

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Assimetrias Híbridas – A Resposta da OCDE e UE

Ana Paula Pombinho Miranda

Sob a orientação da
Professora Inês Pinto Leite

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Assimetrias Híbridas – A Resposta da OCDE e UE

Ana Paula Pombinho Miranda

Sob a orientação da
Professora Inês Pinto Leite

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Agradecimentos

A referência de sempre ao apoio dos meus pais e irmãos.
Aos meus professores, Dr. João Félix Nogueira, Dr. Miguel Correia e Dr. Tomás
Tavares por terem despertado em mim este gosto pelo Direito Fiscal.
À minha orientadora, Professora Inês Pinto Leite, pela preocupação e orientação.

Resumo

Numa altura em que muito se discute o futuro dos sistemas fiscais, e os sistemas fiscais do futuro, são vários os problemas com que o Direito Fiscal se depara, aos quais urge dar resposta. A maior parte desses problemas emerge lado a lado com a globalização e com o aumento das operações transfronteiriças que daí decorrem.

Assim, a atividade das empresas nos dias de hoje, cada vez mais internacionalizadas, implica a aplicação de disposições de diferentes ordenamentos jurídicos que nem sempre atuam de forma harmonizada, o que leva a que se gerem conflitos de qualificação de uma mesma realidade entre dois ou mais Estados. É neste contexto que surgem as chamadas assimetrias híbridas, tema que nos propomos a explorar, abordando cada uma das modalidades e respetivos efeitos e, bem assim, expondo as iniciativas por parte das organizações internacionais, OCDE e UE, de combate a estes mecanismos de planeamento fiscal.

O primeiro passo está dado. Cabe agora aos Estados, na sua individualidade, mas em coordenação com o desenvolvido no plano comunitário e ao nível da OCDE, transpor para o ordenamento jurídico interno as conclusões das duas organizações internacionais.

Palavras-chave: Assimetrias híbridas; *hybrid mismatch arrangements*; dupla não tributação; dupla dedução; dedução sem inclusão; BEPS; Diretiva Antielisão.

Abstract

At a time when much is being discussed regarding both the future of tax systems and the tax systems of the future, Tax Law is facing several problems, which need to be addressed. Most of these problems emerge side by side with globalization and with the consequent increasing of cross-border operations.

Thus, the activity of the nowadays companies, increasingly internationalized, implies the application of different jurisdictions, which do not always perform in a harmonized way. This leads to conflicts of qualifications of the same reality between two or more States. It is in this context that occur the so-called hybrid mismatch arrangements, a theme that we propose to explore, addressing each one of its types, their respective effects and, therefore, expose the initiatives taken by the international organizations, OECD and EU, to face these tax planning mechanisms.

The first step is given. It is now up for the States to transpose, in both their individuality and in coordination with that developed at the community level and at the OECD level, the conclusions of the two international organizations into jurisdictions.

Keywords: BEPS, hybrid mismatch arrangements, double non-taxation, double deduction; deduction without inclusion; BEPS; Anti-Tax Avoidance Directive.

Índice

Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract.....	6
Lista de Siglas e Abreviaturas	10
1. Introdução	11
2. Assimetrias Híbridas	16
2.1.1. Modalidades de Assimetrias Híbridas	19
2.1.2. Efeitos	21
2.1.2.1. Dedução Sem Inclusão através de um instrumento financeiro híbrido	21
2.1.2.2. Dupla Dedução através de uma Entidade Híbrida.....	23
2.1.2.3. Dedução sem Inclusão através de uma Entidade Híbrida.....	24
2.1.2.4. Dedução Sem Inclusão Através de uma Entidade Híbrida Inversa	25
2.1.2.5. Dupla Dedução com recurso a uma Entidade com Dupla Residência	26
2.1.2.6. Dupla Dedução com Recurso a um Estabelecimento Estável Híbrido.....	28
2.1.2.7. Dedução sem Inclusão por meio de um Estabelecimento Estável Híbrido	29
2.1.2.8. Duplicação Créditos de Imposto por meio Transferência Híbrida.....	30
3. Conclusões Prévias	32
4. A Reação da OCDE e do G20	33
4.1. Sobre o Plano de Ação BEPS	33
4.1.2. A Ação 2 - <i>Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements</i>	35
4.1.2.1. Sobre a Parte I	37
4.2. A Reação da UE	38
4.2.1. A Diretiva Antielisão.....	39
4.2.1.1. Âmbito de Aplicação	40
4.2.1.2. O Regime da DAE II	42
4.2.1.3. Regras da DAE II	43
4.2.1.3.1. Regras Relativas a Resultados D/NI.....	43
4.2.1.3.1.1. Instrumentos Financeiros Híbridos.....	43
4.2.1.3.1.2. Entidades Híbridas.....	45
4.2.1.3.1.3. Estabelecimentos Estáveis Híbridos.....	45
4.2.1.3.2. Regras Relativas a Situações de DD	46
4.2.1.3.2.1. Entidades Híbridas.....	46
4.2.1.3.2.2. EE Híbridos	46

4.2.1.3.3. Entidades com Dupla Residência Fiscal.....	47
4.2.1.3.4. Regra relativa a Situações de Duplicação de Créditos de Imposto por Aplicação de uma CDT com Recurso a uma Transação Híbrida	47
4.2.1.3.5. Assimetrias Importadas	47
5. Conclusão	50
Anexo 1	52
Anexo 2	53
Bibliografia.....	54

Índice de figuras

Fig. 1 - Financiamento por dívida vs. Financiamento por capital	17
Fig. 2 Entidades transparentes vs. Entidades opacas.....	18
Fig. 3 - D/NI através de um instrumento financeiro híbrido	22
Fig. 4 - Instrumentos financeiros híbridos (D/NI).....	22
Fig. 5 - DD através de uma entidade híbrida.....	23
Fig. 6 - D/NI através de uma entidade híbrida	24
Fig. 7 - D/NI com recurso a uma entidade híbrida inversa	25
Fig. 8 - DD com recurso a uma entidade com dupla residência.....	27
Fig. 9 - DD Com recurso a um EE Híbrido	28
Fig. 10 - D/NI por meio de um EE Híbrido.....	29
Fig. 11 - Duplicação de créditos de imposto através de uma transação híbrida.....	30
Fig. 12 - D/NI com recurso a uma assimetria importada	49

Lista de Siglas e Abreviaturas

Art.	Artigo
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CMEUA	<i>US Model Convention</i> (EUA)
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
DAE	Diretiva Antielisão
DD	Dupla Dedução
D/NI	Dedução/Não Inclusão
E1	Estado 1
E2	Estado 2
E3	Estado 3
EE	Estabelecimento Estável
EF	Estado da Fonte
EM	Estado-Membro
ER	Estado da Residência
EUA	Estados Unidos da América
MLI	<i>Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
pp.	Páginas
P3º	País Terceiro
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
UE	União Europeia

1. Introdução

Desde o final dos anos cinquenta, temos vindo a assistir a inúmeras mudanças do foro económico e político que estão na base dos desafios vividos hoje pelo Direito Fiscal. Neste contexto, destaca-se, acima de tudo, a consagração da livre circulação de capitais na UE, a partir de 1994 com o Tratado de Maastricht, que veio a proporcionar, paralelamente com a globalização, o aumento do fluxo de operações transfronteiriças¹. Com isso, a receita arrecadada por cada Estado, que é maioritariamente proveniente dos impostos, passa a estar plurilocalizada, dada a possibilidade de transacionar além-fronteiras, de estabelecer sociedades geradoras de lucros tributáveis em diversos Estados. Assim, é expectável que, no quadro internacional, sobretudo num contexto de crise, a decisão económica passe a integrar um fator decisório extra, a componente fiscal, que vai ditar a atuação das empresas. Estas passam a ter na base da sua política, o planeamento fiscal² como um conjunto de meios que articulados entre si permitem a obtenção de vantagens fiscais, nomeadamente a diminuição ou anulação da tributação ou o diferimento temporal do imposto a pagar³.

O problema está então em determinar qual o Estado competente para tributar rendimentos globais.

Sabemos que numa operação plurilocalizada, a competência tributária é distribuída entre o EF e o ER⁴ (fazer referência a George Schanz – doutrina da pretensa económica “*doctrine of economic allegiance*”) isto porque são elementos de conexão atributivos de tal competência a **fonte**, na medida em que um Estado reserva para si o direito de tributar as receitas geradas no seu território, e a **residência**, segundo o qual o Estado de residência

¹ DOURADO, Ana Paula (2017) - *Governança Fiscal Global*. Almedina, pp. 9-11.

²Planeamento fiscal consiste numa “(...) técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação ou escolhe, entre 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” – SANCHES, Saldanha (2006) - *Limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra Editora.

³ Esta definição foi dada pelo Professor Tomás Cantista Tavares, nas aulas do seminário de Planeamento Fiscal.

⁴ Neste contexto, é importante fazer-se referência à doutrina da pretensa económica, “*Doctrine of Economic Allegiance*”, da autoria de Georg von Schanz, que o direito à tributação é justificado pelo princípio do benefício. Isto significa que aqueles que beneficiem dos serviços de um Estado têm a obrigação de pagar impostos, mesmo que tenham que o fazer em relação a duas jurisdições distintas, desde cada um dos Estados dessas jurisdições tenha proporcionado uma vantagem ao contribuinte. Em traços simples, o autor apenas legitima a competência tributária do EF e do ER. – HARRIS, Peter (2010) - *International Commercial Tax*-Cambridge Tax Law Series, pp. 43-46, 71.

do titular dos rendimentos reserva para si o direito de os tributar, independentemente do local em que foram gerados (tributação de base mundial).

O direito à tributação deve, assim, ser distribuído entre o Estado onde foram gerados esses rendimentos (princípio da fonte) e o Estado de residência do titular desses rendimentos (princípio da residência). A ideia é que o mesmo rendimento só pode ser tributado uma vez, evitando assim tanto a dupla tributação como a dupla não tributação - *single tax principle*⁵.

Contudo, o que acontece é que dada a falta de harmonização entre as diferentes jurisdições globais, associada à pluralidade de elementos de conexão que legitimam o direito à tributação e à multiplicidade de critérios que podem ser utilizados para definir os elementos de conexão, quando a fonte e a residência se localizam em Estados diferentes, podem surgir situações de dupla tributação⁶ – concurso positivo de normas de sistemas fiscais diferentes, que ocorre quando dois Estados se consideram competentes para tributar o mesmo rendimento, ou situações de dupla não-tributação⁷, no nosso entender um concurso negativo de normas. A dupla não-tributação pode derivar de uma dupla dedução, isto é, o rendimento é considerado dedutível em ambos os Estados, ou dedução sem inclusão, quando determinada transferência de capitais é dedutível na esfera da entidade que a efetua, e não tributada na esfera da entidade beneficiária de tal rendimento.

Resumidamente, da existência destes dois elementos de conexão (fonte e residência), surgem dois problemas: a dupla tributação, que constitui um obstáculo à internacionalização da economia e ao planeamento fiscal e a dupla não tributação que diminui drasticamente as receitas fiscais dos Estados, sobretudo se associarmos este fenómeno à criação de zonas *offshore*, verdadeiros paraísos fiscais, atrativos às grandes empresas, pela sua baixa ou mesmo nula tributação com o propósito de atrair investimento e residentes. Ambos relacionados com a dificuldade de preenchimento dos conceitos de fonte e residência.

⁵ REUVEN, Avi-Yonah (2011) - *Global Perspectives on Income Taxation Law*. Oxford University, pp.156-158.

⁶ Podemos distinguir dupla tributação jurídica internacional - quando o mesmo sujeito passivo é tributado duplamente pelo mesmo rendimento, porque a mesma situação de facto, ao quadrar com normas jurídicas de diferentes ordenamentos representa um facto tributário em cada um desses ordenamentos jurídicos – e dupla tributação económica internacional - quando o mesmo rendimento é sujeito a dois impostos, na esfera de dois ou mais sujeitos passivos diferentes. – XAVIER, Alberto (2014) - *Direito Tributário Internacional*. 2ª ED., Almedina, p.31 et. seq.

⁷ “(...) fenómeno pelo qual, nas relações entre dois ou mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, esta não é efectivamente abrangida por nenhuma delas.” – XAVIER, Alberto (2014) – *Direito Tributário Internacional*. 2º ed., Almedina, p.45.

As soluções para os dois entraves identificados passam ou pela ação unilateral dos Estados, que alteram a lei interna, ou pela ação multilateral, em que se destaca a transposição de diretivas emanadas da UE e a celebração de CDT^{8 9}.

Relativamente aos conceitos de fonte e residência e à delimitação da competência tributária do EF e do ER, consideramos importante proceder à distinção entre *active income* e *passive income*, associada à distinção entre competência tributária primária e competência tributária secundária¹⁰ e que aparece lado a lado com o *single tax principle*. Assim, *active income* será o rendimento sobre o qual o contribuinte tem controlo, rendimento que deriva da atividade normal/corrente da empresa, cuja competência para tributar é alocada primariamente ao Estado da fonte; e *passive income* o rendimento sobre o qual o sujeito passivo não tem controlo, basicamente rendimentos decorrentes de investimentos, ou seja, dividendos, juros, *royalties*, *capital gains*, cuja tributação cabe primariamente ao ER. O Estado com competência secundária para tributar rendimentos, no caso de *active income*, o ER, e no caso de *passive income*, o EF, terá que alterar um dos elementos da equação fiscal¹¹.

