

“Hybrid mismatch arrangements” e a influência da tributação na decisão de financiamento: os velhos problemas e as novas soluções

DR. ÁLVARO SILVEIRA DE MENESES

SUMÁRIO: I. *Introdução. A crise financeira e o repensar das estruturas de financiamento.* II. *A influência da tributação na decisão de financiamento e na modelação da estrutura de capital.* III. *As assimetrias na tributação internacional.* IV. *Em especial: o planeamento fiscal com recurso a instrumentos ou entidades híbridas.* V. *As soluções apontadas: a nova Diretiva Antielisão Fiscal.*

I. Introdução. A crise financeira e o repensar das estruturas de financiamento

Em algumas operações de *corporate finance*, os contribuintes podem agir contra o verdadeiro objetivo da lei, tirando partido das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais a fim de reduzir a sua fatura fiscal. São comuns situações em que os contribuintes podem beneficiar de taxas de tributação reduzidas, de duplas deduções, assegurar que os seus rendimentos não são tributados ou ainda tornando-os dedutíveis numa jurisdição sem, no entanto, os incluir na base tributável do outro lado da ponte. Os resultados destas situações podem originar ambientes de concorrência fiscal desleal.

Importa, pois, identificar os problemas e analisar as recentíssimas propostas de combate (as últimas em janeiro de 2016) que se encontram em cima da mesa.

Como ponto de partida, afirme-se que a necessidade de inovar as estratégias de financiamento societário, embora sempre sentida, foi reforçada na sequência da violenta crise que marcou os últimos anos, assolando Portugal e o resto do mundo. Efetivamente, a crise financeira fez perigar, em especial, a principal

ças societárias, ganhou novo terreno: importava, no período de crise e pós crise, criar novas formas de financiamento societário. Nesta senda, difundiram-se inovadores mecanismos direcionados para este efeito, entre os quais se destacam o recurso a investimento por fundos de capital de risco⁵, ao sistema bancário paralelo⁶ e, em geral, a um conjunto de novos produtos financeiros que surgiram no mercado⁷.

Nesta conjuntura, as novas formas de financiamento assumem especial importância, em toda a linha, criando novos e desafiantes problemas, principalmente por, atualmente, conforme já se afirmou, a busca de capital – e os próprios operadores económicos – extravasar(em) fronteiras, apoiando-se em relações *cross-border* que se têm intensificado de forma exponencial.

A complexidade crescente dos novos mecanismos de financiamento, arquitetados em estruturas multinacionais, coloca problemas adicionais quanto ao direito a aplicar a essas operações. Não só por se encontrarem, frequentemente, em contacto legislações de mais do que um Estado soberano⁸, mas, ainda,

⁵ Cujo regime foi aprovado pela lei n.º 18/2015, de 4 de março. Considera-se investimento em capital de risco a aquisição, por período de tempo limitado, de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em sociedades com elevado potencial de desenvolvimento, como forma de beneficiar da respetiva valorização. Envolve, ainda, em termos instrumentais, a prestação de serviços de assistência na melhoria da atividade empresarial. Cf. PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, 2011, 803 e ss.. O investimento em capital de risco pode assumir várias finalidades: (i) *private equity*: investimento aplicado na aquisição de participações em empresas já existentes, independentemente da sua dimensão, e com pouca ou nenhuma intervenção a nível da gestão e administração; (ii) *venture capital*: investimento em empresas pequenas ou mesmo em projetos empresariais iniciais (*start ups*), nas quais o investidor acompanha de perto a gestão empresarial; (iii) *bridge financing*: com o objetivo de lançar a empresa no mercado regulamentado; (iv) *resgate/turnaround*: direcionado para empresas em situação económica difícil, pré-insolvência, com o objetivo de implementar projetos de reestruturação económica e recuperação financeira.

⁶ Correntemente apelidado com recurso à expressão inglesa *shadow banking*. Sobre o sistema bancário paralelo, cf., por todos, Cf. JOSÉ GONZAGA ROSA, *Shadow banking – new shadow entities come to light*, Revista de Concorrência e Regulação (2014), V, 18, 119–148.

⁷ Note-se, porém, que em Portugal existe ainda um considerável “*market fright*”, ou seja, as sociedades têm medo de ver as suas ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, especialmente porque, regra geral, a admissão ao mercado vem associada à perda do controlo da empresa. Porém, nos últimos anos têm sido desenvolvidos mecanismos para combater esta tendência, entre os quais se destacam a possibilidade de serem criadas ações com voto majorado, que escapem à regra geral *one share, one vote*, e, ainda, ações de lealdade, abreviadamente designadas *L-shares*. Sobre o tema, cf. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Direito de voto nas sociedades cotadas: da admissibilidade de categorias de ações com direito de voto plural às L-shares*, em RDS VII, 2 (2015), 435–470.

⁸ Sobre o problema do direito aplicável na perspetiva de Direito Internacional Privado, cf. por todos, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito aplicável às operações sobre instrumentos financeiros*, em *Estudos em Homenagem Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, 2012.

pelos débitos relativos ao tratamento fiscal e qualificação das situações emergentes, cujo relevo ganha crescente projeção na medida em que se observa a obtenção de vantagens através da tributação.

De facto, mesmo com recurso a financiamento dito tradicional, a própria composição da estrutura societária e financeira, com subsidiárias externas, tem efeitos fiscais associados, nomeadamente quando estão envolvidos os designados *paraísos fiscais*⁹. Verifica-se, assim, que a existência de *global companies* tem um sério impacto nas finanças estaduais, por serem muito mais sensíveis à exploração de vantagens fiscais transferindo as suas atividades de um Estado para outro. Tal deve-se ao facto de a decisão económica integrar múltiplas variáveis, sendo sustentado afirmar-se que o financiamento de uma empresa apresenta uma estreita ligação com os encargos fiscais que daquele resulta¹⁰. Atualmente, o desafio da internacionalização das operações acrescenta *inputs* nessa decisão, pelo que, num mercado ultracompetitivo, em que se justapõem diferentes jurisdições, a busca do financiamento ultrapassa, já, a escolha do *como*, assumindo extrema relevância a opção pelo *onde*.

O impacto da fiscalidade no direito societário tem sido, cada vez mais, assunto de preocupação para as sociedades, com um crescente impacto no seio das opções a tomar pelo órgão de administração. No fundo, decisões de boa *corporate finance* e de boa *corporate governance* implicam planeamento fiscal¹¹ adequado e conhecedor da arquitetura do sistema fiscal internacional, quer se trate de uma decisão relativa à estrutura de capital (onde se tem em conta o tratamento mais favorável do recurso à dívida); à forma organizativa, também no prisma da reorganização; à política de dividendos e outros pagamentos aos sócios, que tende a depender da tributação que lhes é aplicável.

⁹ Países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis. Em Portugal, constam de lista oficial: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/547E445E-9AF6-48CB-B75F-001E4DD58E35/0/port292_2011.pdf

¹⁰ Com previsões e estudos económicos sobre a tributação e a estrutura de capital, nomeadamente quanto ao impacto da tributação internacional, cf. JOHN R. GRAHAM, *Taxes and corporate finance: a review* (mai.-2003), Review of Financial Studies, 23 e ss., disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=358580>

¹¹ Com SALDANHA SANCHES, afirma-se planeamento fiscal como técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intelectual ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais. Cf. SALDANHA SANCHES, *Os Limites ao Planeamento Fiscal*, Coimbra, 2007, 21. O sistema jurídico português foi dos primeiros a introduzir o conceito de planeamento fiscal agressivo, mediante o Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, ainda que com uma certa confusão conceptual. Com uma crítica ao regime, cf. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal – Lições*, Coimbra, 2011, 296 e ss..

