pela CE foi determinado que, a curto prazo, a ação a ser passava por uma alteração legislativa com o objectivo de reformar a diretiva mães-filhas. Neste contexto, a acção proposta pela CE dirigida aos *mismatches*, refere que “*uma solução acordada não será alcançada sem uma alteração legislativa à directiva mães-filhas*”⁶⁴. Ou seja, a proposta legislativa da comissão recomendava a introdução uma cláusula específica, que excluísse os benefícios da diretiva mães-filhas ou de um regime interno de isenção, quando os lucros distribuídos fossem dedutíveis ao nível do EM fonte dos rendimentos.⁶⁵

⁶¹ Isto em especial quando o Estado da recepção do rendimento opte, no quadro da Directiva mães filhas, pelo método da isenção (para a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos).

⁶² Conforme referido *supra*.

⁶³ European Commission “*An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and evasion*”, COM(2012) 722 Final.

⁶⁴ Tradução nossa - European Commission “*An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and evasion*”, COM(2012) 722 Final.

⁶⁵ Cfr. NIEKEL, S.; NOUWEN, M., “*The Current Tax Avoidance Debate and European Banks*”, 15 Derivatives and Financial Instruments 3, 2013, Journals IBFD, p. 87.

Já em finais de 2013 foi conhecida a proposta da Comissão para a modificação da diretiva mães-filhas⁶⁶, a qual se foca especificamente no tema dos *hybrid mismatches*. Neste contexto, a proposta opta por uma acção coordenada por parte dos EM, após ter em consideração que uma “*iniciativas unilaterais descordenadas podem resultar em mismatches adicionais ou na criação de novos obstáculos no mercado interno*”⁶⁷. A mesma apresenta como justificações a eficiência económica, distorções de concorrência, transparência e equidade fiscal. Para assegurar o tratamento uniforme e evitar lacunas na tributação de certos rendimentos, decorrentes dos conflitos de qualificação anteriormente mencionados, a solução proposta pela Comissão Europeia é a da negação dos benefícios concedidos pela diretiva mães-filhas. Assim, o benefício sob a forma de isenção prevista na diretiva mães filhas no que concerne a lucros distribuídos no Estado de residência é negado sempre e quando os rendimentos aos quais se pretenda aplicar sejam dedutíveis no Estado da fonte. Por outras palavras, o Estado de Residência não irá conceder a isenção, mas sim tributar a parte dos lucros que corresponde a gastos dedutíveis para efeitos fiscais, de acordo com a legislação doméstica em vigor no Estado da Fonte⁶⁸.

Ora, sem dúvida que a norma proposta pela CE é meio eficiente na luta com o planeamento fiscal agressivo através do uso de financiamentos híbridos. No entanto, a CE também pode ponderar a introdução de uma cláusula *switch-over*⁶⁹ na directiva. A introdução da cláusula, que alcança os mesmos efeitos, seria vinculativa para os EM, colocando os Estados integrantes da UE em linha com a solução proposta pela OCDE (caso esta seja levada a cabo).

3.3.1. No plano das diretivas propostas

Tendo em conta que a maioria das situações sob análise verificam-se no âmbito de transações entre entidades associadas, importa referir que encontra-se sob proposta, a

⁶⁶ European Commission, “*Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*”, COM(2013) 814 Final.

⁶⁷ Tradução nossa - European Commission, “*Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*”, COM(2013) 814 Final, p. 5.

⁶⁸ É proposta a revisão da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º da diretiva, com a seguinte redacção: “(a) *Abster-se de tributar esses rendimentos na medida em que os rendimentos não sejam dedutíveis pela subsidiária da sociedade mãe; ou*”.

⁶⁹ MARCHGRABER, C., *op. cit.*, p. 142.

diretiva sobre Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre Sociedades (“MCCCIS”), que oferece um tratamento fiscal unitário às multinacionais estabelecidas nos espaço europeu.

Em linhas gerais, o regime proposto pela diretiva MCCCIS é caracterizado por ser opcional para as entidades. Independentemente da multinacional estar localizada e prosseguir as suas atividades em diversos EM dentro do território da União, através da diretiva MCCCIS, o lucro tributável é apurado como se de apenas uma entidade se tratasse. Posteriormente é calculada a parte dos lucros que cabe a cada EM, para ser aplicada a taxa de imposto sobre os rendimentos de pessoas colectivas de cada jurisdição.

Assim, no contexto dos *mismatches*, esta diretiva introduz a possibilidade de neutralizar os efeitos decorrentes destas situações, nas relações intra-grupo, tendo em conta que apenas o tratamento fiscal conferido por um EM é utilizado na determinação do lucro tributável das entidades que constituem o grupo⁷⁰. No entanto, o enquadramento legal da diretiva não consegue produzir os mesmos efeitos nas transações realizadas por entidades do grupo, com entidades que não pertencem ao mesmo grupo económico.

3.4. Conclusões intermédias

Após chegar a esta fase, importa agora salientar algumas conclusões obtidas com a exposição anterior sobre a apreensão em vários níveis do problema dos *mismatches* relativos a instrumentos financeiros híbridos.