Uma vez que a competência tributária está repartida entre o ER e o EF, importa fazer uma outra referência relativamente ao preenchimento dos conceitos de residência e fonte. Será ER de uma entidade ou o Estado em que foi efetuado o registo da sociedade, Estado da sede, ou o Estado em que é levada a cabo a direção efetiva da mesma¹². Pode, nessa

⁸ Convenções para eliminar a dupla tributação. Tratam-se de tratados bilaterais, inspirados em convenções modelo, como é o caso da CMOCD, da Convenção Modelo de 1980, elaborada pela ONU (*The UN Model*), e da Convenção Modelo dos Estados Unidos, entre outros exemplos.

⁹ De notar que as convenções celebradas entre os Estados se limitam a alocar/limitar a competência tributária destes. Depois compete à lei interna exercer ou não tal competência. Este é o chamado princípio do “efeito negativo” dos tratados, que estabelece condições necessárias à validade da tributação. Assim, “(...) não basta a existência de uma norma convencional que a permita; é ainda necessária a existência de uma norma interna que a imponha. – XAVIER, Alberto (2014) – *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed., Almedina, pp.121 e 122.

¹⁰ As bases desta distinção remontam aos anos 20, à Liga das Nações que desde cedo esteve alerta ao potencial problema de dupla tributação que poderia surgir com base na aplicação de leis domésticas de diferentes Estados. – REUVEN, Avi-Yonah (2011) - *Global Perspectives on Income Taxation Law*. Oxford University, pp.156-158.

¹¹ Lucro Tributável x taxa de imposto = imposto a pagar. Alterar uma das variáveis da equação fiscal significa aplicar um dos seguintes métodos, o da isenção, que consiste em isentar do imposto devido determinado rendimento por ter sido já alvo de tributação no EF; e o da imputação, que passa pela concessão de um crédito pelo imposto pago na fonte. Com o primeiro método, altera-se a primeira variável, pois reduz-se o lucro tributável. Já com o segundo, apesar de não haver qualquer alteração ao lucro tributável nem à taxa de imposto aplicável, há posteriormente uma atenuação do imposto a entregar ao ER. É hoje opinião generalizada que o ónus de eliminação da dupla tributação incumbe ao país da residência, apesar de que também pode o EF proceder a limitações da tributação, nomeadamente através da redução de taxas em casos de tributação de juros, dividendos e royalties. Estas conclusões derivam das aulas do seminário de *Convenções de Dupla Tributação*, lecionado pelo Professor João Sérgio Ribeiro.

¹² Apesar das diferentes jurisdições poderem determinar a residência de uma entidade com base em diversos critérios, o leque de opções é algo limitado. Em termos sintéticos, poderá uma jurisdição adotar um de dois

medida, acontecer que uma entidade seja considerada residente para efeitos fiscais em dois Estados, daí que seja necessário recorrer a regras de desempate como as estabelecidas na CMOCDE e na CMEUA que impõem como ER o Estado “em que estiver situada a sua direção efetiva”¹³ (CMOCDE); e o Estado em que a sociedade foi constituída¹⁴ (CMEUA).

Quanto ao EF, tido como Estado em que são gerados os rendimentos, para aferirmos a sua competência tributária torna-se necessário recorrermos a outro conceito, o de Estabelecimento Estável¹⁵. Nos termos do art.º 5º CMOCDE, um EE é um lugar fixo de atividade comercial ou um simples agente dependente. Assim, um Estado poderá arrogar-se de competência tributária como estado da fonte se a atividade aí desenvolvida atingir o limiar de presença exigida, consubstanciando-se num EE, através de uma instalação fixa ou de um agente dependente. Aqui, excetuam-se as atividades preparatórias e auxiliares e os agentes independentes. Assim, só o rendimento que deriva da atividade de um EE é que pode ser tributado pelo EF. Só os rendimentos diretamente imputados à sua atividade é que são tributados pelo EF.

Estamos então perante duas situações: de um lado, temos empresas com sede ou direção efetiva num Estado A titulares de rendimentos gerados noutros Estados, e do outro temos sociedades residentes noutro Estado B e que recebem rendimentos de um Estado A. Na primeira situação descrita, tendo em conta o disposto na CMOCDE, estamos perante residentes, daí que falemos numa sujeição ilimitada a tributação no Estado A. Na segunda situação, por estarmos perante não residentes, surge a necessidade de limitar a tributação em A (EF), daí que seja preciso haver um elemento que conexe o rendimento e o território do Estado A que legitime a tributação. É aqui que enquadrámos

critérios: o critério da sede, “*place of incorporation*”, ou o critério da direção efetiva, “*real seat*”. De acordo com o primeiro, a residência corresponde ao local em que a entidade foi formalmente incorporada, daí que este seja um critério puramente formal. Quanto ao segundo, a residência depende de uma combinação de elementos, como a localização da sede administrativa ou a localização do “centro de gravidade” da entidade, correspondendo ao local onde laboram os funcionários e onde estão situados os seus ativos, ou ainda onde é levada a cabo a direção efetiva da entidade. – REUVEN, Avi-Yonah (2011) - *Global Perspectives on Income Taxation Law*. Oxford University, pp.130 e 131.

¹³ Art.º 4 n.º3 CMOCDE.

¹⁴ Art.º 4 n.º 3 CMEUA.

¹⁵ De acordo com o artigo 5.º 1 CMOCDE, um EE é um lugar fixo de atividade comercial ou um simples agente dependente. Serão características dos EE, “(...) a existência de uma instalação material, com carácter de permanência, que faça parte da empresa, a qual deve exercer a sua atividade nesta instalação ou por meio dela.”. Neste âmbito excetuam-se as atividades preparatórias e auxiliares e os agentes independentes. Os EE distinguem-se das subsidiárias, na medida em que estas últimas são consideradas entidades juridicamente independentes. – XAVIER, Alberto (2014) - *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Almedina, pp. 337-344.

o conceito de EE, que transforma o regime fiscal destas entidades não residentes num regime de sujeição ilimitada¹⁶.

Apesar dos esforços incorridos na tentativa de evitar os problemas atrás anunciados, a verdade é que situações destas indesejáveis proliferam nos dias de hoje. Se associarmos à eliminação da dupla tributação, o proliferar das situações inversas de dupla não tributação, bem como a subsistência de zonas *offshore*, onde a tributação é baixa ou quase nula (incentivando a transferência das operações económicas), associados ao contexto de crise económica mundial vivida desde 2008, facilmente percebemos que os casos de dupla não tributação ganham maior visibilidade, e levam a política fiscal a tornar-se a base da governação de cada Estado, no sentido de garantir o máximo de receitas possível.

São por isso os casos de dupla não tributação aqueles em que nos vamos focar ao longo desta dissertação, mais concretamente nas assimetrias híbridas, denominadas *hybrid mismatches arrangements*, procurando perceber o que os despoleta, bem como abordar as soluções propostas pelas organizações internacionais, OCDE e pela UE.

¹⁶ Este regime mais não é do que uma “extensão normal das obrigações fiscais vigentes para os residentes de um determinado país”. – SANCHES, Saldanha (2002) – *Manual de Direito Fiscal*. 2ª ed., Coimbra Editora, pp. 255-256.

2. Assimetrias Híbridas

Um dos casos mais frequentes de dupla não tributação consiste no fenómeno dos *hybrid mismatch arrangements* ou **assimetrias híbridas** que, grosso modo, traduzem-se na obtenção de uma vantagem fiscal, a dupla não tributação (daí serem um mecanismo de planeamento fiscal), decorrente do tratamento diferenciado que é dado a instrumentos, entidades e transações que ocorrem em Estados diferentes, tratamento este que decorre da já abordada falta de harmonização entre as jurisdições fiscais internacionais e não de qualquer comportamento fraudulento por parte do sujeito passivo¹⁷.

Neste contexto, importa fazer uma breve alusão às assimetrias do sistema fiscal internacional, isto é, a diferença de tratamento conferida a certas entidades e instrumentos financeiros, que estão na base do surgimento das assimetrias híbridas.

2.1. As Assimetrias do Sistema Fiscal Internacional

Os resultados esperados do recurso a assimetrias híbridas são essencialmente quatro¹⁸: dupla não tributação, que já descrevemos anteriormente, dupla dedução, dedução de gastos sem inclusão de rendimentos, e criação de crédito de imposto na sequência da aplicação de uma convenção de dupla tributação. Adiante, esmiuçaremos cada um dos efeitos fiscais aqui identificados.

Na base do surgimento destes resultados estão, além da já referida falta de harmonização das jurisdições internacionais, as duas grandes assimetrias do sistema fiscal internacional relacionadas, por um lado, com o tratamento reservado aos instrumentos financeiros de dívida e de capital próprio, dos quais decorrem, respetivamente, juros e aos dividendos e, por outro lado, com o tratamento diferenciado conferido às entidades transparentes e opacas.

- Instrumentos Financeiros de Dívida VS Instrumentos financeiros de Capital Próprio.

Sabemos que o financiamento das sociedades é feito ou através de dívida, isto é, contraindo empréstimo junto de uma terceira entidade, ou capital próprio. Da primeira hipótese de financiamento resulta a contrapartida do pagamento de juros, já em relação à

¹⁷ OCDE (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues*, OECD Publishing.

¹⁸ OCDE (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues*, OECD Publishing.

segunda, a contraprestação mais não é do que os dividendos que eventualmente, tendo em conta os resultados financeiros da sociedade, possam ser distribuídos aos acionistas¹⁹.

A assimetria que aqui expomos é relativa ao tratamento fiscal díspar que é dado aos juros e aos dividendos, ambos instrumentos de financiamento, na medida em que os primeiros são fiscalmente dedutíveis na esfera da entidade pagadora e assumem-se como rendimentos tributáveis na esfera da entidade que os recebe (dedução e inclusão). Quanto aos dividendos, o que acontece é que no Estado de residência da entidade que os distribui, estes não são considerados como custo fiscalmente dedutível. Já no plano da entidade que os recebe, apesar de serem frequentemente sujeitos a uma retenção na fonte, esta pode ser limitada se aplicável o artigo n.º 10 da CMOCDE ou até mesmo eliminada se aplicável o regime da *participation exemption* ou, no plano comunitário, o regime da Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas. O regime da *participation exemption* consagra a não tributação dos dividendos recebidos. Já o regime da Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas estabelece a não inclusão na matéria coletável da sociedade-mãe dos lucros distribuídos por uma sociedade sua afiliada, ou, a sua tributação, seguida de uma dedução do montante de imposto sobre as sociedades pago no seio da sociedade afiliada²⁰.

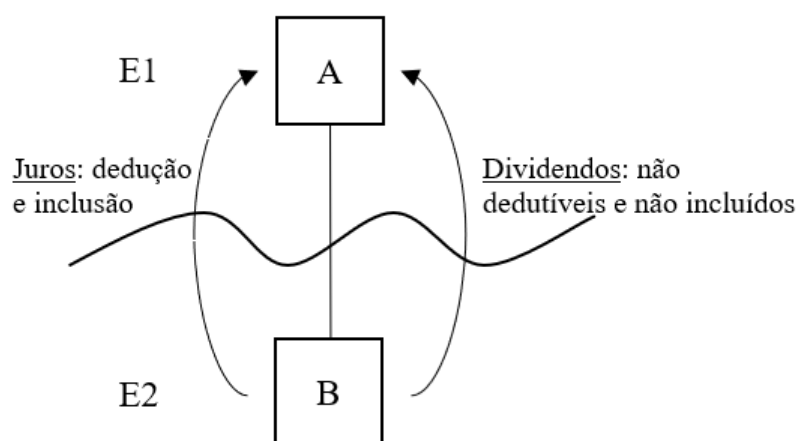


Fig. 1 - Financiamento por dívida vs. Financiamento por capital

¹⁹ ANTUNES, José Engrácia (2010) – *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, p.346 et seq.

²⁰ Considerando (7), Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011.

- Entidades Transparentes e Entidades Opacas

Interessa-nos sobretudo a relação com a sociedade-mãe, saber em que medida os lucros e prejuízos provenientes de uma entidade transparente e de uma entidade opaca concorrem para o apuramento do imposto a pagar pela sociedade dominante.

É então extremamente relevante a diferença entre estes dois tipos de entidades. Assim, quando estamos perante uma sociedade comercial residente num Estado classificada como entidade opaca, que detenha noutra território uma entidade transparente, o apuramento do lucro tributável é feito na esfera da entidade transparente, mas posteriormente, esse resultado será imputado na matéria coletável da sociedade-mãe, e aí tributado. Isto significa que os resultados de entidades transparentes são tributados na esfera dos detentores de capital, isto é, dos sócios, sejam pessoas singulares ou coletivas, na proporção das respetivas participações sociais. Assim, da relação que estas entidades estabelecem com terceiros são gerados rendimentos tributáveis e gastos dedutíveis na esfera da sociedade-mãe.

Quando falamos em entidades opacas o tratamento é diferente, na medida em que estas são diretamente tributadas pelo seu rendimento, pelo que só haverá tributação na esfera da sociedade-mãe se houver lugar a distribuição de dividendos ou alienação de partes sociais. A sociedade opaca em questão será tributada no seio da sua própria esfera pelos rendimentos gerados em sede de imposto sobre o rendimento das sociedades.