Assim, o planeamento fiscal, com o limite da fraude à lei, enquadra-se no processo de decisão, num ponto de vista também económico, por condicionar a escolha da contratação à aceitação de determinada consequência fiscal do negócio ou investimento. Relativamente ao onde, o problema situa-se na residência enquanto elemento de conexão preferencial e nas actuações elisivas por esta via, *maxime* o *Treaty Shopping*¹². De facto, só tendo por base as actuações abusivas se compreende a modificação do conceito de residência, enquanto elemento de conexão por excelência com o ordenamento jurídico-tributário, decompondo-se num conceito formal de residência (a sede estatutária das sociedades) *coadjuvado por um critério alternativo e substancial da residência efectiva*¹³.

Como afirma António Fernandes de Oliveira, *parece razoável (e pacífico) concluir que é contra natura proibir as empresas – e os contribuintes em geral, incluindo simples particulares – de atenderem à carga fiscal aquando da ordenação dos seus negócios. Isto é, é contra natura proibir o planeamento fiscal, proibir actividades mentais e materiais dirigidas à minimização dos encargos fiscais*¹⁴.

III. As assimetrias na tributação internacional

Ao nível tributário, levantam-se problemas de duas ordens, fundadas na referida falta de harmonização dos sistemas fiscais. Por um lado, a possibilidade de dupla tributação¹⁵, por aplicação simultânea de normas de dois ou mais sistemas jurídicos. Por outro, o problema inverso, da dupla não-tributação¹⁶. Adicionalmente, em relação à tributação do setor financeiro, discute-se a possibilidade de reforço da tributação que sobre ele recai, nomeadamente mediante

¹² Sobre o abuso subjectivo de Convenções e a manipulação da residência para efeitos de obtenção de vantagens fiscais, cf. por todos, GUSTAVO COURINHA, *A Residência no Direito Internacional Fiscal, Do Abuso Subjectivo de Convenções*, Coimbra, 2015, 289 e ss..

¹³ Cf. GUSTAVO COURINHA, *A Residência...*, cit., 20 e ss.

¹⁴ Cit. FERNANDES DE OLIVEIRA, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra, 2009, 15.

¹⁵ Por dupla tributação entenda-se concurso positivo de normas pertencentes a sistemas fiscais distintos. Distingue-se, ainda, a dupla tributação jurídica internacional (em que um sujeito passivo é sujeito a mais que um imposto, em relação a um rendimento) da dupla tributação económica internacional (em que o mesmo rendimento é sujeito a mais que um imposto, na esfera de mais que um sujeito passivo), cf. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 2014, 2.^a Edição Atualizada, 31 e ss.

¹⁶ Que “respeita ao 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 efetivamente abrangida por nenhuma delas” cf., ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional* cit., 45.

a introdução de um imposto sobre as transações financeiras¹⁷ ou a quebra da atual isenção em sede de IVA¹⁸.

¹⁷ Como o próprio nome indica, a base de incidência deste tributo assenta nas transações operadas no sistema financeiro (envolvendo, nomeadamente, ações, obrigações e derivados). É resultado, num primeiro momento, de uma sugestão de KEYNES, tendo por base a ideia que a economia real estava submetida a uma espécie de *economia de casino* especulativa, praticada nos mercados financeiros, aos quais seria de se impor entraves à entrada mediante a tributação, a incidir, preferencialmente, sobre os investidores a curto prazo. A ideia seria retomada por JAMES TOBIN, com a chamada *taxa Tobin*, visando “colocar areia nas engrenagens dos excessivamente eficientes mercados financeiros”. Pelo objetivo de tributar o sistema financeiro, aumentando a contribuição deste para os cofres dos Estados-Membros, principalmente no rescaldo de uma crise financeira, rapidamente surgiram autores a designar este imposto por *Robin Hood Tax*.

Na União Europeia, a proposta de Diretiva original, de 28 de setembro de 2011 (Proposta de Diretiva do Conselho sobre um sistema comum de imposto sobre as transações financeiras e que altera a Diretiva 2008/7/CE /* COM/2011/0594 final – 2011/0261 (CNS)), tem como principais características o uso de uma base de incidência alargada, cumulada com o princípio da territorialidade e com a previsão de taxas baixas a aplicar. Assim, estariam sujeitas ao imposto todas as instituições financeiras, com sede ou estabelecimento estável num Estado-Membro, que sejam parte numa transação que envolva instrumentos financeiros, não se limitando à negociação em mercado regulamentado, mas também em transferências intra-grupo fora do mercado ou em negociações *over-the-counter*. Excluídas do âmbito de aplicação da proposta de Diretiva de 2011 está a negociação em mercado primário, ainda que com exceções, para não obstar às operações de aumento de capital.

Já na proposta de Diretiva de 2013 (Proposta de Diretiva do Conselho sobre um sistema comum de imposto sobre as transações financeiras e que altera a Diretiva 2008/7/CE /* COM(2013)/71 final – 2013/0045 (CNS)) o imposto é de aplicação extraterritorial, em virtude da adesão ao princípio da emissão, contendo ainda cláusulas antiabuso específicas e gerais, introduzindo, também, um mecanismo de cooperação reforçada.

Sobre o tema, com uma perspetiva histórica e uma descrição das propostas de Diretiva, cf. THOMAS HEMMELGARN/GAËTAN NICODÈME/BOGDAN TASNADI/POL VERMOTE, *Financial Transaction Taxes in the European Union*, European Commission Taxation Papers, Working Paper n.º 62-2015, janeiro de 2016.

¹⁸ Concetualmente, o Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) deveria ser aplicado a qualquer montante ou serviço. Contudo, as operações e serviços financeiros, pela sua natureza e complexidade, implicam uma séria dificuldade na sua tributação em sede de IVA, que reside, grosso modo, na identificação da base tributável, *i.e.* no valor acrescentado da operação ou serviço. A atual isenção das operações financeiras é uma isenção incompleta, que determina que o Imposto sobre o Valor Acrescentado cobrado no exercício destas operações não seja dedutível, conceção que foi consagrada, em 1977, na Sexta Diretiva IVA (Diretiva 77/388/CEE, de 13.06.77, JO n.º L 145, de 13.06.77, retificada no JO n.º L 149, de 17.06.77), tendo por base o Relatório Hutchings, de 1971 (*Consultation Paper on modernising Value Added Tax obligations for financial services and insurances*, European Commission, disponível em http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/consultations/tax/modernising_VAT_en.pdf). Sobre o Imposto sobre o Valor Acrescentado nas operações financeiras ver, por todos, CLOTILDE CELORICO PALMA, *Enquadramento das Operações Financeiras em Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Cadernos IDEFF n.º

A dupla tributação internacional ocorre sempre que exista identidade do facto tributário¹⁹ e pluralidade de normas de sujeição relativas a diferentes ordenamentos jurídicos, fazendo com que em dois ou mais ordenamentos tributários sejam pagos, pela mesma entidade, mais que um imposto de igual natureza, relativamente ao mesmo período.