Noplano unilateral, as ferramentas à disposição consistem em cláusulas gerais anti-abuso, normas específicas anti-abuso e normas sobre conflitos de qualificação. Na medida em que as cláusulas gerais anti-abuso se aplicam apenas a comportamento abusivos ou fraudulentos mostram-se como uma ferramenta ineficiente para neutralizar os efeitos das situações sob análise. Como notamos, os instrumentos são normalmnete dotados de substância económica, e que apenas em casos pontuais, onde as estruturas utilizadas para a sua emissão são artificiais, poderá aplicar-se uma cláusula geral.

⁷⁰ BARSCH, S., “*Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context – Issues and Options for Reform*”, Springer, 2012, pp. 122-123.

Analizamos ainda normas sobre conflitos de qualificação que propugnam que se siga a qualificação conferida aos instrumentos pelo Estado da Fonte. Estas permitem um encontro das qualificações prévio à situação de *mismatch*. Contudo, tal pode levar a conflitos entre as normas internas e as normas convencionais.

Posteriormente, estudámos normas anti-abuso específicas, que não são aplicáveis exclusivamente a comportamentos abusivos, sendo um meio adequado e eficiente no plano interno. Com a introdução destas normas é possível limitar os benefícios conferidos pela legislação interna de um Estado, neutralizando o efeito de dedução/não inclusão decorrente do aproveitamento do *mismatch* em questão. Contudo, é necessário ter em consideração que, por imperativo derivado do direito europeu, as mesmas não podem constituir uma presunção inilidível ou ter aplicação automática. Antes têm de conferir ao sujeito passivo a possibilidade de provar a genuinidade das operações, sob pena de causar um efeito de *overkill*⁷¹, ou seja, a norma produz efeitos para além dos pretendidos e de ser incompatível com o direito da União.

Ao nível internacional, no plano das CDT's, concluímos que os conceitos aplicáveis aos rendimentos de capitais constantes na CM OCDE, relevantes no contexto dos instrumentos financeiros, não dão resposta a todos os problemas. Assim, em linha com o exposto anteriormente para o plano unilateral, também nas convenções sobre dupla tributação é possível optar pela qualificação conferida pelo Estado da Fonte ou por normas específicas que impeçam o acesso aos benefícios atribuídos no Estado de Residência. Consideramos que a opção pela qualificação do Estado da Fonte é inviável, dado o tratamento díspar que oferece às operações transnacionais face às mesmas operações levadas a cabo no plano interno. Adicionalmente, através destas normas, os Estados abdicam de parte da sua soberania tributária, traduzindo-se estes efeitos numa situação contrária aos ideais estaduais contemporâneos. Resta assim a via da introdução de normas que visam limitar os benefícios de regimes internos e a introdução de cláusulas *switch over*, que ambas, em última análise, neutralizam os efeitos nefastos dos *mismatches*.

Por último, prosseguimos com a nossa análise no plano da União Europeia. As directivas relevantes na matéria não dispõem de normas capazes de fazer face a casos de desencontro de qualificações, apenas de disposições sobre práticas abusivas e fraudulentas. No âmbito da proposta de revisão da diretiva mães-filhas é sugerida a

⁷¹ Conforme referido *supra*.

introdução de uma norma que limita os benefícios previstos na diretiva (no Estado da residência da sociedade mãe), quando os lucros em questão tiverem sido considerados custos dedutíveis na esfera da entidade. Importa referir que, apesar da eficiência da norma contida na proposta, tal regra apenas é aplicável aos casos previstos na diretiva. Desta forma, ficam de fora todos casos de *mismatch* relativos a instrumentos financeiros híbridos, quando a situação em causa se situe fora do campo de aplicação da diretiva. Adicionalmente, sendo uma norma no âmbito da diretiva, não resolve o problema emergente nos *mismatches*, no que se refere a transações com entidades residentes em Estados que não fazem parte da União Europeia, o que pode levar a uma deslocalização das transações para fora do território europeu.

Face a todo o exposto, entendemos que a proposta da CE de revisão da diretiva mães-filhas apresenta uma solução eficiente para pôr cobro aos efeitos negativos dos *mismatches*. Para além da acção coordenada por parte dos EM, tendo em consideração os problemas apontados anteriormente relativos à fuga de capitais e transações para fora do espaço europeu, também deve haver coordenação entre a UE e a OCDE. Consequentemente, a introdução de uma cláusula *switch-over* na directiva, seria uma solução coerente com a proposta pela OCDE, que em última análise para além de alcançar os objectivos prosseguidos pelo mercado interno, permitiria criar algum equilíbrio entre a reacção dentro e fora da EU, existindo alguma neutralidade nas relações entre a EU e outros Estados. Cabe ainda salientar a dificuldade de implementação das referidas normas no espaço europeu, que carecem de aprovação unânime por parte dos EM, sendo assim uma solução viável a nível das CDTs, mas de difícil aplicabilidade no espaço da UE.

Por fim, tanto no plano internacional como no plano europeu, de forma a constituir um sistema coerente e capaz, será necessário recorrer aos mecanismos atuais à disposição dos Estados no que se refere à matéria de cooperação administrativa e troca de informações, de modo a conseguir identificar os casos de conflitos de qualificação, para posteriormente aplicar as normas sobre limitação de benefícios em conformidade.