Esta é então a segunda assimetria que aqui expomos, o tratamento diferenciado entre entidades transparentes e entidades opacas). A assimetria surgirá quando a mesma entidade for classificada como transparente para um sistema tributário e opaca para outro, consubstanciando-se assim, numa entidade híbrida.

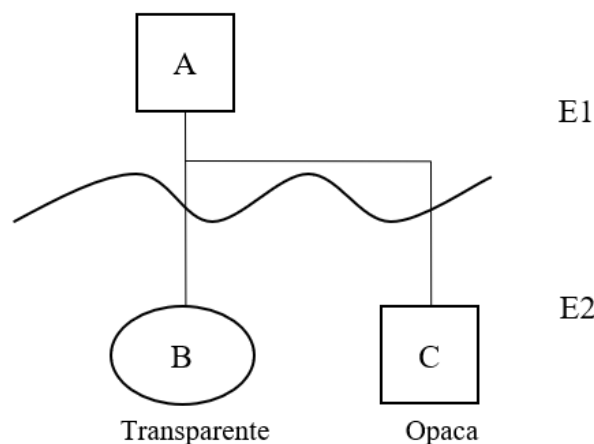


Fig. 2 Entidades transparentes vs. Entidades opacas

2.1.1. Modalidades de Assimetrias Híbridas

Importa esclarecer que, de acordo com um dos relatórios iniciais da OCDE no âmbito do Projeto BEPS²¹, que adiante abordaremos, “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”²² estamos perante quatro categorias de assimetrias híbridas, a saber:

- entidades híbridas: entidades que são consideradas transparentes para efeitos fiscais para um dos Estados, com imputação dos rendimentos por ele gerados à matéria coletável da sociedade-mãe, independentemente de haver ou não distribuição de dividendos ou alienação de partes sociais e opacas para o outro Estado, tributadas pelos rendimentos gerados no seio da sua própria esfera.²³
- entidades com dupla residência para efeitos fiscais, isto é, consideradas residentes em dois Estados. Esta disparidade decorre da existência de elementos de conexão diferentes para a atribuição de residência. São comumente utilizados os critérios da sede estatutária e o da direção efetiva, o que leva a que uma entidade que tenha a sua sede num Estado e a direção efetiva noutra, seja considerada residente em ambos os Estados;
- instrumentos financeiros²⁴ híbridos: tratados de maneira diferenciada pelos Estados envolvidos, mais concretamente, considerados como instrumentos de dívida para um dos Estados e como instrumento de capital próprio para o outro Estado;
- transações híbridas: relacionadas com as diferentes conceções que podem ser utilizadas pelos Estados para a qualificação de um negócio jurídico. Conceção puramente formal, que olha apenas à forma legal do negócio, e conceção material

²¹ Projeto iniciado em 2012 pelos países do G20 e pela OCDE com vista ao combate à erosão das bases fiscais e transferência dos lucros. Este projeto culminou em 15 ações que colocam à disposição dos Estados, recomendações, tanto no plano doméstico como no plano internacional, necessárias para combater o BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Entre as ações elencadas, destaca-se, para efeitos do nosso tema, a ação 2, destinada a neutralizar os efeitos dos híbridos. – OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

²² OECD (2012), *Hybrid Mismatch arrangements: tax policy compliance and issues*, OECD Publishing.

²³ NABAIS, Casalta (2009) - *Direito Fiscal*. 5ª ed., Almedina, p. 572.

²⁴ Por instrumentos financeiros entenda-se o “(...) conjunto de instrumentos juscomerciais heterogêneos suscetíveis de criação e/ou negociação no mercado de capitais, que têm por finalidade primordial o financiamento e/ou cobertura do risco da atividade económica das empresas.” – ANTUNES, José Engrácia (2014) - *Instrumentos Financeiros*. 2ª ed., Almedina, p.7.

que realça os efeitos produzidos pelo negócio²⁵. temos como exemplo a transferência de um ativo através de um contrato que, para um dos Estados, é um contrato de compra e venda com reserva de propriedade e para o outro Estado um contrato de empréstimo com garantia.

O leque de assimetrias híbridas é ampliado com a DAE II²⁶ ²⁷, que adiante apresentaremos, e que vem tratar uma outra modalidade de assimetrias, as geradas por meio de EE híbridos²⁸.

Também esta decorre de diferenças na qualificação do EE por dois ou mais ordenamentos jurídicos. Mesmo no âmbito de uma CDT, em cuja definição de EE está plasmada no art.º 5.º da CMOCDE, tais problemas de qualificação jurídica podem surgir, tendo em conta que o artigo em questão é de difícil concretização.

Esta modalidade aparece relacionada com o conceito de entidades transparentes e opacas, que já expusemos, na medida em que aos EE é reservado o tratamento fiscal das entidades transparentes, o que significa que os lucros gerados por este são imputados à esfera dos seus sócios (pessoas singulares ou coletivas) na proporção das respetivas participações sociais, ocorrendo a tributação na esfera destes.

A título de exemplo, consideremos que o ER da entidade proprietária do EE, ao abrigo da sua jurisdição, qualifica uma realidade como sendo um EE, enquanto que o Estado em que se situa o EE, onde são gerados os lucros, EF, de acordo com o seu ordenamento jurídico, não o considera como tal. Trata-se então de um EE híbrido. Assim, no âmbito do EF, não sendo considerada a presença de um EE, é aplicável o artigo 7.º n.º 1 da CMOCDE, pelo que é atribuída competência tributária exclusiva ao ER. Por outro lado, no ER da entidade que suporta a agência, reconhece-se a existência de um EE no EF ao

²⁵SANCHES, Saldanha (2002) - *Manual de Direito Fiscal*. 2ª ed., Coimbra Editora, pp. 108-110.

²⁶ Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

²⁷ Esta diretiva surge na sequência do Pacote Antielisão Fiscal, que corresponde a “(...) um conjunto de iniciativas legislativas e não legislativas a nível da UE que visam reforçar as regras contra a elisão fiscal por parte das empresas e tornar a tributação das sociedades na UE mais justa, simples e eficaz”, baseado nas recomendações emitidas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS. Vem a alterar a Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016, reforçando as normas de combate às assimetrias híbridas.

²⁸ De acordo com o artigo 5.º 1 CMOCDE, um EE é um lugar fixo de atividade comercial ou um simples agente dependente. Serão características dos EE, “(...) a existência de uma instalação material, com carácter de permanência, que faça parte da empresa, a qual deve exercer a sua actividade nesta instalação ou por meio dela.”. Neste âmbito excetuam-se as atividades preparatórias e auxiliares e os agentes independentes. Os EE distinguem-se das subsidiárias, na medida em que estas últimas são consideradas entidades juridicamente independentes. O facto de não serem entidades independentes, permite aos EE a dedutibilidade de todas as despesas efetuadas – XAVIER, Alberto (2014) - *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed., Almedina, pp. 337-344.

qual os rendimentos são imputados, pelo que haverá competência cumulativa dos dois Estados para tributar os lucros gerados pelo EE, tal como indica a segunda parte do art.º 7.º n.º 1 da CMOCDE. Considerando aplicar-se o método da isenção²⁹, de maneira a eliminar a dupla tributação, caberá ao ER eliminar a dupla tributação, o que significará que estaremos perante uma situação de dupla não tributação internacional, tendo em conta que o EF desconsidera a existência de um EE.

2.1.2. Efeitos

2.1.2.1. Dedução Sem Inclusão através de um instrumento financeiro híbrido³⁰

Uma vez exposta a assimetria relativa ao tratamento diferenciado dado aos juros e aos dividendos, facilmente se compreende que com o recurso a instrumentos financeiros híbridos se consiga obter uma vantagem a nível tributário, mais concretamente uma dedução à matéria coletável da entidade residente em E1 e uma não inclusão do rendimento no lucro tributável em E2. Atentemos ao seguinte esquema.

²⁹ No âmbito da CMOCDE, existem dois métodos para eliminar a dupla tributação, o método da isenção – artigo 23.º- A – que consiste em isentar os rendimentos de fonte estrangeira do imposto devido no ER, cabendo ao EF a competência exclusiva de tributação; e o método da imputação – artigo 23.º- B – que se traduz na concessão pelo ER de um crédito pelo imposto pago no EF, isto é, apesar do ER tributar o rendimento global do contribuinte, a este deduz o valor do imposto pago no país da fonte – XAVIER, Alberto (2014) - *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed., Almedina, pp. 743-755.

³⁰ OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p.19 et seq.

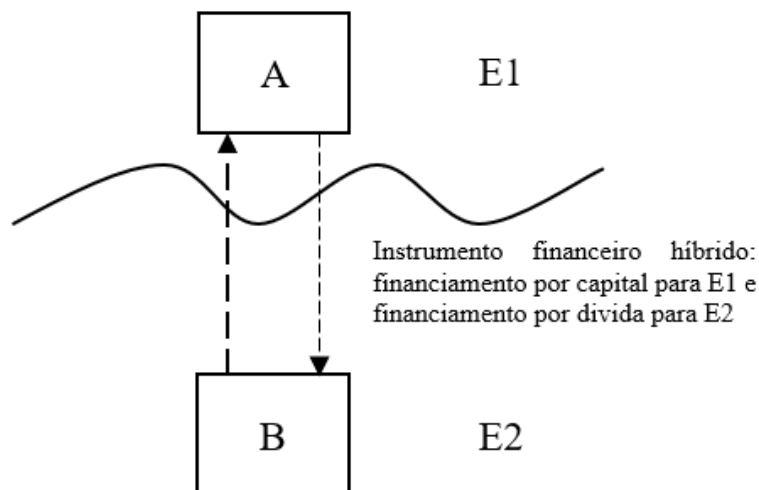


Fig. 3 - D/NI através de um instrumento financeiro híbrido

Tal como espelha o esquema aqui exposto, e na perspectiva de que estamos perante entidades relacionadas residentes em EM da UE (por forma a aplicar-se o estabelecido na Diretiva juros e royalties – que isenta de retenção na fonte o pagamento de juros - mães filhas ou o regime da *participation exemption* – que estabelece a não tributação dos dividendos recebidos, conforme expusemos anteriormente), o financiamento conferido pela entidade A à entidade B, é tido como injeção de capital no E1 e como financiamento por dívida, isto é, por meio de um empréstimo no E2. Assim, em E2, do pagamento dos encargos financeiros, os juros, decorrerá uma dedução na esfera da entidade B e em E1 uma vez que o instrumento é tido como capital, então da contrapartida dividendos, decorrerá a sua não inclusão na matéria coletável de A. O resultado só é possível dada a assimetria conferida aos dois instrumentos, que permite alcançar o melhor resultado possível, como espelha o seguinte quadro.

	Dividendo	Juros
Entidade Beneficiária	0 [Sem Inclusão]	+ [Inclusão]
Entidade Ordenante do Pagamento / Entidade Pagadora	0 [Sem Dedução]	- [Dedução]

Fig. 4 - Instrumentos financeiros híbridos (D/NI)

2.1.2.2. Dupla Dedução através de uma Entidade Híbrida³¹

Através do recurso a entidades híbridas (consideradas opacas para uma jurisdição, e por isso tributadas autonomamente sem que haja inclusão do rendimento por elas gerado na matéria coletável da sociedade-mãe; e tidas como transparente para o outro estado, significando por isso que as despesas geradas são diretamente imputadas ao lucro tributável da sociedade-mãe) é possível alcançar a dupla dedução de encargos. Vejamos o seguinte esquema.

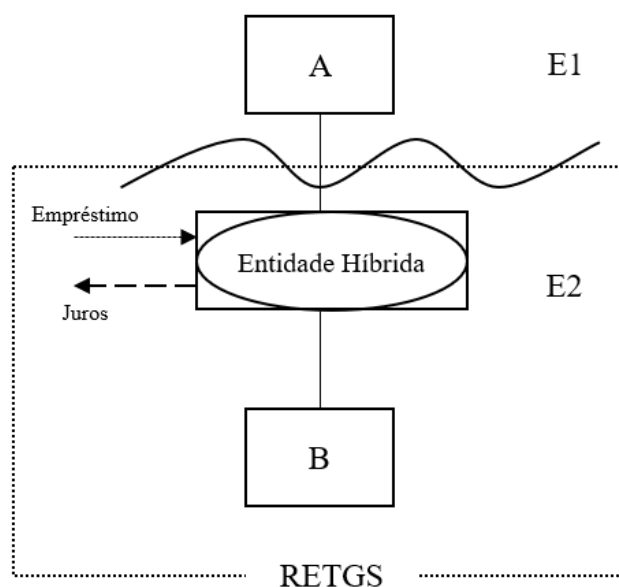


Fig. 5 - DD através de uma entidade híbrida

No exemplo expresso na figura, a sociedade-mãe, A, residente em E1, detém indiretamente uma sociedade B, em E2. Entre estas duas sociedades está uma entidade híbrida, cuja participação é detida na totalidade pela sociedade A e que detém a totalidade do capital social de B. A entidade híbrida contrai um empréstimo junto de um terceiro para financiar a sociedade B.

Para o E1, estamos perante uma entidade transparente para efeitos fiscais, pelo que as despesas decorrentes do empréstimo, os juros pagos pela entidade híbrida, serão alocados à sociedade A, e consequentemente dedutíveis à sua matéria coletável. Por outro lado, sendo a entidade híbrida tida como opaca em E2, e considerando que vigora nesse

³¹ OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, p. 8.

ordenamento jurídico o RETGS³², então os prejuízos fiscais da entidade poderão ser dedutíveis à matéria coletável da sociedade B.