Para a sua eliminação, as medidas a tomar podem ser unilaterais ou bilaterais. As primeiras consistem em mecanismos internos de prevenção de dupla tributação, *v.g.* o Estado da residência confere isenções ao rendimento auferido no estrangeiro²⁰. Pelo lado das medidas bilaterais, destacam-se as convenções para eliminar a dupla tributação internacional²¹, tratados internacionais celebrados entre dois Estados, *v.g.* o Estado da fonte e o Estado da residência.

Estas convenções têm vindo a ser desenvolvidas desde meados do século passado, almejando-se reduzir o impacto da dupla tributação. Dessa progressiva evolução resultou, em 1977, no âmbito da OCDE (após trabalhos já desenvolvidos na Sociedade das Nações), um Modelo de convenção para eliminar a dupla tributação do rendimento e do capital, que tem sido alvo de sucessivas

13, Coimbra, 2011. Contudo, tem-se discutido a eventual distorção do mercado provocada pela isenção, propondo-se o seu fim *cf.* por todos, RITA DE LA FERIA, RICHARD KREVER, *Ending VAT exemptions: towards a post-modern VAT*, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper Series, WP 12/28, disponível em <http://eureka.sbs.ox.ac.uk/4387/1/WP1228.pdf>, e RITA DE LA FERIA, MICHAEL WALPOLE, *Options for Taxing Financial Supplies in Value Added Tax: EU VAT and Australian GST Models compared*, ICLQ vol 58, October 2009, pp. 897-932, disponível em http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_08/WP0818.pdf. Relativamente ao enquadramento das isenções no sistema IVA, *cf.* SÉRGIO VASQUES, *O Imposto Sobre o Valor Acrescentado*, Coimbra, 2015, 307 e ss..

¹⁹ Ou seja, identidade do objeto, identidade do sujeito, identidade do período tributário e identidade do imposto, que ocorrerá quando os impostos em causa tenham idêntica natureza substancial. *Cf.* AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos – Teoria Geral*, Coimbra, 2014, 231

²⁰ A isenção poderá ser integral ou progressiva (apenas para impostos progressivos), onde o rendimento isento englobará, para efeitos de apuramento da taxa aplicável, os rendimentos não isentos.

²¹ As convenções para eliminar a dupla tributação internacional são tratados internacionais, que podem ser definidas como um “acordo de vontades, em forma escrita, entre sujeitos de Direito Internacional, agindo nesta qualidade, de que resulta a produção de efeitos jurídicos”, *cf.* ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, 2001, 173. As convenções não são, contudo, fonte de Direito europeu, não se encontrando sujeitas à jurisdição do Tribunal de Justiça. *Cf.* JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu – o paradigma da proporcionalidade*, Coimbra, 2010, 198. Contudo, o Direito Internacional Fiscal afirma-se como Direito Internacional Público, pelo que às convenções de dupla tributação aplicar-se-ão as regras gerais quanto aos Tratados Solenes. *Cf.* GUSTAVO COURINHA, *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, Lisboa, 2015, 8 e ss.,

revisões²². Este Modelo tem inspirado a generalidade das convenções celebradas entre os Estados, nele se destacando dois grupos de normas: de reconhecimento e de limitação de competência para tributar.

A dupla tributação é absolutamente nefasta na perspectiva do investimento, prejudicando os resultados do investidor com a introdução de uma oneração excessiva. De todos os pontos de vista, pagar em dobro as obrigações fiscais é algo visceralmente indesejável para um investidor. Ou seja, como afirma Rita Calçada Pires, *a dupla tributação, existindo, pode distorcer fortemente a decisão do investidor uma vez que o prejudica e, de forma conseqüente, se prejudica o investidor, prejudicará a economia e as receitas fiscais, caso desse entrave resulte uma fuga do capital para outra jurisdição*.²³

Por seu turno, a dupla não-tributação é um fenómeno (porventura menos frequente) que ocorre quando, em face de uma situação transnacional, um determinado rendimento (ou parcela) não é sujeito a tributação em nenhum dos ordenamentos jurídicos em causa. Pode-se afirmar que enquanto a dupla tributação é um problema de soberania fiscal²⁴, a dupla não-tributação ocorre porque, aquando da tomada de opções legislativas em matéria tributária, se ignora, por vezes, o efeito das normas fiscais de outros ordenamentos. Assim, poderá ocorrer dupla não-tributação quando dois Estados optam por não tributar determinado rendimento, quer tal seja consciente ou tenha por base o pressuposto errado de que o outro Estado tributará.

O problema extravasa a óbvia desvantagem para os cofres dos Estados envolvidos, pelo possível aproveitamento voluntário dessas falhas e assimetrias na tributação, por parte dos sujeitos passivos, e pelas medidas a tomar contra tal comportamento, sobretudo no espírito europeu de liberdade de estabelecimento²⁵ e

²² As mais recentes em 2005, 2008, 2010 e 2014. As várias versões podem ser consultadas em <http://www.oecd.org/ctp/treaties/oecd-model-tax-convention-available-products.htm>.

²³ *Cit.* RITA CALÇADA PIRES, *Eliminar a dupla tributação é necessário para promover a internacionalização? Algumas reflexões*. In *Internacionalização e tributação*, XV Jornadas Fiscais, AA.VV., Lisboa, 2012, 71.

²⁴ Nomeadamente, soberania fiscal nos planos da soberania legislativa e da soberania quanto às receitas. A primeira trata da manifestação do poder tributário, a produção legislativa em matéria fiscal. Relativamente aos vários elementos da soberania fiscal, *cf.* por todos, SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, 2007, 76 e ss.

²⁵ Sendo que do Artigo 49.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia emerge liberdade primária e liberdade secundária, particularmente importante para as sociedades, uma vez que podem manter o seu núcleo de atividade no Estado de origem e desenvolver, mediante filiais, sucursais ou agências, essa atividade noutros Estados-membros. *Cf.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, 2005, 53-54. Sobre a questão da compatibilidade dos elementos fonte e residência com as liberdades fundamentais na jurisprudência do TJUE *cf.* por todos, ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra, 2010, 50 e ss..

de livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais²⁶⁻²⁷. Densifica-se, ainda, na medida em que o *aproveitamento voluntário* pode ser realizado dentro, fora ou contra os limites legais.

De facto, a elisão fiscal objetiva²⁸ e o planeamento fiscal abusivo/agressivo²⁹ são potenciadores de situações de dupla não-tributação. O problema tem vindo a ser tratado com especial acuidade junto da OCDE³⁰ e da Comissão Europeia³¹.

Uma das estruturas de dupla não-tributação que tem causado especial preocupação prende-se com o recurso a entidades e instrumentos financeiros híbridos como opções de financiamento. Em matéria fiscal, uma entidade será híbrida quando seja considerada, simultaneamente, transparente e opaca³², em

²⁶ São proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-membros e entre Estados-membros e países terceiros (cf. n.º 1 do artigo 63.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia). Contudo, tal não prejudica o direito de os Estados-membros *tomarem as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal* (cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia).

²⁷ Certa doutrina fala em liberdade de escolha fiscal como dimensão da liberdade enquanto direito fundamental, entendendo que a carga tributária resultará de escolhas voluntárias efetuadas pelo contribuinte, numa contraposição entre autonomia privada/liberdade pessoal: "O Direito deixa à pessoa-contribuinte um leque de opções, com a faculdade de escolher. Nomeadamente, de preencher ou não o tipo legal tributário" cf. LEITE DE CAMPOS, COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual e Direito Tributário*, Coimbra, 2008, 52 e ss..