4. O caso português

Até recentemente (final de 2013) a única norma que poderia ser invocada para obstar à produção dos efeitos típicos dos hybrids era a nossa cláusula geral anti abuso, plasmada no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária. Tal cláusula requer a verificação de cinco elementos⁷² para a sua aplicação: o elemento meio que tem a ver com a forma utilizada, o elemento resultado relativamente à vantagem fiscal obtida, o elemento intelectual correspondente à motivação fiscal do contribuinte, o elemento normativo onde é prevista a reprovação da vantagem fiscal obtida pelo sistema, e o elemento sancionatório que culmina na requalificação da situação em causa⁷³. Como vimos anteriormente, uma situação de *hybrid mismatch* dificilmente preenche todos estes requisitos pelo que a cláusula geral não se mostra como um instrumento adequado de prevenção dos mesmos.

Desde o início de 2014⁷⁴, o nosso CIRC passou a incluir uma norma especificamente dedicada a *mismatches*, no quadro do novo regime de *participation exemption*⁷⁵. Trata-se da alínea a) do n.º 10 do artigo 51.º a qual dispõe que a aplicação do regime de isenção é apenas aplicável quando os os lucros ou reservas recebidos pelo residente em Portugal “*não correspondam a gastos dedutíveis pela entidade que os distribui para efeitos do imposto mencionado na alínea d) do n.º 1*”.

⁷² Conforme o Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul, no Processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro de 2011, os pressupostos de aplicação são os seguintes: “1- O elemento meio – o qual tem a ver com a forma utilizada, portanto com a prática de certos actos ou negócios dirigidos, essencial ou principalmente, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos; 2- O elemento resultado – o qual visa a vantagem fiscal como fim da actividade do contribuinte, portanto, a redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos; 3- O elemento intelectual – o qual tem a ver com a motivação fiscal do contribuinte, portanto com o facto dos actos ou negócios pelo mesmo praticados serem essencial ou principalmente dirigidos ao resultado que é a vantagem fiscal; 4- Elemento normativo – o qual tem a ver com a reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida, portanto, o contribuinte actua com manifesto abuso das formas jurídicas (cfr. Art 63.º, n.º2, do C.P.P. Tributário).

⁷³ COURINHA, G. L., “A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributo para a sua Compreensão”, Almedina, 2009, p. 165.

⁷⁴ Lei n.º 2/2014 de 16 de Janeiro.

⁷⁵ Em termos genéricos, o regime da *participation exemption* introduzido pela reforma do IRC, que, no caso de instrumentos financeiros híbridos permite a não inclusão dos rendimentos para efeitos do lucro tributável, é aplicável mediante o cumprimento dos seguintes requisitos:

- a) Participação directa ou indirecta de pelo menos 5% do capital social ou direitos de voto;
- b) Detenção da participação por período igual ou superior a 24 meses;
- c) A entidade beneficiária não pode estar abrangida pelo regime da transparência fiscal
- d) A entidade que distribui os lucros tem de estar sujeita e não isenta de imposto sobre rendimentos, imposto especial sobre o jogo, imposto mencionado no artigo 2.º da directiva mães-filhas, ou imposto de natureza análoga ao IRC, cuja taxa aplicável não seja inferior a 60% da taxa de IRC.
- e) A entidade distribuidora não esteja sediada num paraíso fiscal.

Assim, e para a aplicação do nosso sistema de *participation exemption*, é sempre necessário ter em consideração a qualificação conferida no Estado da Fonte. Caso os pagamentos na fonte sejam caracterizados como juros (e, por virtude disso, terem sido deduzidos), o residente português não poderá aceder ao regime de isenção previsto.

Esta disposição é um exemplo mais de um país que decide enfrentar a questão através de uma norma específica, operando ao nível da qualificação. A solução portuguesa apresenta ainda similitudes com a contida na proposta de revisão da directiva mães-filhas⁷⁶.

⁷⁶ European Commission, “*Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*”, COM(2013) 814 Final.

5. A compatibilidade com o ordenamento jurídico Europeu

O ordenamento jurídico da União Europeia apresenta-se hoje como um sistema supranacional⁷⁷, com efeito directo⁷⁸ e primando sobre os ordenamentos internos dos EM. Entre os seus objectivos conta-se a criação de um verdadeiro mercado interior em que as liberdades fundamentais (liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, estabelecimento, prestação de serviços e capitais e pagamentos⁷⁹) se encontram asseguradas.

Vimos já que em matéria de fiscalidade directa, e apesar da existência de algumas directivas, compete essencialmente aos Estados a concepção dos seus sistemas fiscais, desde que o façam com respeito pelo direito da União. Por esse motivo, é fácil a emergência de situações de *mismatches* que, para além de todas as demais consequências nefastas, criam distorções à concorrência.

Temos agora de verificar se a solução analisada supra, é compatível com o direito da União.

Nos termos do raciocínio tipicamente seguido pelo tribunal para a análise de casos desta natureza é necessário em primeiro lugar determinar qual a liberdade fundamental. Posteriormente cabe analisar se estamos perante um caso de discriminação ou de restrição. Em caso afirmativo, deveremos verificar se existe justificação para o regime em questão, que caso seja justificada, tem de passar pelo controlo de proporcionalidade.