O resultado da assimetria híbrida traduz-se assim numa dupla dedução da mesma obrigação contratual em dois Estados diferentes.

2.1.2.3. Dedução sem Inclusão através de uma Entidade Híbrida³³

O esquema aqui aplicável é semelhante ao do anterior exemplo **FICA MELHOR “EXEMPLO ANTERIOR”**, mas neste caso é a sociedade A que financia a entidade híbrida, por meio de um empréstimo.

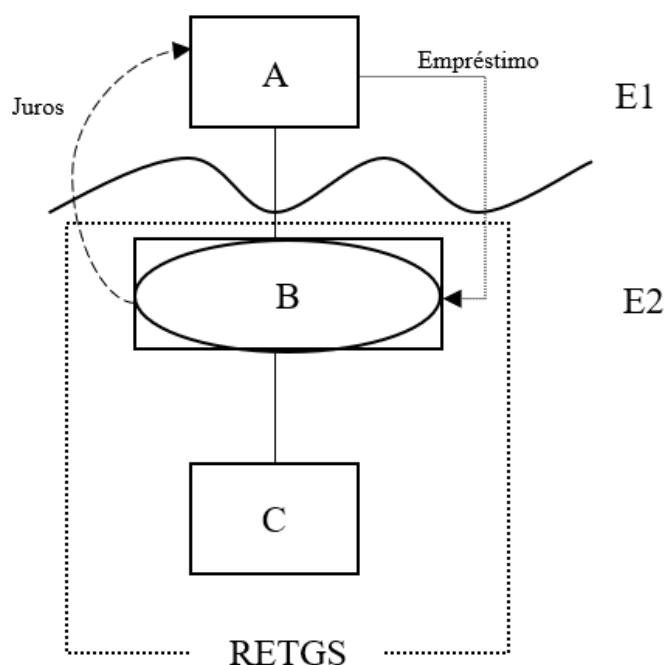


Fig. 6 - D/NI através de uma entidade híbrida

³² Em algumas jurisdições, há regimes especiais de tributação que, embora reconheçam a existência das em termos fiscais dos membros do grupo, permitem a sua integração para efeitos fiscais. Estes regimes, geralmente possibilitam a compensação de lucros e perdas entre os membros do grupo. O apuramento da matéria coletável é feito numa base consolidada, isto é, depois de apurada a matéria coletável de cada entidade pertencente a um determinado grupo de sociedades, é feita a soma algébrica destas o que resulta no apuramento de uma matéria coletável global. A taxa de imposto será aplicável sobre esta. – CORREIA, Miguel (2010) – *The Taxation of Corporate Groups Under a Corporation Income Tax: An interdisciplinary and comparative tax law analysis*. PhD thesis, London School of Economics and Political Science (United Kingdom), p. 150 et seq.

³³ OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p. 47 et seq.

Neste caso, a entidade híbrida é tida como transparente em E1 e, uma vez que a sociedade A é a única detentora do capital de B, esta última é desconsiderada juridicamente pelo E1. Desconsiderar B significa ignorar as obrigações contratuais inerentes à entidade, bem assim, o empréstimo e o pagamento de juros que dele decorre, pelo que haverá uma não inclusão dos rendimentos de B na matéria coletável de A. Do outro lado, em E2, onde vigora o RETGS, temos uma entidade considerada opaca titular da totalidade do capital social de C, que vai conseguir imputar os prejuízos decorrentes do empréstimo à matéria coletável de C e assim diminuir a carga tributária desta última.

Com este exemplo, vislumbramos a hipótese de uma dedução de encargos em E2 sem a correspondente inclusão de rendimentos em E1, por meio de uma entidade híbrida.

2.1.2.4. Dedução Sem Inclusão Através de uma Entidade Híbrida Inversa³⁴

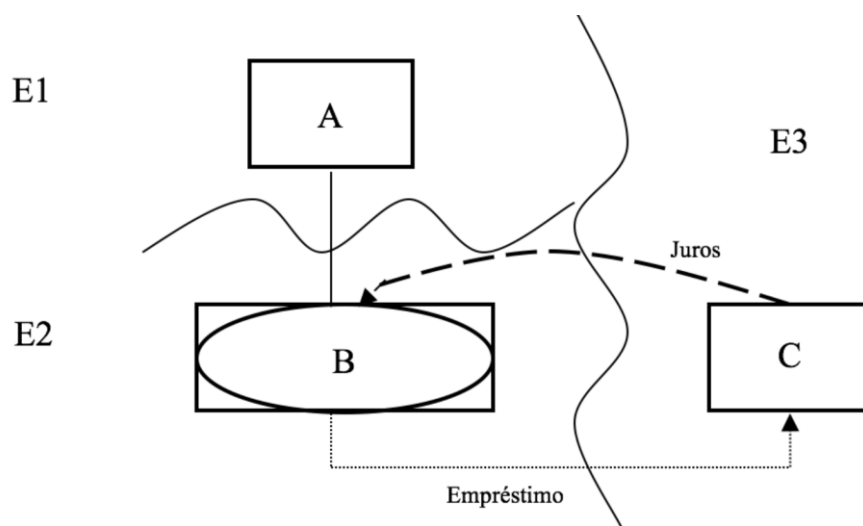


Fig. 7 - D/NI com recurso a uma entidade híbrida inversa

No exemplo que agora apresentamos, estamos perante uma entidade A, residente em E1, que detém a totalidade do capital social de B, uma subsidiária estrangeira estabelecida em E2. Esta entidade B constitui uma entidade híbrida inversa, pois é tratada como transparente para efeitos fiscais de acordo com a jurisdição de E2, mas considerada opaca de acordo com o ordenamento jurídico de E1.

³⁴OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p. 56 et seq.

Há ainda uma terceira entidade, C, residente em E3 que contrai um empréstimo junto de B que remunera com juros.

Os pagamentos realizados a favor de B, entidade híbrida inversa, podem dar origem a resultados de D/NÍ, se o pagamento foi dedutível de acordo com a jurisdição da entidade pagadora (E3), mas não incluído no lucro tributável da entidade beneficiária (E1), ou intermédia (E2), e isto acontecerá se nenhuma das jurisdições tratar o pagamento como rendimento de um residente.

No exemplo que apresentamos é possível vislumbrar esta situação, pois para efeitos de E1, que considera B uma entidade opaca, os rendimentos obtidos por esta não serão tidos em conta no apuramento da matéria coletável de A, e de acordo com o E2, que trata B como transparente, os seus rendimentos serão imputados à matéria coletável de A.

O pagamento de juros foi então deduzido ao lucro tributável de C e não incluído na matéria coletável de B ou de A.

2.1.2.5. Dupla Dedução com recurso a uma Entidade com Dupla Residência³⁵

Para o próximo exemplo apresentado há que considerar que entre os dois países não há nenhuma Convenção de Dupla Tributação, e por isso não é aplicável o critério de desempate estabelecido no artigo 4.º n.º 3 da CMOCDE.

Atente-se no seguinte exemplo.

³⁵ OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p. 46 et seq.

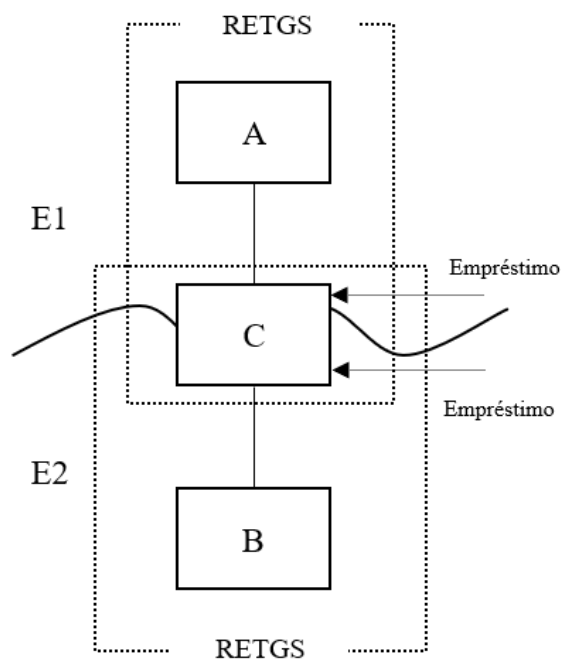


Fig. 8 - DD com recurso a uma entidade com dupla residência

Estamos perante uma entidade C que, à luz do ordenamento jurídico de E1, é considerada nele residente por ali se situar a sede estatutária da sociedade. Por outro lado, de acordo com a jurisdição de E2, a entidade C tem residência no seu território uma vez que a gestão e direção desta entidade levada a cabo nesse Estado.

Assim, considerando que em ambos os Estados vigora o RETGS, e que a entidade C não é titular de quaisquer rendimentos consideráveis, os gastos decorrentes dos empréstimos contraídos em qualquer um dos Estados serão dedutíveis tanto na esfera tributária da entidade A como na da entidade B.

2.1.2.6. Dupla Dedução com Recurso a um Estabelecimento Estável Híbrido

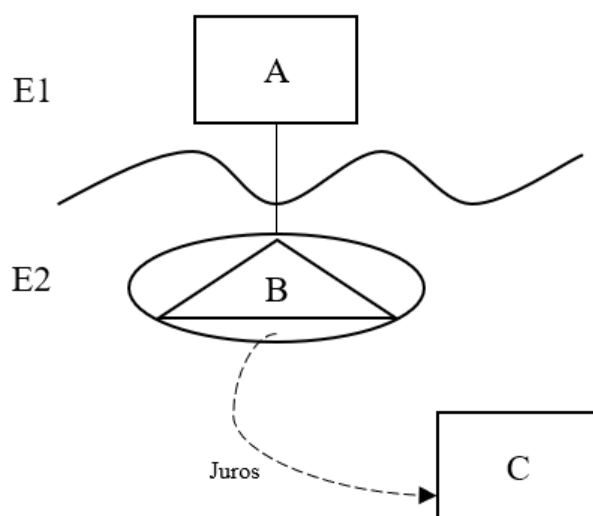


Fig. 9 - DD Com recurso a um EE Híbrido³⁶

No exemplo que agora apresentamos, estamos perante uma entidade A (sede), com residência em E1, que detém um EE B em E2. No E2 B é reconhecido como EE, o que já não acontece no E1.

A pretende contrair um empréstimo por intermédio do EE que possui em E2. Assim, e uma vez que no E2 se considera a presença do EE, os gastos de financiamento decorrentes do empréstimo contraído por B serão dedutíveis, na medida em que são diretamente imputáveis ao EE³⁷.

Na ótica do E1, que desconsidera a presença de um EE em E2, os juros provenientes do empréstimo contraído em E2 serão então dedutíveis na esfera de A, gerando-se assim uma dupla dedução sobrevenida de um EE híbrido. Isto porque o país da fonte só reserva para si o direito de tributar os rendimentos empresariais de não residentes, na medida em que estes disponham de um EE ao qual são imputáveis os lucros em causa.

³⁶ BARROSO, Matilde de Seabra Paulo (2017) – *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.31.

³⁷ Artigo 11.º n.º 4 e artigo 7.º CMOCDE

2.1.2.7. Dedução sem Inclusão por meio de um Estabelecimento Estável Híbrido³⁸

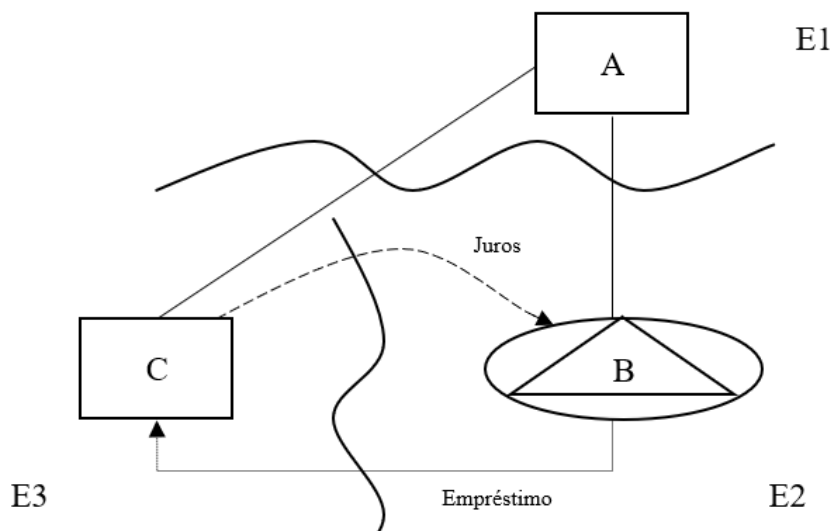


Fig. 10 - D/Nl por meio de um EE Híbrido

No exemplo que agora apresentamos, estamos perante três entidades relacionadas. A entidade C pretende obter um financiamento, contraindo um empréstimo junto de A, por intermédio de uma filial situada em E2.

B é considerada EE de acordo com a qualificação atribuída nos termos do ordenamento jurídico de E1, Estado de residência de A, mas o mesmo já não ocorre em E2, Estado de residência de B. Assim, e considerando a existência de uma CDT entre o E1 e E2, haverá lugar a um resultado de D/Nl, já que, no seio de E2, Estado da fonte, não sendo considerada a presença de um EE, é aplicável o artigo 7.º n.º1 CMOCDE, pelo que é atribuída competência tributária exclusiva ao Estado da residência (E1). Por outro lado, no Estado de residência da entidade que suporta a sucursal, reconhece-se a existência de um EE no Estado da fonte, pelo que haverá competência cumulativa dos dois Estados para tributar os lucros gerados pelo EE, tal como indica a segunda parte do artigo 7.º n.º 1 da CMOCDE.