²⁸ Que pode consistir em divisão de rendimento, com distribuição entre territórios fiscais distintos; acumular o rendimento em territórios cuja tributação é mais favorável; ou transferência de rendimento de país com tributação mais elevada para outro com tributação mais favorável.

²⁹ Sobre os conceitos de elisão fiscal internacional (*tax avoidance*) e evasão fiscal (*tax evasion*) cf. por todos, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 351 e ss..

³⁰ Cf. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, disponível em <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.

³¹ Recentemente, foi lançado o *Anti Tax Avoidance Package*, que contém uma proposta de Diretiva, Recomendações na implementação de medidas contra o abuso dos tratados em matéria tributária e reforço administrativo. O *package* pode ser consultado em http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/anti_tax_avoidance/index_en.htm.

³² A *opacidade* e a *transparência* de uma sociedade prendem-se, grosso modo, com o *target* final da tributação. Nas sociedades opacas, a matéria tributável é apurada e taxada ao nível da sociedade, enquanto na aplicação do regime de transparência (artigo 6.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas) o lucro, apurável ao nível societário, é imputado diretamente aos sócios.

diferentes sistemas jurídicos³³. Por seu turno, um instrumento financeiro³⁴ será híbrido quando reúna características de dívida e de capital³⁵.

IV. Em especial: o planeamento fiscal com recurso a instrumentos ou entidades híbridas

A estrutura típica de capital de uma sociedade é composta por capitais próprios e alheios, que são utilizados no financiamento das suas operações³⁶. Como consequência destas normais estruturas de financiamento, a maioria dos sistemas fiscais vinca, a título principal, uma diferenciação entre o tratamento conferido ao financiamento por capitais próprios e por dívida.

A dívida é geralmente tratada como um recurso que não pertence à sociedade. Por isso, o juro é tratado como algo que se paga como consequência da utilização de um recurso no exclusivo interesse da sociedade, sendo considerado uma *despesa* dedutível, ainda que o seja com limitações.

Por seu turno, a *equity* de uma sociedade faz parte dos seus recursos próprios, não se distinguindo dos demais fatores de produção. A consequência é o diferente tratamento que se concede ao dividendo, que não é dedutível, por ter subjacente a prévia obtenção de lucros.

Na fronteira, surgem instrumentos que têm características de capitais próprios e de capitais alheios, os quais, pelo possível comportamento dual, se têm designado como instrumentos híbridos de financiamento³⁷⁻³⁸, destacando-se as ações preferenciais sem voto, *tracking stocks*, obrigações convertíveis, com *warrant*, perpétuas, subordinadas ou participantes, *credit linked notes* ou valores mobiliários condicionados por eventos de crédito³⁹.

³³ Cf. OECD, *Hybrid Mismatches Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, 7-10.

³⁴ Sobre a designação de instrumento financeiro, entenda-se instrumento juscomercial heterogêneo suscetível de criação e/ou negociação no mercado de capitais, tendo por finalidade primordial o financiamento e/ou a cobertura do risco da atividade económica das empresas. Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, Coimbra, 2009, 7 e ss.

³⁵ Cf. OECD BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws), Public Discussion Draft (2014)

³⁶ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual cit.*, 35.

³⁷ Cf. ORLANDO VOGLER GUINÉ, *O financiamento das sociedades por meio de valores mobiliários híbridos*, em AAVV, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, 2011, 75-93.

³⁸ Sobre o problema dos híbridos financeiros na esfera das instituições bancárias, cf. TULLIO ROSEMBUJ, *Abusive Transactions on Financial Hybrids*, Intertax, Vol. 39, Issue 5, maio de 2011, 234 e ss..

³⁹ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual cit.*, 35.

Assumindo o instrumento como capital próprio, o rendimento associado será tratado como distribuição de dividendos, enquanto remuneração de capital. Esta distribuição tem, reforça-se, como ideia implícita a prévia obtenção de lucros, pelo que o tratamento fiscal é, em regra, mais desfavorável do que o tratamento fiscal do financiamento com recurso a dívida, sendo os dividendos, tipicamente, alvo de retenção na fonte (salvo estarem reunidos os pressupostos da *participation exemption*).

Por seu turno, o financiamento com recurso a dívida implica o pagamento de juros, em regra dedutíveis, como já referimos, como gastos no apuramento do lucro tributável (cf. no caso português, a alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas), com limitações quando a obtenção de fundos por parte de uma sociedade se destinar a financiar uma outra sociedade com ela relacionada (por exemplo, uma afiliada)⁴⁰.

O *mismatch* quanto aos instrumentos financeiros ocorre quando o comportamento dual desse híbrido explora as assimetrias dos ordenamentos jurídico-tributários em confronto, com a obtenção de uma vantagem fiscal. Tipicamente, o efeito associado é a dedução sem inclusão, que adiante se explicará mais detalhadamente.

Contudo, as manobras elisivas abrangem, ainda, mediante recurso a entidades híbridas, situações de dupla não tributação, de dupla dedução ou de criação de créditos de imposto por dupla tributação. Trata-se de lacunas não intencionais resultantes da conjugação de dois ou mais ordenamentos jurídicos, que conduzem frequentemente a planeamento fiscal, com estruturas de financiamento tipicamente montadas de forma a obter um dos efeitos atrás referidos.

A. Dupla dedução

Os casos de dupla dedução podem ser descritos de forma simplificada. Uma sociedade residente em **A** é detentora da totalidade do capital social de uma entidade híbrida. Esta, por sua vez, é detentora da totalidade do capital social de uma outra sociedade, residente em **B**. Existe uma relação de grupo em cadeia, em que a sociedade-avó detém 100% da entidade híbrida, que, por sua vez, é sociedade-mãe da terceira sociedade residente em **B**. A entidade híbrida contrata um mútuo com uma entidade externa ao grupo e utiliza esse capital para

⁴⁰ Relativamente à limitação da dedução de juros e à aplicação dos artigos 9 e 24(4) da Convenção Modelo da OCDE, cf. OTTO MARRS, *Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model*, em *European Taxation*, Vol. 56, no. 1, January 2016, 2 e ss.

financiar a sociedade subsidiária, num quadro em que inexistem outras despesas ou receitas significativas na esfera da entidade híbrida.

A entidade é híbrida por ser transparente no Estado **A** e opaca no Estado **B**. Assim, no Estado **A** as despesas da entidade híbrida serão imputadas diretamente à sua acionista (a sociedade-avó), enquanto no Estado **B** a entidade híbrida será tributada em Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades⁴¹, por o ordenamento jurídico-tributário do Estado **B** assim o permitir.

A obtenção da vantagem fiscal ocorre porque no Estado **A** as despesas serão dedutíveis, nos termos gerais, na matéria tributável da sociedade-avó, enquanto no Estado **B**, fruto da consolidação de resultados permitida pelo RETGS, as despesas da entidade híbrida serão utilizadas para compensar os lucros da subsidiária. Cria-se, assim, uma situação de dupla dedução.