A norma analisada pode afectar não só os movimentos de capitais, mas ainda a liberdade de estabelecimento⁸⁰ previstas nos artigos 63.º e 49.º do TFUE respectivamente.

No segundo passo do raciocínio do Tribunal, importa analisar a existência de um caso de discriminação ou de restrição das liberdades fundamentais previamente identificadas. Neste ponto importa relembrar que os *mismatches* na qualificação de instrumentos financeiros são situações de meras disparidades, decorrentes da

⁷⁷ TJUE 15.07.1964, C-65/64, *Costa vs Enel*. Nos termos deste acórdão, em conformidade com os Tratados, os EM limitaram a sua soberania, não podendo o direito comunitário ser colocado em causa por disposições internas dos EM.

⁷⁸ TJUE 04/12/1974, C-43/71, *Van Duyn*. Conforme esta decisão, as directivas europeias são passíveis de aplicação directa quando a disposição enuncia uma obrigação que não está sujeita a qualquer reserva ou condição, não carecendo de qualquer intervenção ou acto por parte das Instituições ou dos EM.

⁷⁹ Artigos 45.º, 49.º, 56.º e 63.º do TFUE.

⁸⁰ Caso esteja configurada para ser aplicada em casos de influência certa e decisiva.

coexistência de vários sistemas fiscais diferentes no seio da UE. Neste contexto, o Tribunal já afirmou que os EM não têm a obrigação de eliminar a dupla tributação internacional decorrente do exercício paralelo das soberanias fiscais⁸¹. No entanto, como reverso da moeda, temos a dupla não tributação que é apontada como um problema pelos órgãos da UE. Desta forma entendemos que a limitação por parte do Estado de Residência dos benefícios atribuídos por um regime doméstico, não constitui discriminação entre entidades residentes ou não residentes, tendo em consideração que os sujeitos passivos e a própria situação fática em questão não são idênticos. Numa transacção transfronteiriça, tanto os intervenientes como a própria realidade em análise estão sujeitas ao enquadramento legal de diferentes jurisdições, não sendo possível afirmar a identidade das situações. Por outro lado, através da protecção conferida pelo TFUE às liberdades fundamentais, aplicável tanto às entidades residentes no espaço europeu, como às transacções realizadas entre EM, entendemos haver uma restrição à liberdade de circulação de capitais e também de estabelecimento, que carece de justificação. Desta forma, a disposição em causa, que se traduz numa ferramenta que tem como objectivo neutralizar efeitos negativos como a dupla não tributação, decorrentes das diferenças existentes nos vários sistemas fiscais, para nós, configura uma restrição na dimensão em que o conceito é utilizado pelo TJUE.

Ora, apesar de serem consideradas restrições, é possível serem justificadas por uma “razão imperiosa de carácter geral”⁸². O TJUE tem firmado na sua jurisprudência um elenco de justificações aceitáveis ou não para restrições a liberdades fundamentais.

As justificações tradicionalmente recusadas são: a perda ou redução das receitas fiscais⁸³, compensação através de outras vantagens ou privilégios fiscais, a ausência de medidas de harmonização a nível fiscal e a inexistência de uma Convenção de Dupla Tributação⁸⁴. Por outro lado, o TJUE aceita como justificações: a coerência do sistema fiscal⁸⁵, risco de fraude e evasão fiscal⁸⁶, a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais⁸⁷, risco de dupla utilização de prejuízos⁸⁸ e a necessidade de repartição equilibrada do poder tributário⁸⁹.

⁸¹ TJUE 12.07.2005, C-403, *Schempp*.

⁸² TJUE 20.02.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*.

⁸³ TJUE 16.07.1998, C-264/96, *ICI*.

⁸⁴ TJUE 28.01.1986, C-297/83, *Avoir Fiscal*.

⁸⁵ TJUE 28.01.1992, C-204/90, *Bachmann*.

⁸⁶ TJUE 18.07.2007, C-231/05, *OY AA*.

⁸⁷ TJUE 29.03.2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*.

⁸⁸ TJUE 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*.

⁸⁹ TJUE 28.02.2008, C-293/06, *Deutsche Shell*.

Ora, em alguns casos, como justificação de medidas restritivas, o TJUE aceitou a “coerência do sistema fiscal”. Esta justificação opera ao nível do mesmo sujeito passivo e pretende fundamentar um tratamento diferenciado que lhe é conferido face a outras entidades não residentes. Tendo em consideração que a limitação de benefícios em caso de *mismatch* é aplicável aos sujeitos passivos residentes e não residentes da mesma forma, proporcionando um tratamento fiscal igualitário, a coerência do sistema fiscal não é passível de fundamentar as referidas normas de limitação de benefícios.

Posteriormente, temos como justificação para normas unilaterais que colidem com o direito europeu, o “risco de fraude e evasão fiscal”. Perante esta justificação, importa referir a análise feita *supra*, onde concluímos que a utilização de instrumentos financeiros híbridos por parte dos contribuintes como forma de financiamento, não constitui um comportamento abusivo, pois as consequências práticas das diferentes qualificações decorrem do exercício simultâneo pelos EM da sua soberania a nível da fiscalidade directa. Acresce ainda a realidade económica associada a estes instrumentos, o que não permite que se opte pela via da artificialidade na sua qualificação como comportamento abusivo. Neste contexto, apenas serão considerados abusivos, os casos de *mismatch* relativos a instrumentos financeiros híbridos, que tenham sido estruturados através de arranjos puramente artificiais⁹⁰, ou seja, em última análise, não é o instrumento financeiro que é considerado artificial, mas a entidade ou esquema utilizado para movimentar os fluxos de capital.