Para eliminar a dupla tributação aplica-se, como já explicámos, um de dois métodos: método da isenção ou método da imputação. Considerando aplicar-se o método da

³⁸ OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p.14 et seq.

isenção, caberá ao ER eliminar a dupla tributação isentando de tributação os rendimentos provenientes dos juros, uma vez que, na perspectiva do E1 estes já foram alvo de tributação em E2. Isto significa que estaremos perante uma situação de D/NI pois na esfera da entidade C, o pagamento de juros em que incorre é fiscalmente dedutível, e nas esferas de A e B este é isento de tributação.

2.1.2.8. Duplicação Créditos de Imposto por meio Transferência Híbrida³⁹

A figura abaixo ilustra a forma como, por meio de uma transferência híbrida, um empréstimo de títulos, é possível reduzir o imposto retido na fonte.

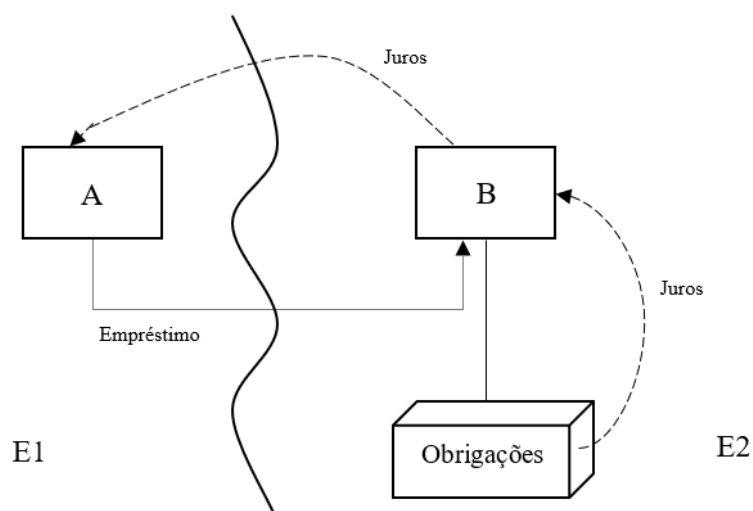


Fig. 11 - Duplicação de créditos de imposto através de uma transação híbrida

A entidade B é titular de obrigações e pretende obter um empréstimo junto de uma entidade A. Em contrapartida, B remunera A com todos os rendimentos obtidos através das obrigações, durante o período do empréstimo, pelo que passa a ser A a entidade exposta ao risco total do investimento.

Em E2, a transferência é tratada como um empréstimo, e B como a entidade titular das obrigações e, conseqüentemente, dos juros que delas advêm. Assim, em E2, é gerado um

³⁹ OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 281 et seq.

crédito sobre o imposto retido na fonte no momento de pagamento desses juros⁴⁰. Também A poderá reclamar o crédito do imposto pago pelos juros, pois na perspectiva do E1, A é a legítima titular das obrigações, dada a transferência do risco do investimento para esta entidade. Assim, através de uma transferência híbrida⁴¹, duplica-se o crédito de imposto, e diminui-se o montante de imposto a pagar.

⁴⁰ Artigo 23.º - B CMOCDE.

⁴¹ Trata-se de uma transferência híbrida pois de acordo com a jurisdição do E1, A é a proprietária dos títulos e os direitos de B sobre esses mesmos títulos, mais não são do que obrigações devidas a A, Já no E2, B é o proprietário dos títulos e os direitos de propriedade de A são tidos como obrigações de B - OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 283.

3. Conclusões Prévias⁴²

Face ao exposto, podemos concluir que as assimetrias híbridas contribuem em grande medida para a diminuição do rendimento tributável pelos Estados, na medida em que despoletam duplas deduções de encargos, deduções de gastos sem a inclusão do respetivo rendimento, além de proporcionarem a criação de créditos de imposto.

Para lá do claro efeito negativo nas receitas arrecadadas pelos Estados, a exploração destes mecanismos conduz a distorções na concorrência, na medida em que só as entidades de grande dimensão, providas do conhecimento científico necessário, entidades que transacionam em mercados transfronteiriços, são capazes de facilmente usufruir destas modalidades, ao contrário do que ocorre com as pequenas e médias entidades, sem acesso a estas oportunidades.

A eficiência económica do sistema também é posta em causa com a utilização destes mecanismos, sempre que um mesmo investimento seja mais atrativo se concretizado para lá da jurisdição doméstica.

Assim, é possível nesta fase concluirmos já que pese embora as assimetrias híbridas não sejam resultado do incumprimento de qualquer disposição legal tributária de qualquer uma das jurisdições em causa, o recurso às assimetrias híbridas conduz a resultados indesejáveis, pelo que se torna necessário estabelecer medidas de combate a estes mecanismos.

⁴² OCDE (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, p.11 e 12.

4. A Reação da OCDE e do G20

A dar resposta aos crescentes desafios já identificados encontra-se o G20, bem como a OCDE, mais concretamente o Comité dos Assuntos Fiscais.

Em conjunto, traçaram dois grandes objetivos, o de transparência fiscal e o de justiça fiscal, conseguidos com a proliferação de mecanismos de troca de informação para efeitos fiscais (desde 2009) e de combate à erosão das bases fiscais e transferência dos lucros (BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*).

É o Projeto BEPS que vamos abordar, mais concretamente a ação 2, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, e a transposição desta ação ao nível da UE (Pacote Antielisão Fiscal).

4.1. Sobre o Plano de Ação BEPS

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) é o nome dado às estratégias de evasão fiscal utilizadas pelos sujeitos que exploram lacunas e disparidades na lei fiscal para artificialmente transferirem os lucros para países de baixa ou nula tributação.⁴³ Apesar de determinados esquemas serem ilegais, a verdade é que alguns deles não o são, pelo que não será ilícito o recurso aos mesmos. É, no entanto, prejudicial na medida em que compromete a parcialidade e a integridade dos sistemas tributários, já que empresas que operem num âmbito internacional, poderão fazer uso do BEPS para obter uma vantagem fiscal e, com isso, tornarem-se mais competitivas do que as empresas que, dada a sua pequena dimensão, operem apenas a nível doméstico.⁴⁴

Perante a necessidade de travar a erosão das bases tributárias e a transferência de lucros, a OCDE, mais concretamente o Comité dos Assuntos Fiscais, de braços dados com os líderes do G20, começou por desenvolver, em junho de 2012, um primeiro relatório em que se fixaram os pontos chave do Plano de Ação BEPS, relatório este aprovado em julho de 2013 em São Petersburgo, sob a nomenclatura “*Addressing BEPS*”. Foram três os pilares que estiveram na base deste projeto, reforçar a coerência das regras do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no foro internacional, alinhar a

⁴³ *Mismatches*.

⁴⁴ OECD, *About the inclusive Framework on BEPS*. <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>.

tributação com a atividade económica geradora de lucro e fortalecer a transparência na atuação dos sujeitos.⁴⁵

Em outubro de 2015, o pacote com as 15 ações eleitas para enfrentar o BEPS estava completo e iniciava-se o patamar seguinte, a sua implementação, por via de alterações nos sistemas fiscais doméstico e convencional, nomeadamente através da criação de um instrumento multilateral⁴⁶.

Perante a necessidade de o Plano de Ação abranger o maior número de Estados possível, dada a escala global do problema, em 2016, a OCDE em conjunto com o Líderes do G20, desenvolveram o chamado “*Inclusive Framework on BEPS*”, que veio a permitir a inclusão de mais de 100 países, em particular economias em desenvolvimento, no caminho da implementação do Pacote BEPS. O objetivo era nada mais nada menos do que facilitar os processos de implementação das 15 ações acordadas.

O Plano de Ação BEPS, consiste então num conjunto de relatórios relativos às 15 ações que incidem sobre as situações que mais facilitam a erosão das receitas tributárias⁴⁷,

⁴⁵ OECD (2017) – *Inclusive Framework on BEPS – Progress report July 2016-June 2017*. OECD Publishing, p. 3.

⁴⁶ *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, correspondente à ação 15 do projeto da OCDE e do G20, com um impacto forte no espectro da tributação internacional, particularmente, ao nível das convenções bilaterais celebradas entre os Estados. Esta convenção transpõe os resultados do Projeto BEPS para as CDT's, procurando implementar determinados requisitos que procuram combater a sua utilização abusiva. Portugal, assinou a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros a 7 de junho de 2017, e esta entrará em vigor a 1 de julho de 2018. - <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. Relativamente às assimetrias híbridas, a MLI reservou-lhes a parte II, onde aborda as entidades transparentes, artigo 3.º, entidades com dupla residência artigo 4.º, os métodos de eliminação da dupla tributação, artigo 5.º. Em termos sintéticos, se um Estado atribuir personalidade tributária a uma entidade (considerando-a opaca), então o outro Estado envolvido deve também reconhecê-la. O n.º 2 do mesmo artigo permite evitar a dupla residência causada por sujeitos passivos híbridos e o n.º 3 estabelece o direito último à tributação dos residentes (do qual os Estados podem prescindir no âmbito do artigo 11.º n.º 3 MLI). Relativamente ao artigo 4.º n.º 1, este determina que as entidades tidas como residentes em mais do que um Estado, só possam beneficiar de uma convenção no caso de existir acordo entre os Estados sobre a determinação da residência. Finalmente, o artigo 5.º prevê três opções para os Estados relativas aos métodos para eliminar a dupla tributação. “A primeira opção (opção A) contém uma regra de inversão de isenção pelo Estado de residência em tributação e eventual crédito de imposto ordinário se o Estado da fonte não tributar o rendimento em causa ou lhe aplicar uma taxa reduzida. A segunda opção (opção B) contém uma regra de inversão da isenção de dividendos em tributação pelo Estado de residência do acionista, e eventual crédito ordinário, se no Estado da fonte o mesmo rendimento der origem a uma dedução. A terceira opção (opção C) aplica-se aos casos em que o rendimento é tributado na fonte, devendo o Estado de residência tributar esse rendimento e dar um critério ordinário; se o Estado de residência preferir dar uma isenção, deve ter esse rendimento isento em conta para calcular o imposto sobre o restante rendimento.” - DOURADO, Ana Paula (2017) - *Governança Fiscal Global*, Almedina, p. 90-92.

⁴⁷ Os temas tratados são os seguintes: economia digital; híbridos; sociedades estrangeiras controladas; dedutibilidade de juros e de outros gastos; práticas fiscais agressivas, transparência e substância; abuso de tratados fiscais; estabelecimento estável; preços de transferência e criação de valor e transações de riscos; reporte de esquemas de planeamento fiscal agressivo; documentação de preços de transferência e metodologias para coligir e analisar dados; mecanismos de resolução de conflitos e desenvolvimento de um

fornecendo aos executivos de cada Estado participante instrumentos nacionais e internacionais necessários para combater o BEPS. Paralelamente são estabelecidos prazos para cada um dos Estados envolvidos transpor para o seu ordenamento cada uma dessas ações.

Hoje, depois de todos os trabalhos realizados no âmbito do “*Inclusive Framework*”, os países estão providos das ferramentas necessárias para garantir que os lucros sejam tributados no Estado em que a atividade económica geradora de tal rendimento labora, isto é, no Estado em que o valor é criado. Estas ferramentas permitem ainda padronizar a aplicação das regras tributárias internacionais e, desta forma, harmonizar a jurisdição fiscal.⁴⁸

4.1.2. A Ação 2 - *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*⁴⁹

Exemplo de estratégias de BEPS é o recurso aos instrumentos e entidades híbridas que proporcionam vantagens fiscais aos sujeitos passivos, vantagens essas anteriormente expostas e que têm que ver com DD, D/NI e criação de créditos de imposto.

Dedicada inteiramente a este tema, está a Ação 2 do Projeto BEPS, cujo objetivo passa por neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos geradores de disparidades no tratamento fiscal. O trabalho realizado consistiu essencialmente em examinar as provisões domésticas existentes, mas também por equacionar possíveis soluções a adotar no plano unilateral.

O relatório final da Ação 2, publicado em 2015, vem definir recomendações que neutralizem os efeitos dos híbridos, nomeadamente através da criação de regras domésticas e da alteração de determinadas disposições da CMOCDE.

Assim, a Parte I apresenta as recomendações para as alterações no ordenamento jurídico interno de cada jurisdição, propondo uma resposta primária e uma resposta defensiva. Relativamente à primeira, recomenda-se que os Estados neguem a dedução de um encargo decorrente de um pagamento, na medida em que este não seja incluído na matéria coletável do beneficiário efetivo do rendimento, tendo em conta a jurisdição do

instrumento multilateral. - OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

⁴⁸ <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>

⁴⁹ OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

ER deste. Não se aplicando a regra primária, há lugar à resposta defensiva que implica uma reação do ER do beneficiário efetivo do rendimento, requerendo a tributação do rendimento em questão qualificável como isento neste Estado, sempre que o EF autorizar a dedução desse gasto.