B. A dedução/não inclusão⁴²

Nas operações em que se obtém uma vantagem dedução/não inclusão, a estrutura de financiamento é tipicamente montada utilizando um instrumento (híbrido) que é qualificado, no Estado 1, como de capital, enquanto o Estado 2, por sua vez, o qualifica como dívida. Assim, no Estado 1 o pagamento é tratado como distribuição de dividendos, enquanto no Estado 2 a saída de capital (se for na União Europeia, entenda-se pagamento de juros, de acordo com a Diretiva Juros e Royalties⁴³) é vista como custo fiscal. De acordo com o que já *supra* expusemos, as qualificações em causa vão representar a dedução dos custos fiscais do financiamento, no Estado 2. No Estado 1, para se obter a vantagem, os dividendos terão de estar isentos de tributação, pelo que o sistema jurídi-

⁴¹ Em Portugal, o RETGS está previsto nos artigos 69.º a 71.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Ao abrigo deste Regime, o lucro tributável do grupo é calculado pela sociedade dominante através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados em cada sociedade pertencente ao grupo. Sobre o regime, ver, por todos, CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Coimbra, 2013, 533 e ss.

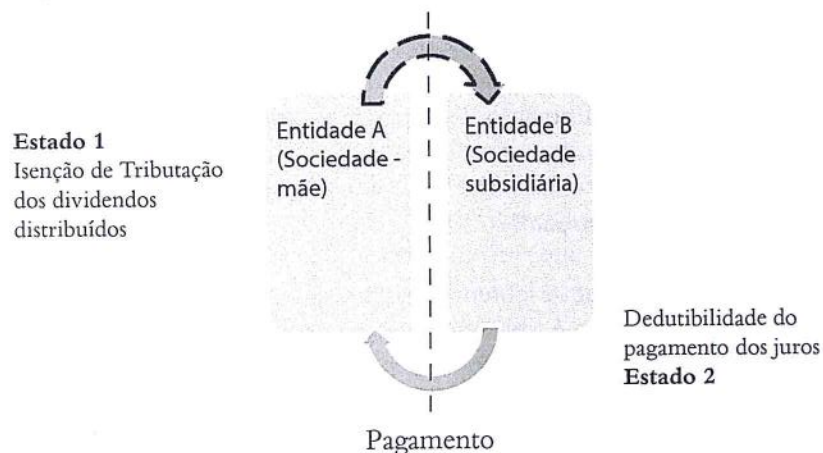
⁴² Cf. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, 19 e ss.. Sobre o tema, mais desenvolvidamente, cf., por todos, GERARD EVERAERT, *Dedução/não inclusão com hybrid mismatches: Game over?*, Tese de Mestrado inédita, apresentada em 31 de março de 2014 na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

⁴³ Diretiva n.º 2003/49/CE, cuja transposição se completou com a publicação da Lei n.º 55/2013, de 8 de agosto.

co-tributário terá que prever um regime de *participation exemption*⁴⁴, que será aplicável ao caso, ou, outrossim, estar-se perante uma relação entre sociedade mãe e afiliada, optando o Estado da sociedade-mãe pelo método de isenção⁴⁵.

Deste modo, a operação permite, em termos globais, a dedução à matéria coletável dos montantes pagos a título de juro, sem a correspondente *inclusão*, como se poderá observar na figura *infra*.

Hybrid loan



O pagamento assinalado está no *core* da assimetria híbrida, nele consistindo a verdadeira vantagem em termos fiscais, por causar uma elisão da matéria tributável da Entidade B (é uma transferência de capital que é entendida como custo fiscal do exercício, por ser qualificada como juro), sem mais consequências

⁴⁴ Sem que preveja, como acontece no nosso Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, a negação da isenção quando o rendimento corresponda a gastos dedutíveis, cf. alínea a) do n.º 10 do artigo 51.º

⁴⁵ Por exemplo, Portugal, de acordo com a transposição da Diretiva n.º 2011/96/EU (Diretiva Mães e Filhas), efetuada para o artigo 14.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Registe-se, contudo, a alteração, em 2014, da Diretiva (cf. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*, COM 814 final (2013)), constando, agora, que o Estado da sociedade-mãe deverá abster-se de tributar lucros na medida em que (estes) não sejam dedutíveis pela subsidiária, tributando-os na medida em que o sejam. Relativamente à escolha legislativa pela isenção em prejuízo da opção pelo crédito de imposto, no âmbito da Diretiva Mães e Filhas e obstando à vantagem fiscal da não inclusão/dedução, cf. ISABELLA DE GROOT, *Exemption Method in the EU Parent-Subsidiary Directive Amended in Respect of Hybrid Instruments: What about the Credit Method?*, EC Tax Review, 2015/3, 158 e ss..

fiscais, por a Entidade A receber essa quantia isenta de retenção na fonte (por a qualificar como distribuição de dividendos).

V. As soluções apontadas: a nova Diretiva Antielisão Fiscal

Têm sido abundantes os estudos, a nível internacional e europeu, sobre as soluções que devem merecer os problemas relacionados com o planeamento fiscal agressivo, em geral e, em particular, com o planeamento fiscal com recurso a *hybrid mismatches*. Tem-se assistido a uma mudança de paradigma, perseguindo-se cada vez mais as manobras elisivas e procurando-se uma maior justiça fiscal.

A crise e, em particular, os caminhos e medidas que têm sido traçados para a combater, trouxeram um estado de alerta que aumentou a perceção do público para o problema da menor carga tributária das multinacionais e para as consequências da elisão fiscal. Aumentou, no fundo, a sede de justiça em matéria fiscal, pressionando as políticas públicas à criação de estratégias de investimento capazes, mas sãs e atentas à igualdade na tributação.

A conclusão consensual a que se tem chegado é que é irrealista uma solução que passe pela harmonização do regime fiscal dos diversos ordenamentos jurídicos, bloqueando a possibilidade de aproveitamento das assimetrias de tributação que identificámos supra. Resta, então, ponderar qual o cenário regulatório mais aconselhável.

O mais conhecido e discutido dos estudos acerca do problema da erosão e da elisão da base tributável foi realizado pela OCDE, mediante a publicação de 15 ações destinadas a combater estes fenómenos, restringindo os efeitos nefastos que lhe estão associados⁴⁶. Quanto às assimetrias híbridas, destaque-se a ação 2: *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*⁴⁷.

As recomendações da OCDE dirigidas especificamente aos híbridos são fundamentalmente alterações à convenção modelo da OCDE e recomendações relativas à elaboração de normas nacionais, estando formuladas na forma de regras de ligação: uma regra principal (que nega a dedução) seguida de uma regra subsidiária a ser aplicável em circunstâncias em que a primeira regra não possa ser aplicada. Estas recomendações e normas terão de ser, necessariamente, coordenadas com as relativas à limitação de dedução de juros, as regras relativas às denominadas *controlled foreign companies* e, ainda, com as ações relativas à utilização abusiva das convenções e acordos de dupla tributação.

⁴⁶ Cf. <http://www.oecd.org/ctp/beps.htm>

⁴⁷ Cf. referências *supra*.

Surgem, assim, as propostas de alteração da Convenção modelo para não permitir benefícios indevidos, como a adição de um n.º 2 ao art. 1.º e a alteração do n.º 3 do artigo 4.º, com o objetivo de impedir que as entidades transparentes e as entidades com dupla residência beneficiem das disposições dos tratados; a recomendação da recusa de dedução a um pagamento que não seja incluído no cálculo dos rendimentos do beneficiário e a recomendação no sentido de impedir a isenção de pagamentos dedutíveis na esfera de quem os efetue. Através do BEPS, a OCDE estabeleceu critérios objetivos e horizontais de tributação internacional, globalmente aplicáveis. É uma empreitada que se deve aplaudir e que conduziu a um furacão de publicações académicas e de discussão científica.