O TJUE aceita ainda justificar ingerências nas liberdades fundamentais através da “necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais”. Neste sentido, esta justificação tem como fundamento o combate à fraude e evasão fiscal. Novamente, tendo em consideração o exposto acima sobre os *mismatches* relativos a instrumentos financeiros híbridos e abuso, verificamos que nestes casos não estamos perante um comportamento abusivo ou fraudulento, mas sim perante uma vantagem fiscal decorrente da desconformidade na qualificação concedida pelos EM sobre certas realidades. Ainda que se pudesse vislumbrar fraude ou evasão nestas situações, esta justificação é dificilmente aceite pelo TJUE pelo facto de existirem outros mecanismos que permitem garantir a eficácia dos controlos fiscais, que são as directivas mencionadas anteriormente sobre assistência mútua entre autoridades tributárias.

⁹⁰ Conforme referido *supra*.

Outra justificação aceite pelo TJUE no que concerne a disposições que atentam contra as liberdades fundamentais é o “risco de dupla utilização de prejuízos”. Ora, num *mismatch* respeitante a instrumentos financeiros híbridos, o efeito decorrente é uma dedução numa jurisdição, sem a correspondente inclusão no lucro tributável da entidade beneficiária na outra jurisdição. Neste contexto, o objectivo desta justificação é diferente. O que é procurado perante estes casos de *double dipping* é obviar a casos onde existe um comportamento abusivo, em que os mesmos prejuízos são deduzidos por entidades distintas, no entanto pertencentes ao mesmo grupo de sociedades, em duas jurisdições diferentes. Desta forma, o raciocínio é inaplicável a situações de *mismatch*, que têm na sua génese, meras disparidades entre sistemas fiscais.

Por fim, a última justificação aceite pelo TJUE reside na “repartição equilibrada do poder tributário”. De acordo com o Tribunal, esta justificação é aplicável quando um Estado vê o seu poder tributário ser colocado em causa no que concerne a actividades desenvolvidas no seu território, em consequência do regime fiscal aplicável no outro Estado. Esta justificação também não procede como meio de validar uma norma que limite os benefícios quando os rendimentos não correspondem a custos dedutíveis na esfera do agente pagador, uma vez que numa situação de *mismatch* existe uma repartição equilibrada do poder tributário. Ao analisar uma situação onde existe um desencontro entre as qualificações concedidas pelos diferentes Estados, constatamos que ambos os Estados exercem a sua competência tributária. O Estado da Fonte dos rendimentos ao exercer a sua soberania tributária qualifica os pagamentos como custos dedutíveis de acordo com a legislação fiscal doméstica aplicável ao caso. O Estado de Residência igualmente exerce a sua competência tributária, apenas opta por isentar os rendimentos. Desta forma, não vislumbramos nenhum problema ao nível do equilíbrio, na repartição dos poderes tributários.

Assim não cremos que exista uma justificação válida na óptica do TJUE para a norma sob análise⁹¹. Ainda que o seja afirmada a sua justificação, as normas em questão devem ainda ser submetidas ao controlo da sua proporcionalidade. Neste teste, a realidade em causa deve revelar-se em primeiro lugar adequada à prossecução do fim tido como justificação. Posteriormente deve ser aferida a necessidade da medida, ou

⁹¹ Também neste sentido BUNDGAARD, JAKOB, que questiona à luz do raciocínio do TJUE, a possibilidade dos EM introduzirem uma restrição à liberdade de circulação de capitais e estabelecimento, quando impedem o aproveitamento de um regime de isenção quando os pagamentos são dedutíveis no Estado da Fonte dos rendimentos. - BUNDGAARD, J., “*Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 2*”, *European Taxation*, December 2013, *Journals IBFD*, p. 587.

seja, se vai para além do necessário para atingir o fim, e também se existe alguma medida menos restritiva. Por fim, o teste procura determinar se as vantagens superam as desvantagens da medida adoptada, isto é, a proporcionalidade em sentido estrito.

Ora, já nos pronunciámos sobre a eficiência destas normas de limitação de benefícios na neutralização dos efeitos decorrentes dos *mismatches*, sendo assim no que se refere à proporcionalidade, disposições adequadas.

Relativamente à necessidade da norma, que respeita ao segundo crivo do teste da proporcionalidade, consideramos que a medida vai para além do necessário para prosseguir a justificação. Tendo em consideração o mencionado anteriormente sobre os limites impostos pelo TJUE, e fazendo um paralelo com as normas referidas anteriormente sobre subcapitalização⁹², estas normas não podem conter presunções gerais e automáticas, o que implica a necessidade de conferir ao sujeito passivo a possibilidade de provar a normalidade das operações em causa. No caso de instrumentos financeiros, cuja falta de substância económica nas transacções é extremamente difícil de provar, determinaria a ineficácia das normas *sub judice*, pois o sujeito passivo iria sempre conseguir provar a veracidade e utilidade da operação subjacente.