Quanto à Parte II, que explora as alterações da CMOCDE e onde se destaca a adição de um n.º 2 ao artigo 1.º e a alteração do n.º 3 do artigo 4.º, o objetivo passa por garantir que entidades transparentes e entidades com dupla residência, obtenham de forma ilegítima benefícios decorrentes da aplicação de convenções e, por outro lado, articular as disposições da CMOCDE com as recomendações domésticas propostas na Parte I do relatório. Assim, a Parte II começa por abordar o problema das entidades com dupla residência para efeitos fiscais, propondo mesmo alterações à Convenção Modelo da OCDE⁵⁰. Paralelamente, nesta segunda parte do relatório é abordada a aplicação de convenções de dupla tributação relativamente às entidades híbridas. O relatório recomenda a inclusão na Convenção Modelo da OCDE uma nova disposição e um comentário detalhado que assegure que vantagens decorrentes da aplicação das convenções sejam atribuídas ao rendimento gerado por estas entidades, nos casos que tal seja apropriado, mas também que assegure que tais benefícios não sejam concedidos, quando nenhum dos Estados envolvidos tratar o rendimento dessas entidades como rendimento de residentes, excluindo tais rendimentos do âmbito de tributação dos Estados.

Por fim, são analisados potenciais erros em convenções que poderão ser despoletados na sequência da aplicação das recomendações da Parte I. De salientar que além do estabelecido no relatório da Ação 2, também as novas disposições da Convenção Modelo da OCDE propostas na Ação 6 são determinantes para garantir que entidades e instrumentos híbridos, bem como entidades com dupla residência, não são manipulados com o objetivo de obter, de forma inapropriada, vantagens em termos fiscais.

Uma vez postas em prática, estas recomendações neutralizarão as disparidades híbridas, pondo termo às múltiplas deduções relativas a uma mesma despesa, deduções

⁵⁰ Destaca-se a alteração ao artigo que estabelece a regra de desempate para os casos de entidades residentes em dois Estados, 4.º n.º 3 da CMOCDE. Este, no âmbito da proposta, passa a ter a seguinte redação: “Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular for residente de ambos os Estados, devem os órgãos competentes de ambos os Estados Contratantes determinar, por mútuo acordo, o Estado contratante no qual essa pessoa deverá ser considerada residente para efeitos da convenção, tendo em consideração o local da direção efetiva, o local da constituição da sociedade e todos os demais fatores relevantes. Na ausência de tal acordo, nenhuma pessoa coletiva deverá obter qualquer isenção fiscal que derive da convenção exceto na medida em que tal seja acordado pelos órgãos competentes de cada Estado Contratante

sem a respetiva inclusão na matéria coletável ou à criação de múltiplos créditos de imposto.

4.1.2.1. Sobre a Parte I⁵¹

São doze as recomendações expostas na Parte I. Apresentaremos as recomendações de forma sintética, pois o foco do nosso trabalho será a transposição do Projeto BEPS para a jurisdição Europeia, dado o impacto direto no nosso ordenamento. Assim, vale a pena atentarmos ao anexo I e ao anexo II, onde expomos uma visão geral sobre as recomendações do BEPS.

Relativamente às alterações específicas à lei doméstica, as recomendações 2 e 5 do relatório em análise procuram aperfeiçoar a jurisdição do foro, nomeadamente negando a isenção dos dividendos no caso de D/NI de pagamentos realizados por meio de instrumentos financeiros híbridos ou entidades híbridas inversas (fig. 3 e 7); estabelecendo medidas para prevenir que através de transferências híbridas se criem créditos de imposto (fig. 11); incentivando os Estados a reportarem informação relativa a entidades estabelecidas na sua jurisdição, no sentido de proporcionar uma maior transparência fiscal.

Adicionalmente, a Parte I expõe recomendações para as situações de D/NI e DD. No primeiro caso, que pode ocorrer relativamente a pagamentos concretizados por meio de instrumentos financeiros híbridos (fig. 3) ou através de entidades híbridas (fig. 6), a solução primária passa por impedir a dedução na jurisdição da entidade pagadora. Caso o Estado da entidade pagadora não neutralize a assimetria híbrida, então, de acordo com a regra defensiva, deve o Estado do beneficiário incluir os rendimentos na matéria coletável do contribuinte. É nas recomendações de 1 a 5 que vislumbramos as regras específicas e as recomendações para a elaboração de normas destinadas a corrigir resultados de D/NI, gerados por assimetrias híbridas.

Quanto aos casos de DD, cujas recomendações estão patentes nos capítulos 6 e 7 do relatório final sobre a ação 2, a resposta passa primariamente por o ER da sociedade-mãe recusar a dedução. No caso de tal não se verificar, de acordo com a resposta defensiva, cabe ao Estado da entidade pagadora determinar a não dedução dos encargos.

⁵¹ OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pp. 15-19.

4.2. A Reação da UE

Com o objetivo de assegurar a máxima harmonização possível e perante a necessidade de soluções coerentes com as conclusões da OCDE sobre o BEPS, a Comissão Europeia, procedeu à elaboração de um plano de ação com o propósito de alcançar uma tributação mais justa e coordenada das sociedades ao nível da União Europeia. Falamos aqui do Pacote Anti Elisão Fiscal que mais não é do que o reflexo da nova abordagem económica e política da tributação das sociedades. Os objetivos eram claros: prevenir o planeamento fiscal agressivo, fomentar a transparência fiscal e, desta forma, criar um ambiente de maior justiça e equidade no seio da União Europeia. O Pacote anti abuso, apresentado a 28 de janeiro de 2016 traduz o culminar de todas as iniciativas da UE no combate ao BEPS, aliando-se à cláusula geral anti abuso e à regra anti-híbridos da Diretiva sociedades-mães afiliadas⁵² e da cláusula anti abuso na Diretiva juros e *royalties*⁵³.⁵⁴

O Pacote Antielisão Fiscal é composto por alguns elementos, nomeadamente uma comunicação onde se expõem as motivações políticas e económicas subjacentes à adoção do pacote; uma recomendação relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas no seio das convenções fiscais; uma revisão da Diretiva sobre a Cooperação Administrativa⁵⁵ (Diretiva de assistência mútua), relativa à troca de informações, entre as autoridades fiscais dos Estados Membros, no que diz respeito a informações de natureza tributária quanto a multinacionais que operam ao nível da UE; uma comunicação sobre estratégia externa de boa governação fiscal; e uma Diretiva Antielisão Fiscal que será o nosso foco, na medida em que traduz a transposição das medidas do BEPS, relativas a híbridos, para os ordenamentos jurídicos de todos os países da UE.⁵⁶

⁵² No âmbito da Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014, que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, foi aditada uma regra anti-híbridos, com vista a evitar situações de dupla não tributação. Segundo esta regra EM da sociedade-mãe só pode conceder a isenção fiscal dos lucros distribuídos por sociedades afiliadas, na medida em que, no seio do Estado da entidade que os distribui, os lucros sejam sujeitos e não isentos ao imposto sobre os rendimentos. Este regime foi também transposto para o ordenamento português, no âmbito do regime da *participation exemption* do artigo 51.º n.º 10, al. a).

⁵³ A alteração consistiu em aditar novos requisitos para a isenção de imposto, nomeadamente, o que impõe que o beneficiário dos rendimentos provenientes de juros e *royalties* seja sujeito passivo de imposto sobre o rendimento no EM em que o seu estabelecimento está situado. – Bruxelas, 11.11.2011COM (2011) 714 FINAL 2011/0314 (CNS) *Proposta de Diretiva do Conselho relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes*.

⁵⁴ DOURADO, Ana Paula (2017) - *Governança Fiscal Global*. Almedina, p. 101 et seq.

⁵⁵ Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

⁵⁶ Comissão Europeia – *Anti Tax Avoidance Package*, de janeiro de 2016. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en.

4.2.1. A Diretiva Antielisão

Depois de sucessivos debates sobre um projeto de diretiva que combatesse as práticas de elisão fiscal recorrentemente utilizadas pelas multinacionais, a 12 de julho de 2016, o Conselho da UE aprovou a DAE I cuja proposta havia sido apresentada em janeiro do mesmo ano.⁵⁷

Esta diretiva vem a estabelecer as regras contra as práticas de elisão fiscal com impacto direto no funcionamento do mercado interno, com o objetivo claro de estabelecer soluções que ponham em prática os compromissos assumidos no âmbito do BEPS e, desta forma, garantir uma tributação mais justa, eficaz e coordenada no âmbito da União Europeia. No preâmbulo são apresentadas as razões subjacentes à aprovação da mesma, a saber:

- A necessidade de garantir que o imposto sobre as sociedades é pago no Estado em que os lucros e o valor são gerados;

- A procura de soluções no sentido de restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais e reforçar a eficácia do mercado interno na luta contra as práticas de elisão fiscal;

- Necessidade de garantir soluções coordenadas com as conclusões da OCDE sobre o BEPS e com os compromissos assumidos no plano da OCDE;

- A tentativa de evitar situações de assimetrias e disparidades do mercado que poderiam resultar da implementação não harmonizada das orientações do Projeto BEPS, por um lado, e, por outro, a segurança jurídica dada aos contribuintes com o estabelecimento de medidas nacionais de execução em linha comum com toda a União.

- Necessidade de regras que permitissem reforçar o nível médio de proteção contra o planeamento fiscal agressivo;

- A carência de regras contra a erosão das bases tributáveis no mercado interno e ainda contra a transferência de lucros para países terceiros, isto é, regras de combate ao BEPS.

Em traços simples, a diretiva em análise tem como base as orientações emanadas da OCDE, no âmbito do BEPS, que transpõe para o contexto europeu. Nesse sentido, são adotadas normas relacionadas com dedutibilidade de juros, tributação à saída, sociedades estrangeiras controladas e assimetrias híbridas. Relativamente a estas últimas, no seio desta primeira diretiva, apenas se estabeleceu uma pequena regra aplicável às assimetrias

⁵⁷ Diretiva UE 2016/1164 de 12 de julho de 2016.

híbridas que resultassem em duplas deduções, caso em que apenas o Estado-Membro em que esse pagamento teve origem tem direito à dedução, e dedução sem inclusão, sendo que, neste caso, o Estado-Membro do pagador cede, recusando a dedução do pagamento.⁵⁸

Este instrumento jurídico viria a ser complementado com DAE II⁵⁹, que alargou não só o leque de soluções da anterior diretiva, como passou a prever situações de assimetrias híbridas resultantes da interação entre sistemas tributários dos EM e de P3º, no sentido de se aproximar das recomendações da OCDE sobre o BEPS.

Assim, a diretiva passa a contemplar regras relativas a EE híbridos, transferências híbridas, assimetrias importadas e assimetrias híbridas inversas, procurando abranger todo o tipo de resultados de DD e de D/NI, no sentido de evitar que os contribuintes explorem as lacunas que subsistem.

O objetivo da alteração mais não é do que alargar o âmbito de aplicação da diretiva às relações entre EM e P3 e neutralizar outro tipo de assimetrias, aproximando-se, desta forma, do quadro definido no âmbito do BEPS.

Até dezembro de 2018 e de 2019, os EM da UE deverão transpor as normas desta diretiva.

4.2.1.1. Âmbito de Aplicação

O regime estabelecido na DAE II em análise é aplicável aos sujeitos passivos de imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo-se neste âmbito os EE situados num ou mais EM, cuja residência da entidade que lhe subjaz se situe num P3º e ainda a todas as entidades tidas como transparentes para efeitos fiscais, nos termos da jurisdição do EM.⁶⁰

Devemos ter em conta a definição de empresas associadas e de entendimento estruturado, já que segundo a DAE II é neste contexto que podem surgir as assimetrias híbridas.

Assim, estaremos perante uma empresa associada quando o contribuinte detiver numa entidade, direta ou indiretamente, pelo menos 25% dos direitos de voto, do capital social, ou tiver direito a receber pelo menos 25% dos seus lucros. Se estivermos perante

⁵⁸ Artigo 9.º Diretiva UE 2016/1164 de 12 de julho de 2016.

⁵⁹ Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁶⁰ Artigo 1.º Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

entidades híbridas ou estabelecimentos estáveis híbridos, o requisito de 25% é alterado para 50%⁶¹. Alerta a alínea b) do mesmo artigo 2.º n.º 4 para o facto de também termos de considerar o total dos direitos de voto ou de participações no capital social relativamente entidades detidas por vários acionistas, deste que estes ajam em conjunto no que diz respeito aos direitos de voto ou capital social. A qualificação de empresa associada abrange ainda as entidades que pertençam, em termos contabilísticos, ao mesmo grupo consolidado que o contribuinte; as entidades nas quais o contribuinte tenha influência significativa na gestão e, inversamente, entidades que exerçam influência significativa na gestão do contribuinte.⁶²

Como referimos anteriormente, e à semelhança do estabelecido no Projeto BEPS⁶³, esta diretiva vem estabelecer que o surgimento de assimetrias híbridas pode ir além de empresas relacionadas, podendo resultar de um entendimento estruturado, um entendimento concebido para originar um resultado típico de assimetria híbrida (DD ou D/NI), excetuando-se os casos em que, razoavelmente, não seria expectável que o contribuinte ou uma empresa associada tivesse conhecimento da assimetria gerada e, paralelamente, não tenha partilhado o valor da situação de desagramento fiscal que dela decorre.