Após a conclusão dos trabalhos da OCDE em matéria de definição de regras e normas mundiais para o efeito, surgiu uma iniciativa europeia cuja discussão tem estado na ordem do dia. De facto, apesar de a necessidade de regulamentação destas situações, que propiciam a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, sempre se ter feito sentir, foi a partir das conclusões do Conselho Europeu de 18 de dezembro de 2014⁴⁸ que se encetaram trabalhos no sentido de definir uma política comum em matéria de tributação societária, em que seja assegurada uma abordagem mais forte e coerente da União Europeia contra as práticas fiscais abusivas das empresas.

Foi nesta senda⁴⁹ que, a 28 de janeiro de 2016, a Comissão Europeia publicou um pacote antielisão fiscal, aprovado unanimemente em 21 de junho de 2016 e formalmente adotado em 12 de julho de 2016⁵⁰, e que contém propostas para prevenir o planeamento fiscal agressivo, aumentar a transparência fiscal e criar condições de igualdade para todas as empresas na União Europeia. Entre os vários elementos do pacote, e naquilo que para o nosso estudo releva, foi publicada uma Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno (abreviadamente: Diretiva Antielisão Fiscal)⁵¹.

Com o objetivo de combater práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, a Diretiva estabelece regras em cinco domínios específicos: (i) dedutibilidade dos juros, (ii) tributação à saída; (iii) regra geral antiabuso; (iv) regras relativas às *controlled foreign companies*; e (v) um quadro para enfrentar as assimetrias híbridas. As propostas iniciais tinham uma disposição relativa à *switch-over clause*, que foi eliminada nas versões finais.

A. Dedutibilidade de juros

Os grupos multinacionais, variadas vezes, financiam empresas do grupo estabelecidas em jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado através da dívida e asseguram que estas empresas reembolsam juros “inflacionados” às filiais com sede em jurisdições de baixa tributação. Assim, a base tributável do grupo diminui nas jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado, aumentando no Estado de baixa tributação onde são pagos os juros. De um modo geral, o resultado é uma dedução da base tributável para o grupo multinacional no seu conjunto⁵².

Imagine-se: a sociedade mãe, **A**, acionista dominante da sociedade filha, **B**, financia a sociedade filha através de dívida (por via da celebração de um contrato de mútuo). Se **B** estiver domiciliada numa jurisdição de elevada tributação de dívida, consegue diminuir a sua base tributável, na medida em que pode deduzir os juros pagos a **A**. Por outro lado, **A**, sediada numa jurisdição de baixa tributação, ao financiar **B** com recurso a dívida aumenta a sua base tributável. No entanto, no cômputo global do grupo (combinação de **A** e de **B**) terá sido reduzida a sua base tributável.

Para combater estas situações, na Diretiva são propostos limites ao montante de juros que o contribuinte pode deduzir durante um exercício fiscal. Assim se pretende desincentivar este tipo de práticas. A previsão da taxa de dedutibilidade vai ser fixada no topo da escala recomendada pela OCDE, entre os 10% e 30%, sem prejuízo de regimes mais rigorosos adotados por cada Estado Membro. Assim se dá um passo no sentido de eliminar o preconceito contra o financiamento através de capitais próprios, menos favorável a nível fiscal.

A Diretiva inclui a possibilidade de exclusão das empresas financeiras, i.e., instituições financeiras e empresas de seguros, do âmbito de previsão da norma. De facto, a constatação que as despesas financeiras suportadas por estas empresas

⁴⁸ Nestas conclusões pode ler-se que é “*urgentemente necessário progredir na luta contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, tanto a nível mundial como da União Europeia*”.

⁴⁹ E após ter elaborado recomendações quanto ao planeamento fiscal agressivo, cf. Comissão Europeia, *Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning*, C 8806 final (2012);

⁵⁰ Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1470095495897&uri=CELEX:32016L1164>. Com exceção da regra relativa à limitação da dedução de juros, os Estados Membros terão de implementar as disposições da Diretiva até 1 de janeiro de 2019.

⁵¹ Bruxelas, 28.1.2016 COM(2016) 26 final, disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-26-PT-F1-1.PDF>.

⁵² Cf. exposição de motivos da Proposta de Diretiva COM(2016) 26 final, 7.

ou as suas receitas fazem parte da sua atividade essencial, recomenda a introdução de um regime adaptado⁵³.

⁵³ A norma consta do artigo 4.º:

1. Os gastos excessivos com empréstimos obtidos são dedutíveis no período de tributação em que são incorridos apenas até 30 % dos resultados dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA).

Para efeitos do presente artigo, os Estados-Membros podem também equiparar a contribuinte:

- a) uma entidade autorizada ou obrigada a aplicar as regras em nome de um grupo, tal como definido nos termos do direito fiscal nacional;
- b) uma entidade de um grupo, tal como definido nos termos do direito fiscal nacional, que não efetue a consolidação dos resultados dos seus membros para efeitos fiscais.

Nestas circunstâncias, os gastos excessivos com empréstimos obtidos e o EBITDA podem ser calculados a nível do grupo e incluem os resultados de todos os seus membros.

2. O EBITDA é calculado reintegrando nos rendimentos sujeitos a imposto sobre as sociedades no Estado-Membro do contribuinte os montantes ajustados para efeitos fiscais relativos aos gastos excessivos com empréstimos obtidos, bem como os montantes ajustados para efeitos fiscais relativos a depreciações e amortizações. Os rendimentos isentos de imposto são excluídos do EBITDA do contribuinte.

3. Em derrogação do n.º 1, o contribuinte pode dispor do direito a:

- a) deduzir os gastos excessivos com empréstimos obtidos até 3 000 000 de euros;
- b) deduzir a totalidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos, se o contribuinte for uma entidade autónoma.

Para efeitos do n.º 1, segundo parágrafo, o montante de 3 000 000 de EUR é considerado para todo o grupo.

Para efeitos do primeiro parágrafo, alínea b), entende-se por entidade autónoma um contribuinte que não faz parte de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira e não tem qualquer empresa associada nem estabelecimento estável.

4. Os Estados-Membros podem excluir do âmbito de aplicação do n.º 1 os gastos excessivos com empréstimos obtidos incorridos sobre:

- a) empréstimos que tenham sido concluídos antes de 17 de junho de 2016, não podendo porém a exclusão ser extensiva a qualquer modificação subsequente de tais empréstimos;
- b) empréstimos utilizados para financiar um projeto de infraestruturas públicas de longo prazo quando o operador do projeto, os gastos com empréstimos obtidos, os ativos e os rendimentos estão todos eles situados na União.

Para efeitos do primeiro parágrafo, alínea b), entende-se por projeto de infraestruturas públicas de longo prazo um projeto destinado a disponibilizar, valorizar, operar e/ou manter um ativo de grande escala que é considerado de interesse público geral por um Estado-Membro.

Caso seja aplicável o primeiro parágrafo, alínea b), os rendimentos provenientes de um projeto de infraestruturas públicas de longo prazo são excluídos do EBITDA do contribuinte, e os gastos excessivos com empréstimos obtidos eventualmente excluídos não podem ser incluídos nos gastos excessivos com empréstimos obtidos do grupo relativamente aos terceiros a que se refere o n.º 5, alínea b).