Face a todo o exposto, temos dúvidas sobre se a norma constante no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC português será considerada admissível com o direito da União.

⁹² Conforme referido *supra*.

6. Conclusões

- I. Os *mismatches* consistem em desencontros na qualificação conferida pela lei fiscal de dois ou mais Estados onde se localiza a actividade económica de um sujeito.
- II. Tais fenómenos são cada vez mais frequentes. Apesar da globalização e da redução dos entraves ao comércio internacional o certo é que, em fiscalidade directa, os Estados em forte medida livres para configurar os seus sistemas tributários domésticos.
- III. A diferente qualificação das mesmas realidades, origina casos de *hybrid mismatches*, sendo possível encontrar situações deste tipo ao nível dos entes, dos instrumentos e das transacções.
- IV. Os híbridos – e os *mismatches* a que dão lugar - têm diversos efeitos. Por vezes são vantajosos para os sujeitos passivos, como quando dão lugar a dupla não tributação, sob a forma de dupla dedução de custos, dedução de custos e simultânea não inclusão no lucro tributável da contraparte, e a criação de créditos por dupla tributação internacional. No entanto existem casos em que os híbridos podem dar origem a casos de dupla tributação, dificilmente resolúveis através dos instrumentos actualmente à disposição.
- V. Por regra, o efeito de dedução/não inclusão causado pelos híbridos é nefasto tanto para a economia como para o regular funcionamento dos sistemas fiscais domésticos e internacionais. Isto porque, ao gerarem-se vantagens “anómalas” para certos sujeitos passivos acaba-se por introduzir distorções na concorrência e por afectar a justiça distributiva na repartição da carga tributária entre os sujeitos.
- VI. Independentemente do efeito gerado pelos mesmos, vários Estados e organizações internacionais (das quais se destacam a UE e a OCDE) têm identificado os *hybrid mismatches* como um problema, o qual carece ainda de solução.
- VII. Ao introduzir um corte funcional na nossa análise, focando a reflexão no efeito de dedução/não inclusão relacionado com instrumentos financeiros híbridos, temos de concluir que os *mismatches* não podem ser considerados, *per se*, expedientes abusivos. De facto, os sujeitos passivos podem mesmo desconhecer que o instrumento a que recorrem para o funcionamento normal das suas actividades são qualificados de forma distinta nos Estados que apresentam nexos de conexão legítimos com esse instrumento.

- VIII.** A resolução deste problema pode ser equacionada em diferentes níveis. Para efeitos do nosso estudo tivemos em consideração os planos unilateral, internacional (convencional) e europeu.
- IX.** No plano unilateral constatamos que o legislador doméstico poderá recorrer a cláusulas gerais anti-abuso, cláusulas específicas e a regras sobre conflitos de qualificação. Ainda que cada uma tenha as suas vantagens e inconvenientes acabamos por concluir que a introdução de soluções unilaterais poderia levantar problemas ao nível europeu (compatibilidade com o direito da União) e internacional (“*treaty override*”).
- X.** No plano internacional, constatamos que as definições relevantes relativas a instrumentos financeiros (híbridos) se mostram desactualizadas. A introdução de normas sobre conflitos de qualificação nas CDTs poderia dar lugar a problemas de igualdade e de soberania estatal. Identificamos como soluções possíveis o recurso a disposições específicas anti-abuso ou a cláusulas *switch over* e demonstramos como ambas se mostram capazes de neutralizar o efeito de dedução/não inclusão dos *mismatches* relativos a instrumentos financeiros híbridos.
- XI.** No cenário europeu, vimos que além da percepção do problema, existe já uma primeira proposta de revisão da directiva mães-afiliadas na qual se opta pela limitação dos benefícios como forma de neutralizar os efeitos nocivos dos instrumentos financeiros híbridos. No entanto, restam dúvidas quanto à sua implementação devido à necessidade de aprovação unanimidade por parte dos EM. Constatamos ainda, que tal regra pode apresentar efeitos negativos relativamente a transacções com entidades não residentes em EM ou promover a deslocalização de investimentos para fora da UE.
- XII.** A Reforma de 2014 do CIRC introduziu entre nós uma norma também aplicável aos casos de *mismatches*. Trata-se do n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, no quadro do novo regime sobre a eliminação da dupla tributação económica em casos de *participation exemption*. De acordo com este preceito, Portugal negará o método da isenção quando os rendimentos em questão correspondem a gastos dedutíveis na esfera da entidade distribuidora.
- XIII.** A solução plasmada no CIRC, apesar de eficiente, pode colocar problemas ao nível da compatibilidade com o direito da União Europeia e, mais particularmente com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais.
- XIV.** De facto a norma cria uma situação de discriminação, já que só se aplica aos fluxos de rendimento de fonte externa/internacional. Claro está, que as liberdades fundamentais não são absolutas e que a norma se poderia escudar em

várias justificações como as do risco de dupla utilização de prejuízos, necessidade de combate à fraude e evasão fiscal e necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais.