No plano do Projeto BEPS emanado da OCDE, além da definição, são apontados exemplos específicos de operações que se consubstanciam em entendimentos estruturados, na medida em que criadas com o exclusivo propósito de obter uma vantagem fiscal subjacente a uma assimetria híbrida. Paralelamente, destaca-se a necessidade de este ser um teste objetivo, aplicando-se, independentemente das intenções das partes em causa, sempre que os factos e as circunstâncias em causa indiquem a um observador independente que o acordo foi estabelecido com o propósito de produzir uma assimetria híbrida. O teste em questão identifica um conjunto de fatores não exclusivos que, a estarem contemplados na situação concreta, determinarão que se trata de um entendimento estruturado.⁶⁴ De parte ficam os casos em que o contribuinte não está

⁶¹ Artigo 2.º n.º 4 al. a) Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁶² Artigo 2.º n.º 4 al. c) Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁶³ OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 105.

⁶⁴ Há que atentar à relação entre as partes; às circunstâncias subjacentes à operação; aos passos e transações intermédias da operação; aos termos do próprio acordo e aos benefícios económicos e comerciais decorrentes da transação, de maneira a determinar se o acordo entre as partes foi estabelecido com o intuito de produzir uma assimetria híbrida. - OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pp. 107-110.

envolvido o suficiente no entendimento para que possa compreender de que forma tal foi estruturado e quais os efeitos fiscais que daí advêm.

Consideramos de extrema importância a adoção deste teste, na medida em que vem a alargar o âmbito de incidência da diretiva, passando a abranger situações passíveis de originarem assimetrias híbridas que vão para lá das operações estruturadas levadas a cabo no seio de entidades relacionadas.

4.2.1.2. O Regime da DAE II

A diretiva que aqui nos propomos a analisar contempla quatro grandes categorias de assimetrias híbridas, a saber:

- As que sobrevêm de pagamentos efetuados ao abrigo de instrumentos financeiros;⁶⁵
- As que decorrem, de diferenças na imputação de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida ou a um EE, incluindo as que resultam de pagamentos efetuados a EE não tidos em conta, isto é, estabelecimentos estáveis híbridos;⁶⁶
- As que resultam de pagamentos concretizados por uma entidade híbrida, pagamentos esses não tidos em conta ao abrigo da jurisdição do seu beneficiário efetivo, bem como as que sobrevêm de pagamentos teóricos efetuados entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis;⁶⁷
- As que dão origem a resultados de DD, subsequentes a pagamentos efetuados por uma entidade híbrida ou instrumento financeiro híbrido;⁶⁸

Esta diretiva representa uma novidade em relação ao Plano de Ações do BEPS, que à data da aprovação da DAE II não tinha ainda estabelecido quaisquer recomendações relativamente às assimetrias geradas por EE híbridos

⁶⁵ Artigo 2.º n.º 9, al. a) - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁶⁶ Artigo 2.º n.º 9, al. c) e d) - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁶⁷ Artigo 2.º n.º 9, al. e) e f) - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁶⁸ Artigo 2.º n.º 9, al. g) - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

4.2.1.3. Regras da DAE II

Perante as quatro categorias de assimetrias híbridas apresentadas, é expectável um dos seguintes resultados, como já tivemos oportunidade de expor: D/NI⁶⁹ ou DD⁷⁰ e ainda a redução do imposto retido na fonte.

Importa agora olharmos para as soluções apresentadas pela DAE II, inspiradas nas recomendações do Projeto BEPS, que visam combater as situações atrás apresentadas.

Começaremos por abordar as regras sobre situações de D/NI, cuja regra está espelhada no artigo 9.º n.º2 da DAE II, geradas por instrumentos financeiros híbridos, entidades híbridas, onde destacaremos a regra relativa a entidades híbridas inversas⁷¹ e a norma geral para EE híbridos⁷², seguindo-se posteriormente as situações de DD, com o regime previsto no artigo 9 n.º2, originadas por entidades híbridas, EE híbridos e entidades com dupla residência fiscal⁷³. Apresentaremos ainda as regras da diretiva relativas a situações de criação de créditos de imposto por aplicação de uma CDT com recurso a uma transação híbrida⁷⁴ e ainda relativas às assimetrias importadas⁷⁵.

4.2.1.3.1. Regras Relativas a Resultados D/NI

4.2.1.3.1.1. Instrumentos Financeiros Híbridos

Neste âmbito, começaremos por abordar as assimetrias geradas por instrumentos financeiros híbridos geradores de resultados de D/NI. Para tal, importa atentar à fig. 3,

⁶⁹ De acordo com o artigo 2 n.º 9 § 3 al. c) da DAE II traduz-se na “dedução de um pagamento ou de um pagamento teórico entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, em qualquer jurisdição em que esse pagamento ou pagamento teórico é tratado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem a correspondente inclusão desse pagamento ou pagamento teórico na jurisdição do beneficiário.” A jurisdição do beneficiário será aquela onde o pagamento ou o pagamento teórico é recebido, ou simplesmente tratado como se aí fosse recebido, nos termos da legislação de qualquer outra jurisdição.

⁷⁰ Nos termos do artigo 2.º n.º 9 § 3 al. b) da DAE II, consiste na “dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas na jurisdição onde o pagamento tem origem, as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas (jurisdição do ordenante) e noutra jurisdição (jurisdição do investidor)”. Quando o pagamento é efetuado por intermédio de uma entidade híbrida, ou estabelecimento estável híbrido, a jurisdição do ordenante será aquela onde estes estão estabelecidos ou situados.

⁷¹ Artigo 9.º - A - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁷² Artigo 9.º n.º 5 - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁷³ Artigo 9.º - B - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁷⁴ Artigo 9.º n.º 6 - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

⁷⁵ Artigo 9.º n.º 3 - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

em que um instrumento financeiro é tratado como instrumento de capital para um Estado e como instrumento de dívida para o outro, o que, em termos fiscais, se traduz numa dedução de encargos financeiros sem a respetiva inclusão de rendimentos, na medida em que na ótica do Estado que devia impor a sua inclusão na matéria coletável do sujeito passivo, tratam-se de dividendos.

Tal como o Projeto BEPS, também a DAE II estabelece regras primárias e regras defensivas. No caso em análise, deve primariamente o Estado da jurisdição do ordenante, isto é, da entidade que efetua o pagamento (E2), recusar a dedução dos gastos de financiamento. Se esse Estado não proceder à recusa da dedução, então, caberá ao Estado da entidade beneficiária (E1), determinara inclusão do rendimento na matéria coletável do sujeito passivo. Esta regra espelha o que havia sido estabelecido no âmbito do Projeto BEPS, na recomendação 1.

Fora do âmbito de aplicação desta regra, até 31 de dezembro de 2022, com o objetivo de evitar resultados negativos decorrentes da interação das regras da DAE II e os requisitos relacionados com a capacidade de absorção de perdas impostos às instituições financeiras, estão três tipos de pagamentos de juros.⁷⁶ Referimo-nos aqui dos instrumentos financeiros: com características de conversão, recapitalização interna ou redução; emitidos com o exclusivo propósito de dar resposta aos requisitos relativos à capacidade de absorção de perdas aplicável ao sector bancário e esse mesmo instrumento seja, na esfera do contribuinte, no que respeita à sua capacidade de absorção de perdas, reconhecido como tal; emitidos com características de conversão, recapitalização interna ou redução a nível da empresa-mãe, desde que ao nível necessário para satisfazer os requisitos relacionados com a capacidade de absorção de perdas e desde que não seja parte de um entendimento estruturado.

São ainda excluídos do âmbito de aplicação da norma os pagamentos de juros, sempre que “a dedução líquida global do grupo consolidado ao abrigo do mecanismo não exceda o montante que teria sido obtido caso o contribuinte tivesse emitido tal instrumento diretamente no mercado”. Esta última ressalva espelha evidentemente o objetivo da DAE II, que passa unicamente pelo combate às situações abusivas.

⁷⁶ Artigo 9.º n.º 4, al. b) - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

4.2.1.3.1.2. Entidades Híbridas

Relativamente às entidades híbridas, e atentando aos exemplos apresentados nas figuras 6 e 7, a solução apresentada é a mesma que apontamos quanto aos instrumentos financeiros, o que significa que, de acordo com a regra primária, deve o Estado da jurisdição do ordenante, isto é, da entidade que leva a cabo o pagamento (E2), recusar a dedução dos encargos. No caso do Estado do ordenante não recuse a dedução, então caberá ao Estado da jurisdição do beneficiário (E1) incluir os rendimentos na sua matéria coletável.

Importa agora fazer uma pequena abordagem à regra específica da DAE II relativa a entidades híbridas inversas⁷⁷, assimetria apresentada na fig. 7.

A regra da DAE II vem a alinhar a qualificação que ambos os Estados fazem da entidade, transformando as entidades híbridas inversas (consideradas opacas no EM da residência dos seus sócios e transparentes no Estado em que estão estabelecidas/constituídas) em entidades residentes no Estado em que estão constituídas.

Consequentemente, passarão os rendimentos por elas gerados a ser tributados na sua esfera e já não imputados à matéria coletável dos seus sócios. Para tal, a diretiva estabelece o requisito de as mesmas serem detidas por uma ou mais empresas associadas titulares de 50% ou mais dos direitos de voto, participações no capital social ou direitos a uma parte dos lucros da entidade híbrida inversa.

Inspirada na Recomendação 5 do Projeto BEPS, esta norma tem caráter preventivo dado que evita o surgimento da assimetria, pelo que a sua aplicação é prioritária em relação à estabelecida no artigo 9 DAE II.

4.2.1.3.1.3. Estabelecimentos Estáveis Híbridos

Perante situações de D/NI geradas por EE híbridos, a regra a aplicar é também a estabelecida no artigo 9.º n.º 2 DAE II que já expusemos anteriormente e que, no nosso exemplo apresentado na fig. 10, se traduziria, primariamente na recusa da dedução por E3. Caso tal não se verificasse, caberia a E1 determinar a inclusão dos rendimentos gerados pelo EE na sua matéria coletável.

⁷⁷ Artigo 9.º - A - Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

No entanto, a aplicação desta norma deve ceder perante a estabelecida no artigo 9.º n.º 5 DAE II, que determina que o EM da residência deve proceder à inclusão dos rendimentos gerados pelo EE na matéria coletável da entidade que o suporta, no nosso exemplo, a entidade A, e bem assim, eliminar a isenção de tais rendimentos. De parte ficam os casos em que entre o EM e um P3º está celebrada uma CDT.

Trata-se de uma medida muito importante, pois previne que os contribuintes se sirvam das CDT's de forma abusiva, diminuindo as receitas dos Estados.

Tal como expusemos relativamente às assimetrias híbridas inversas, também a aplicação desta regra precede ao artigo 9 n.º 2 DAE II. O mesmo acontece em relação ao número 1 do mesmo artigo, relativo aos resultados de DD, que de seguida abordaremos.

4.2.1.3.2. Regras Relativas a Situações de DD

O regime encontra-se previsto no artigo 9.º n.º 1 DAE II e estabelece também uma regra primária e uma regra defensiva, aplicável subsidiariamente.

Importa escrutinar a aplicação da norma face aos exemplos concretos expostos no capítulo 2.

4.2.1.3.2.1. Entidades Híbridas

Sempre que estivermos perante um caso como o que apresentamos na fig. 5, caberá ao estado do investidor recusar a dedução (E1), que será concedida ao Estado da origem do pagamento (E2). Sempre que tal não aconteça, então caberá ao Estado da jurisdição do ordenante (E2) recusar a dedução.

4.2.1.3.2.2. EE Híbridos

A solução aqui é a mesma. Veja-se o exemplo da fig. 9. Neste caso, a dedução deveria ser recusada pelo E1. Caso este Estado não proceda à aplicação da regra primária, cabe ao E2 negar a dedução.⁷⁸

⁷⁸ De salientar que este regime é aplicável subsidiariamente em relação à regra estabelecida no artigo 9.º n.º 5 DAE II.

4.2.1.3.3. Entidades com Dupla Residência Fiscal

Perante um caso como o que expusemos no exemplo da fig. 8, em que estamos perante uma entidade C, considerada residente num EM e num P3º, a diretiva esclarece, no artigo 9.º- B, que cabe ao EM a recusa da dedução, exceto se o outro Estado já o tiver feito, evitando-se assim situações de dupla inclusão de rendimentos.

No caso de estarmos antes perante dois EM, a DAE II reclama a aplicação da regra de desempate estabelecida no artigo 4.º n.º 3 da CMOCDE, que determina como ER o Estado em que é levada a cabo a direção efetiva. Tal significa que só nesse Estado poderão ser dedutíveis os gastos inerentes ao empréstimo contraído.

Assim, e na perspetiva de no exemplo apresentado estarmos perante dois EM, então a dedução dos encargos de financiamento seria procedida em E2.

4.2.1.3.4. Regra relativa a Situações de Duplicação de Créditos de Imposto por Aplicação de uma CDT com Recurso a uma Transação Híbrida

Neste domínio, há que atentar ao exemplo da fig.11, que espelha uma redução do imposto retido na fonte, na sequência da duplicação de créditos de imposto por intermédio de uma transferência híbrida.

Inspirada na recomendação 2.2 do Projeto BEPS, a DAE II vem então a estabelecer no artigo 9.º n.º 6, que o EM do contribuinte deve limitar o crédito de imposto concedido na proporção dos rendimentos líquidos tributáveis que o contribuinte recebe.