5. Caso o contribuinte seja membro de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, o contribuinte pode dispor de um dos seguintes direitos:

Como resultado das objeções apresentadas pela Bélgica a esta regra, o pacote final permite um atraso na introdução, por parte dos Estados Membros, da limitação à dedução de juros, prevendo-se a introdução da regra até 1 de Janeiro de 2024 (ou antes se a OCDE implementar entretanto a Ação 4), desde que as regras existentes no Estado Membro relativas à dedução de juros sejam igualmente eficientes.

a) plena dedução dos seus gastos excessivos com empréstimos obtidos, se puder demonstrar que o rácio entre o seu capital próprio e o total dos seus ativos é igual ou superior ao rácio equivalente do grupo e está sujeito às seguintes condições:

- i) o rácio entre o capital próprio do contribuinte e o total dos seus ativos é considerado igual ao rácio equivalente do grupo se o rácio entre o capital próprio do contribuinte e o total dos seus ativos for inferior em 2 pontos percentuais, no máximo, e
- ii) todos os elementos do ativo e do passivo são avaliados utilizando o mesmo método que nas demonstrações financeiras consolidadas a que se refere o n.º 8;

ou

b) dedução dos gastos excessivos com empréstimos obtidos num montante acima daquele que teria direito a deduzir nos termos do n.º 1. Este limite mais elevado para a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos refere-se ao grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira do qual o contribuinte é membro e é calculado em duas etapas:

- i) em primeiro lugar, o rácio do grupo é determinado dividindo os gastos excessivos com empréstimos do grupo obtidos junto de terceiros pelo EBITDA do grupo, e
- ii) em segundo lugar, o rácio do grupo é multiplicado pelo EBITDA do contribuinte calculado nos termos do n.º 2.

6. O Estado-Membro do contribuinte pode prever regras para:

- a) reportar a exercícios posteriores, sem limite de tempo, os gastos excessivos com empréstimos obtidos que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso nos termos dos n.ºs 1 a 5; ou
- b) reportar a exercícios posteriores, sem limite de tempo, e a exercícios anteriores, até um máximo de três anos, os gastos excessivos com empréstimos obtidos que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso nos termos dos n.ºs 1 a 5; ou
- c) reportar a exercícios posteriores, sem limite de tempo, os gastos excessivos com empréstimos obtidos, e, até um máximo de cinco anos, a capacidade de dedução de juros não utilizada, que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso nos termos dos n.ºs 1 a 5.

7. Os Estados-Membros podem excluir as empresas financeiras do âmbito de aplicação dos n.ºs 1 a 6, mesmo que estas façam parte de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira.

8. Para efeitos do presente artigo, o grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira é constituído por todas as entidades que estão integralmente incluídas nas demonstrações financeiras consolidadas elaboradas de acordo com as Normas Internacionais de Relato Financeiro ou o sistema de relato financeiro nacional de um Estado-Membro. O contribuinte pode dispor do direito de utilizar demonstrações financeiras consolidadas preparadas ao abrigo de outras normas de contabilidade.

B. Tributação à saída

Outra forma de redução da fatura fiscal é a transferência de domicílio fiscal e/ou de ativos para uma jurisdição de baixa tributação. Naturalmente, sente-se no Estado de partida uma erosão da base tributável e uma transferência de lucros futuros, que serão taxados na jurisdição de baixa tributação de destino.

Na Diretiva prevê-se, assim, a tributação à saída⁵⁴, com particular atenção à sua compatibilidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e com as liberdades fundamentais. Procurou harmonizar as tributações à saída já existentes na União Europeia, destacando-se a possibilidade de os contribuintes fraccionarem o pagamento do *exit tax* em prestações até cinco anos, podendo, no entanto, ser cobrados juros ou, caso exista *risco demonstrável e real de não cobrança*, conceito que carecerá de séria interpretação, obrigar-se a prestar garantia para diferir o pagamento.

C. Cláusula de switch-over

Tendo em conta as dificuldades inerentes à concessão de dedução de crédito relativamente aos impostos pagos fora do território nacional, os Estados Membros tendem, cada vez mais, a isentar da tributação os rendimentos provenientes do estrangeiro. O efeito negativo não intencional desta abordagem é o potencial incentivo à entrada no mercado interno de rendimentos não tributados ou sujeitos a baixa tributação. As cláusulas de *switch-over* são comumente utilizadas contra essas práticas. O contribuinte é sujeito a tributação, em vez de estar isento, sendo-lhe concedido um crédito relativamente ao imposto pago no estrangeiro. Desta forma, as empresas são desencorajadas de transferir lucros de jurisdições de elevada tributação para territórios de baixa tributação, salvo se houver uma justificação económica para a transferência⁵⁵.

⁵⁴ A norma resulta do art. 5.º.

⁵⁵ A Proposta de Diretiva consagrava este regime (entretanto eliminado) no artigo 6.º (cláusula de *switch-over*):

1. Os Estados-Membros não devem isentar um contribuinte da tributação dos rendimentos gerados no estrangeiro recebidos pelo contribuinte sob a forma de distribuição de lucros de uma empresa situada num país terceiro, do produto da alienação de ações ou quotas detidas numa empresa situada num país terceiro ou de rendimentos provenientes de um estabelecimento estável situado num país terceiro, quando a empresa ou o estabelecimento estável estiver sujeito, no país de residência da empresa ou no país onde se situa o estabelecimento estável, a um imposto sobre os lucros a uma taxa legal do imposto sobre as sociedades inferior a 40 % da taxa legal de imposto que seria aplicada ao abrigo do regime do imposto sobre as sociedades

A maioria dos estados membros prevê isenções fiscais para ganhos resultantes de dividendos e mais-valias resultantes da venda de participações qualificadas. No entanto, aquando da discussão da Proposta de Diretiva, alguns estados expressaram a sua preocupação relativamente àquelas empresas sediadas no estrangeiro e em países com regimes de tributação mais favoráveis. Nesses casos, a Comissão Europeia propôs que os Estados Membros adotassem uma norma segundo a qual os dividendos e mais-valias resultantes de sociedades sujeitas a regimes de tributação mais favoráveis não beneficiam das referidas isenções. Pelo contrário, previa-se que fossem taxados, mas que fosse concedido um crédito tributário pelo imposto efetivamente pago no país estrangeiro.

Uma entidade está abaixo do limiar de baixa tributação quando a empresa ou o estabelecimento estável estiver sujeito, no país de residência da empresa ou no país onde se situa o estabelecimento estável, a um imposto sobre os lucros a uma taxa legal do imposto sobre as sociedades inferior a 40% da taxa legal de imposto que seria aplicada ao abrigo do regime do imposto sobre as sociedades aplicável no Estado Membro do contribuinte.

Contudo, na última discussão da proposta de Diretiva, a *switch-over clause*, que era novidade da Diretiva *Anti Tax-Avoidance*, foi retirada.

D. Regra geral antiabuso

A Proposta de Diretiva contempla, adicionalmente, uma cláusula geral antiabuso que visa, na essência, colmatar as lacunas existentes nas regras antiabuso específicas. A complexidade dos regimes de planeamento fiscal faz com que a legislação fiscal não consiga evoluir com rapidez suficiente para incluir

aplicável no Estado-Membro do contribuinte. Nestas circunstâncias, o contribuinte deve ser tributado pelos rendimentos gerados no estrangeiro, podendo deduzir o imposto pago no país terceiro da sua carga fiscal no seu Estado de residência para efeitos fiscais. A dedução não deve exceder o montante do imposto, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que podem ser tributados.