- XV.** Neste âmbito, para além de entendermos que a norma carece de justificação, cremos que a mesma dificilmente passará o controlo de proporcionalidade estabelecido pelo tribunal. Em primeiro lugar porque assenta numa presunção automática, impedindo o sujeito passivo de demonstrar a genuinidade da operação. Em segundo lugar – e mais determinante – a norma excede o que é necessário para prosseguir os seus objectivos para prevenir os expedientes puramente artificiais. De facto, e como afirmamos por várias vezes ao longo deste estudo, o efeito de dedução/não inclusão provocado pelos *hybrid mismatches* não corresponde, na maioria dos casos, a situações abusivas ou de artificialidade.
- XVI.** Tendo em conta o acima descrito, é-nos possível concluir que as normas específicas (“anti-abuso”) e as cláusulas *switch-over* são aquelas que, no panorama actual, se mostram como mais adequadas para a eliminação dos efeitos negativos gerados pelos *hybrid mismatches*.
- XVII.** Para nós, a solução a implementar deve ser uniforme e seguir a via das cláusulas *switch-over*, quer no plano europeu como no plano internacional, de forma a evitar a existência de dois mecanismos paralelos distintos com o mesmo objectivo, os quais poderiam introduzir mais complexidade no sistema tributário internacional, originando entraves ao comércio transnacional e desenvolvimento económico.
- XVIII.** Cremos que, com esta dissertação, além da discussão compreensiva dos problemas subjacentes, proporcionamos à comunidade tributária internacional instrumentos e outras alternativas robustas e eficazes, as quais podem mitigar ou reduzir o efeito nefasto dos *hybrid mismatches*, ao mesmo tempo que não afectam de modo sensível o sistema económico internacional. Cabe agora ao decisor político a ação, que se espera tempestiva.

Bibliografia

I – Livros e artigos

A

ALTMAN, Z. Daniel, “*International cross-border arbitrage*”, 66 Bulletin for International Taxation 9, 2012.

ANTUNES, José Engrácia, “*Os instrumentos financeiros*”, Almedina 2009.

AVI-YONAH, Reuven S., “*Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime*”, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Michigan Law 73, January 2007, pp. 130-131.

-----, “*Tax competition and the trend toward territoriality*”, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Michigan Law 297, December 2012.

B

BARSCH, Sven-Eric, “*Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context – Issues and Options for Reform*”, Springer, 2012.

BRITTINGHAM, Mathew; BUTLER, Michael, “*OECD Report on Base Erosion and Profit Shifting: search for a new paradigm or is the proposed tax order a distant galaxy many light years away?*”, 20 International Transfer Pricing Journal 4, 2013.

BROKELIND, Cécile, “*The evolution of international income tax law applied to Global Trade*”, 34 Intertax 3, 2006.

BUNDGAARD, Jakob, “*Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 1*”, 53 European Taxation 11, October 2013.

-----, “*Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 2*”, 53 European Taxation 12, December 2013.

-----, “*Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 1*”, 50 European Taxation 10, September 2010.

-----, “*Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2*”, 50 European Taxation, October 2010 11, October 2010.

C

COURINHA, Gustavo Lopes, “*A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*”, Almedina, 2009.

CUSSENS, Peter, “*Corporate loss utilization through aggressive tax planning*”, 19 *International Transfer Pricing Journal* 2, February 2012.

D

DEELEN, J. B. Van; NIJSSEN, D. J. R., “*New approvals for tax credits: bought interest and timing mismatches*”, 11 *Derivatives & Financial Instruments* 6, November 2009.

DZIURDZ, Kasper, “*“Circularly Linked” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test*”, 67 *Bulletin for International Taxation* 6, June 2013.

F

FINNERTY, Chris J.; MERCKS, Paulus; PETRICCIONE, Mario; RUSSO, Raffaele, “*Fundamentals of International Tax Planning*”, IBFD, 2007.

G

GAJEWSKI, Dominik, “*The Role of Hybrid Instruments in the Implementation of Business Tax Policy*”, 6 *Contemporary Economics* 2, 2012.

GELDER, Gabriel van, NIELS, Boudewijn, “*Netherlands – Tax treatment of hybrid finance instruments*”, 15 *Derivatives & Financial Instruments* 4, 2013.

GRAAF, Arnaud de, “*International tax policy needed to counterbalance the excessive behaviour of multinationals*”, *EC Tax Review*, 2013-2.

L

LANG, Michael, “*2008 OECD Model: Conflicts of qualification and double non-taxation*”, 63 *Bulletin for International Taxation* 5, 2009.

LOWELL, Cym; WELLS, Bret, “*Tax base defense: time to update the model treaties?*”, 20 *International Tax Journal* 2, 2013.

M

MARCHGRABER, Christoph, *“Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission”*, 54 *European Taxation* 4, March 2014.

MCCORMICK, Roger; CREAMER, Harriet, *“Hybrid Corporate Securities: International Legal Aspects”*, Sweet & Maxwell, London, 1987.

MERKS, Paul, *“Corporate tax and the global village”*, 33 *Intertax* 3, 2005.

N

NABAIS, Casalta, *“Direito fiscal”*, 6ª edição, Almedina 2011, p. 565.

NIEKEL, Silvain F. M.; NOUWEN, Martijn F., *“The current tax avoidance debate and European banks”*, *Derivatives & Financial Instruments*, May/June 2013.