O crédito deverá ser permitido em cada jurisdição apenas até ao montante do lucro líquido tributável decorrente do acordo. Tal ajustamento não tem qualquer efeito sobre a entidade A, na medida em que esta é a efetiva titular dos juros que advêm das obrigações. Quanto a B, que se limita a transferir os rendimentos a A, tratando-se de um mero intermediário, verá a jurisdição do seu ER a recusar a concessão do crédito de imposto.

4.2.1.3.5. Assimetrias Importadas

Resta-nos agora fazer referência às assimetrias importadas, cuja regra está patente no artigo 9.º n.º 3 da DAE II. Falamos aqui na importação para qualquer um dos EM de

assimetrias criadas nas relações entre P3º, que irão produzir efeitos nas bases tributáveis dos contribuintes envolvidos.

Também esta regra tem inspiração no Projeto BEPS, mais concretamente na Recomendação 8 e aplica-se nas relações entre empresas associadas ou no contexto de um entendimento estruturado. De salientar que as assimetrias importadas dependem da ausência de regras eficazes anti-híbridos no seio das jurisdições dos P3º envolvidos. Daí que o combate mais eficaz a este tipo de situações seja a implementação em todas as jurisdições das recomendações do relatório do Projeto BEPS, cuja essência é neutralizar o efeito das assimetrias híbridas na jurisdição onde estas surgem e, conseqüentemente, impedir que o seu efeito seja importado para uma terceira jurisdição.

A regra de assimetrias importada proíbe deduções nos EM decorrentes de uma ampla gama de pagamentos (incluindo juros, royalties, rendas e pagamentos por serviços) se o rendimento de tais pagamentos for compensado, direta ou indiretamente, com uma dedução resultante de uma assimetria híbrida. Aqui incluem-se as operações que dão origem a resultados de DD e de D/NI. Ressalvam-se os casos em que um dos P3º tiver recusado a dedução ou tiver incluído o rendimento em causa na matéria coletável do contribuinte.

A regra patente no artigo 9.º n.º 3 implica a existência de três elementos⁷⁹:

- Um pagamento dedutível efetuado por um contribuinte de um EM (sujeito às regras anti-híbridos) e incluído na matéria coletável do beneficiário (*imported mismatch payment*);

- Um pagamento dedutível efetuado por uma entidade não sujeita a regras anti-híbridos, que dá origem à assimetria híbrida (“*direct hybrid deduction*”);

- Umnexo causal entre o primeiro pagamento (*imported mismatch payment*) e a segunda dedução (“*direct hybrid deduction*”) que mostrem como o rendimento correspondente ao 1º pagamento foi compensado com a dedução ou não inclusão.

Vejamos um exemplo de D/NI com recurso a uma assimetria importada.

⁷⁹ OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 85 et seq.

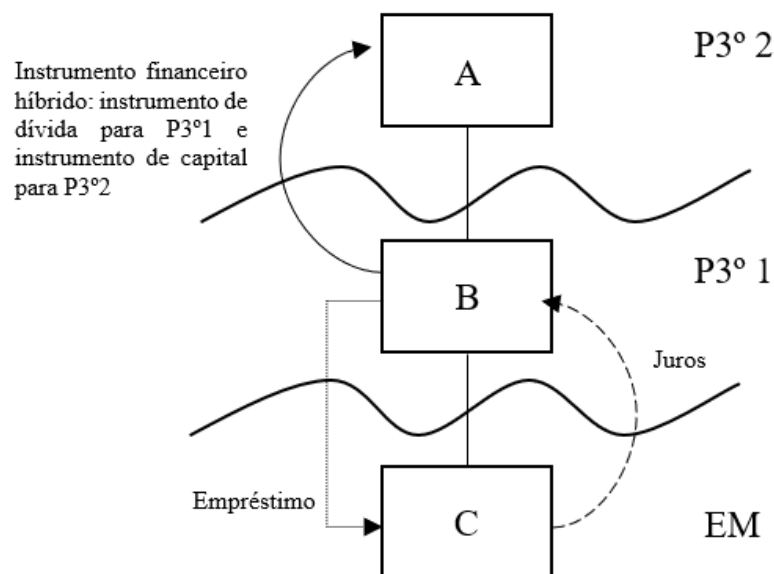


Fig. 12 - D/Ni com recurso a uma assimetria importada⁸⁰

Neste exemplo, estamos perante uma entidade A (sociedade-mãe) e uma entidade B residentes em 2 P3º que não possuem regras anti-híbridos. Temos ainda uma entidade C, residente num EM.

A entidade C pretende financiar-se, pelo que contrai, junto de B, um empréstimo que remunera com juros, juros esses dedutíveis no EM e incluídos na matéria coletável de B (*imported mismatch payment*). Este rendimento é, contudo, compensado pelo pagamento que B faz a A (*direct hybrid deduction*), através de um instrumento financeiro híbrido, o que significa que tal pagamento será considerado no Estado de B como um pagamento de juros decorrentes de um empréstimo e no Estado de A como distribuição de dividendos. Daqui decorre que tal pagamento seja dedutível na esfera tributária de B e, ao mesmo tempo, não incluído na matéria coletável de A.

Através desta operação, foi importado o efeito de D/Ni para o EM.

A DAE II estabelece então que o EM deve recusar a dedução do encargo em C, evitando assim a importação dos efeitos de D/Ni gerados nas relações entre P3º.

⁸⁰ BARROSO, Matilde de Seabra Paulo (2017) – *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.38.

5. Conclusão

O processo de globalização, associado à constituição das liberdades fundamentais no contexto da UE, nomeadamente a liberdade de circulação de trabalhadores, a liberdade de estabelecimento, a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de circulação de capitais, veio a desafiar o sistema fiscal, na medida em que veio a dotar as empresas de novas formas de estruturação e organização da sua atividade além-fronteiras, bem como novas estratégias de planeamento fiscal (agressivo), que contribuem para a diminuição drástica das receitas estatais. A falta de harmonização entre as diversas jurisdições representa um elemento crucial no surgimento destas estratégias de planeamento.

Foi neste contexto de falta de coesão e harmonia jurídica entre as jurisdições globais que apresentámos as assimetrias híbridas, que constituem desencontros na qualificação jurídica de uma determinada realidade por parte de dois ou mais Estados. Daqui decorre o tratamento diferenciado face à mesma realidade. Falamos de entidades híbridas, instrumentos financeiros híbridos, transações híbridas, estabelecimentos estáveis híbridos, entidades com dupla residência fiscal e assimetrias importadas. Os seus efeitos variam entre a dupla tributação e pela dupla não tributação, que compreende as situações de dupla dedução de gastos, dedução de gastos sem a respetiva inclusão de rendimentos e duplicação de créditos de imposto.

A nível internacional, há a destacar o Projeto BEPS, desenvolvido pela OCDE, com o objetivo de travar as estratégias de evasão fiscal e a transferência de lucros, cuja ação 2 é dedicada exclusivamente aos híbridos, estabelecendo recomendações com vista à neutralização dos efeitos que deles sobrevêm.

Em linha com as recomendações estabelecidas neste projeto, encontra-se a DAE I, adotada pela UE, com o objetivo de assegurar a implementação coordenada das recomendações do Projeto BEPS no seio da UE. Esta diretiva enquadra-se no âmbito do Pacote Antielisão da UE e visa restabelecer a confiança nos sistemas fiscais, assegurando que o imposto é pago onde o valor é gerado.

A alteração à DAE I com a DAE II vem a alargar o âmbito de modalidades de assimetrias e de Estados abrangidos, pois passa a tratar as relações entre EM e P3º.

Resumidamente, a diretiva, à semelhança do projeto BEPS, estabelece regras primárias e regras defensivas, para fazer face aos resultados de DD e D/NI, condicionando a concessão de deduções de gastos, impondo a inclusão de rendimentos ou limitando os montantes de créditos de imposto concedidos por parte dos EM.

Decerto que será um caminho longo, mas a verdade é que o passo primordial já foi dado, com a atuação da OCDE com o projeto BEPS e da UE com o Pacote Antielisão Fiscal, em prol da uniformização das jurisdições no combate ao planejamento fiscal agressivo.

Cabe agora aos Estados pôr em prática as normas da DAE, algo que terão que fazer até dezembro de 2018 e 2019. Será interessante vislumbrar como os Estados vão adaptar os seus regimes fiscais às novas disposições, sem que, com isso, condicionem a sua capacidade de atrair investimento e, conseqüentemente, gerar receitas sobrevenientes dos impostos.

Anexo 1

Recomendações⁸¹

Recomendação 1	<i>Hybrid Financial Instrument Rule</i>
Recomendação 2	<i>Specific Recommendations for the Tax Treatment of Financial Instruments</i>
Recomendação 3	<i>Disregarded Hybrid Payments Rule</i>
Recomendação 4	<i>Reverse Hybrid Rule</i>
Recomendação 5	<i>Specific Recommendations for The Tax Treatment of Reverse Hybrids</i>
Recomendação 6	<i>Deductible Hybrid Payments Rule</i>
Recomendação 7	<i>Dual Resident Payer Rule</i>
Recomendação 8	<i>Imported Mismatch Rule</i>
Recomendação 9	<i>Design Principles</i>
Recomendação 10	<i>Definition of Structured Arrangement</i>
Recomendação 11	<i>Definition of Related Persons, Control Group and Acting Together</i>
Recomendação 12	<i>Other Definitions</i>

⁸¹ OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

Anexo 2⁸²

Resultado da Assimetria Híbrida	Assimetria Híbrida	Recomendações específicas jurisdições nacionais	Regras para combater assimetrias híbridas		
			Regra Primária	Regra Defensiva	Âmbito
D/NI	Instrumento Financeiro Híbrido	Impedir a isenção de dividendos no seio de pagamentos dedutíveis Limitar a criação de créditos fiscais pelo imposto retido na fonte	Recusar a dedução no âmbito do Estado do pagador	Inclusão do Rendimento	Entidades relacionadas e entendimentos estruturados
	Entidades Híbridas	-	Recusar a dedução no âmbito do Estado do pagador	Inclusão do Rendimento	Entidades relacionadas e entendimentos estruturados
	Entidades Híbridas Inversas	Delimitar a quantidade de entidades transparentes quando investidores não residentes tratam essas entidades como opacas	Recusar a dedução no âmbito do Estado do pagador	-	Entidades relacionadas e entendimentos estruturados
	Assimetrias Importadas	-	Recusar a dedução no âmbito do Estado do pagador	-	Entidades relacionadas e entendimentos estruturados
DD	Pagamentos dedutíveis feitos por Híbridas	-	Recusar a dedução no âmbito do Estado da entidade beneficiária	Recusar a dedução no âmbito do estado Pagador	Sem limitações quanto à regra primária, regra defensiva aplicável a entidades relacionadas e entendimentos estruturados
	Entidade com dupla residência	-	Recusar a dedução no âmbito do Estado da entidade beneficiária	-	Sem limitações quanto à regra primária

⁸² OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 20.

Bibliografia

I – Livros e artigos

ANTUNES, José Engrácia (2010) – *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina.

ANTUNES, José Engrácia (2014) - *Instrumentos Financeiros*. 2ª ed., Almedina.

AULT, Hugh J., et. Al., (2010) – *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*. 3.ª ed., Kluwer Law International.

BARROSO, Matilde de Seabra Paulo (2017) – *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

CATARINO, João Ricardo (2014) – *Lições de Fiscalidade*. Vol. 1, 3.ª ed., “Princípios Gerais e Fiscalidade Interna”, Almedina.

CORREIA, Miguel (2010) – *The Taxation of Corporate Groups Under a Corporation Income Tax: An interdisciplinary and comparative tax law analysis*. PhD thesis, London School of Economics and Political Science (United Kingdom).

DOURADO, Ana Paula (2017) - *Governança Fiscal Global*. Almedina.

HARRIS, Peter (1996) – *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights Between Countries: A Comparison of Imputation Systems*, IBFD Publications.

HARRIS, Peter (2010) - *International Commercial Tax*, Cambridge Tax Law Series.

HARRIS, Peter (2013) – *Corporate Tax Law – Structure, Policy and Practice*, Cambridge Tax Law Series.

MORAIS, Rui Duarte (2009) – *Apontamentos ao IRC*, Almedina.

NABAIS, Casalta (2009) - *Direito Fiscal*. 5ª ed., Almedina.

REUVEN, Avi-Yonah (2011) - *Global Perspectives on Income Taxation Law*. Oxford University.

SANCHES, Saldanha (2002) – *Manual de Direito Fiscal*, 2ª ed., Coimbra Editora.

SANCHES, Saldanha (2006) - *Limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora.

SILVA, Vítor Manuel Loureiro e (2014) – *Assimetrias e Disparidades – a utilização de entidades híbridas e instrumentos financeiros híbridos no Planeamento Fiscal Internacional*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

XAVIER, Alberto (2014) - *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed., Almedina.

II – Documentos de organizações internacionais

OECD, *About the inclusive Framework on BEPS*. <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>.

OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing.

OCDE (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues*, OECD Publishing.

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

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

OECD (2014), “*Comments received on Public Discussion Drafts – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”, OECD Publishing.

OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2016), “*Public Discussion Draft – BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*”, OECD Publishing.

OECD (2017) – *Inclusive Framework on BEPS – Progress report July 2016-June 2017*, OECD Publishing.

OECD (2016) - *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*.
<http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

UE, *Anti Tax Avoidance Package*.
https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en.