2. O disposto no n.º 1 não se aplica aos seguintes tipos de perdas:

- (a) Perdas suportadas pelo estabelecimento estável de um contribuinte residente situado num país terceiro;
- (b) Perdas decorrentes da alienação de ações ou quotas numa empresa que seja residente para efeitos fiscais num país terceiro.

todos os meios de defesa necessários para combater tais regimes. Daí a importância da cláusula geral antiabuso⁵⁶.

Ao nível da OCDE, destaque-se a ação 6, que propõe a introdução de uma cláusula geral antiabuso a ser incluída em convenções de dupla tributação. Baseia-se no *Principal Purpose Test*, incluindo dois elementos principais, presentes na atual cláusula geral antiabuso do sistema português (cf. artigo 38.º, 2, da Lei Geral Tributária): a vantagem fiscal ser atribuída segundo o objeto e finalidade das disposições relevantes e a obtenção da vantagem ser uma das finalidades principais de um esquema ou transação. Há, contudo, a presunção que a vantagem fiscal não é contrária ao objeto e fim da Convenção⁵⁷.

E. Regras relativas às sociedades estrangeiras controladas

Toma-se a sociedade **A**, sociedade mãe e controladora da sua filial, **B**, sediada num Estado de baixa tributação. Se o contribuinte **A** transferir para a sua filial grandes quantidades de lucros (sujeitos a elevada tributação) consegue reduzir a carga fiscal global do grupo. Normalmente os rendimentos transferidos são rendimentos passivos móveis. Por exemplo, numa primeira fase, podem ser transferidos de **A** para **B** a propriedade de ativos incorpóreos, *v.g.*, propriedade intelectual. Numa segunda fase, transfere-se grandes quantidades de rendimentos (de **A** para **B**), sob a forma de pagamentos de *royalties*, como contrapartida do direito de utilizar os ativos detidos e geridos pela sociedade estrangeira controlada (**B**).

Ora, as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas reatribuem os rendimentos de uma filial estrangeira controlada sujeita a um baixo nível de tributação à empresa-mãe. **A** passa, então, a estar sujeita ao imposto sobre o rendimento do seu estado de tributação, normalmente de nível mais elevado.

⁵⁶ Artigo 6.º (Regra geral antiabuso):

1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

2. Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

3. Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional.

⁵⁷ Cf. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal – Lições cit.*, 294-295.

Assim, eliminam-se os incentivos à transferência de rendimentos de modo a que estes sejam tributados a uma taxa reduzida noutra jurisdição.

A Directiva exige que o Estado-Membro trate como uma sociedade estrangeira controlada uma entidade, ou um estabelecimento estável cujos lucros não estejam sujeitos a imposto ou estejam isentos de imposto nesse Estado-Membro, que reúna as seguintes condições:

- a) no caso de uma entidade, o contribuinte, por si só ou juntamente com as suas empresas associadas, detenha uma participação direta ou indireta de mais de 50 % dos direitos de voto, ou detém, de forma direta ou indireta, mais de 50 % do capital, ou tem direito a receber mais de 50 % dos lucros dessa entidade; e
- b) o imposto sobre o rendimento efetivamente pago sobre os seus lucros pela entidade (ou pelo estabelecimento estável) seja inferior à diferença entre o imposto que teria sido cobrado à entidade (ou ao estabelecimento estável) ao abrigo do sistema de tributação aplicável no Estado-Membro do contribuinte e o imposto efetivamente pago sobre os seus lucros pela entidade (ou pelo estabelecimento estável).

No artigo 7.º da Directiva destaca-se, ainda, a formulação de exceções à aplicação do regime no caso de se estar perante uma sociedade estrangeira controlada que exerça uma *actividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes*. Contudo, também se verifica a extensão da tributação perante manobras elisivas, mediante a inclusão na base tributável dos rendimentos não distribuídos da entidade (ou do estabelecimento estável) resultantes de *montagens não genuínas postas em prática com a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal*. É uma formulação próxima da cláusula geral anti abuso cuja interpretação terá de ser efetuada atendendo à clarificação efetuada no próprio artigo: *considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que nem a entidade nem o estabelecimento estável seriam detentores dos ativos que geram a totalidade ou parte dos seus rendimentos, nem teriam assumido os riscos a eles associados se não fossem controlados por uma sociedade na qual são exercidas as funções dos dirigentes, que são relevantes para esses ativos e riscos, e que são essenciais para gerar os rendimentos da sociedade controlada*.

F. Quadro para enfrentar assimetrias híbridas

A proposta de Directiva previa, para o combate das assimetrias híbridas, que a qualificação jurídica concedida a um instrumento híbrido ou a uma entidade híbrida pelo Estado Membro onde tenham origem os pagamentos, as despesas

ou as perdas, consoante o caso, devia ser seguida pelo outro Estado Membro envolvido na assimetria⁵⁸.

No fundo, tratava-se de uma norma relativa a conflitos de qualificação, numa formulação que, cremos, era bastante infeliz. De facto, muito embora o problema das assimetrias híbridas seja, no fundo e na maioria dos casos, um problema de qualificação, a subjugação da qualificação efetuada por um ordenamento jurídico a um outro, perigando a sua soberania fiscal, adivinhava-se difícil, imaginando-se que a aplicação desta norma poderia estremecer os sistemas internos, nomeadamente quanto ao respeito pela igualdade fiscal.

A redação final apresenta-se limpa destas observações, sendo constituída por simples comandos, que provocarão mudanças no seio da legislação fiscal portuguesa:

1. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dupla dedução, a dedução é concedida apenas no Estado-Membro em que esse pagamento tem origem.

2. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dedução sem inclusão, o Estado-Membro do pagador recusa a dedução desse pagamento.

Qualquer uma das medidas apresentadas pela nova Diretiva Antielisão Fiscal é recente e inovadora. O seu real impacto no combate à fraude e à evasão fiscal ainda estão por determinar. Porém, uma conclusão é certa: o bom caminho está traçado. Sob a capa da inovação financeira não se concederá a elisão fiscal.

⁵⁸ O regime proposto no artigo 10.º (assimetrias híbridas) da Proposta era o seguinte:

Quando em dois Estados-Membros é consagrada uma qualificação jurídica diferente para o mesmo contribuinte (entidade híbrida), incluindo os seus estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros, e que tal conduz a uma situação em que a dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas ocorre tanto no Estado-Membro onde é feito o pagamento, são suportadas as despesas ou sofridas as perdas como noutra Estado-Membro ou a uma situação em que é deduzido um pagamento no Estado-Membro onde o pagamento é feito, sem a correspondente inclusão do mesmo pagamento no outro Estado-Membro, a qualificação jurídica da entidade híbrida consagrada no Estado-Membro onde o pagamento é feito, as despesas são suportadas ou as perdas sofridas deve ser seguida pelo outro Estado-Membro.

Quando em dois Estados-Membros é consagrada uma qualificação jurídica diferente para o mesmo pagamento (instrumento híbrido), e que tal conduz a uma situação em que é admitida uma dedução no Estado-Membro onde o pagamento é feito sem a correspondente declaração do mesmo pagamento no outro Estado-Membro, a qualificação jurídica consagrada para o instrumento híbrido pelo Estado-Membro onde o pagamento é feito deve ser seguida pelo outro Estado-Membro.