NOGUEIRA, João, *“Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade”*, Coimbra Editora, 2010, p. 426.

O

OWENS, Jeffrey, *“The taxation of multinational enterprises: an elusive balance”*, 67 *Bulletin For International Taxation* 8, 2013.

P

PRATS, Francisco, *“Qualification of hybrid financial instruments in tax treaties”*, *Diritto e Pratica Tributária Internazionale*, Vol. VIII, N.3, 2011, pp. 977-978.

R

RING, Diane M., *“One nation among many: Policy implications of cross-border tax arbitrage”*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Harvard Law School, No. 67.

RUSSO, Raffaele, *“The 2005 OECD model convention and commentary: an overview”*, 42 *European Taxation* 12, December 2005.

-----, *“The OECD report on hybrid mismatch arrangements”*, 67 *Bulletin For International Taxation* 2, February 2013.

S

SACHDEVA, Sachin, “*Overriding Tax Treaties: Proposing a Solution*”, 53 *European Taxation* 9, Special Issue, 2013.

SANCHES, Saldanha, “*Os limites do planeamento fiscal*”, Coimbra Editora 2006.

-----, “*Manual de Direito Fiscal*”, Coimbra Editora, 2007.

SHAVIRO, Daniel, “*Money on the table?: Responding to cross-border arbitrage*”, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, New York University School of Law, No. 47.

SIX, Martin, “*Hybrid finance and double taxation treaties*”, 63 *Bulletin For International Taxation* 1, January 2009.

SPECKEN, Willem, “*Fair share: going dutch ou double dutch?*”, 15 *Derivatives & Financial Instruments* 2, March/April 2013.

STORCK, Alfred, “*The financing of multinational companies and taxes: an overview of the issues and suggestions for solutions and improvements*”, 65 *Bulletin For International Taxation* 1, January 2011.

V

VERDONER, Louan, “*The coherence principle under EC tax law*”, 49 *European Taxation* 5, 2009.

X

XAVIER, Alberto, “*Direito Tributário Internacional*”, 2ª Edição, Almedina, 2011.

W

WEEGHEL, Stef van; EMMERINK, Frank, “*Global developments and trends in international anti-avoidance*”, 67 *Bulletin for International Taxation* 8, 2013.

WIEDERMANN-ONDREJ, Nadine, “*Hybrid instruments and the indirect credit method – Does it work?*”, SFB International Tax Coordination Discussion Paper No. 19.

WITTENDORF, Jens, “*International mismatches: BEPS and a Danish example*”, *International Tax Review*, April 2013.

II – Documentos de organizações internacionais

Comissão Europeia, “*Commission recommendation on aggressive tax planning*”, C(2012) 8806 Final.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf

-----, “*The internal market: factual examples of double non-taxation cases – Consultation document*”, 2012.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/consultation_paper_en.pdf

-----, “*An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and evasion*”, COM(2012) 722 Final.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_fraud_evasion/index_en.htm

-----, “*Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*”, COM(2013) 814 Final.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0814:FIN:EN:PDF>

Parlamento Europeu, “*Report on fight against tax fraud, tax evasion and tax havens*”. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//EN>

OECD (2013), “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, OECD Publishing.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

-----, “*After Tax Hedging*”, OECD Publishing.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

-----, “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, OECD Publishing.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

-----, “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, OECD Publishing.

http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf

-----, Public Discussion Draft – *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*, OECD, March 2014.

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-treaty-issues-march-2014.pdf>

----- *“Model Tax Convention on Income and on Capital 2010”*, OECD Publishing pp. 11, 139.

Índice

1. Introdução	7
1.1. Considerações Preliminares.....	7
1.2. Objectivos da tese.....	10
1.3. Objecto	10
1.3.1. Delimitação positiva.....	10
1.3.2. Delimitação negativa.....	10
1.4. Metodologia e modo de citar	11
1.5. Sequência.....	11
2. “ <i>Hybrid Mismatches</i> ”	12
2.1. Introdução ao problema.....	12
2.2. Tipologia de “ <i>mismatches</i> ”.....	13
2.2.1. Entidades híbridas	14
2.2.2. Instrumentos financeiros híbridos	14
2.2.3. Entidades com dupla residência fiscal.....	16
2.2.4. Transacções híbridas.....	16
2.3. Efeitos tradicionais	17
2.3.1. Dupla dedução	17
2.3.2. Dedução/não inclusão.....	19
2.3.3. Criação de créditos por dupla tributação internacional	20
2.3.4. Dupla tributação e disparidades negativas	22
2.4. Conclusões intermédias	22
3. Propostas de soluções	24
3.1 No plano unilateral	24
3.1.1. Cláusulas gerais anti-abuso	25
3.1.2. Normas anti-abuso específicas	26
3.1.3. Normas sobre conflitos de qualificação.....	28
3.2. No plano das Convenções sobre Dupla Tributação.....	28
3.3. No plano das diretivas em matéria de fiscalidade direta	32
3.3.1. No plano das diretivas propostas	34
3.4. Conclusões intermédias	35
4. O caso português	38
5. A compatibilidade com o ordenamento jurídico Europeu.....	40
6. Conclusões.....	45
Bibliografia.....	48
Índice	54