INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

ISCAL

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA

COMBATE ÀS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

Maria Eduarda da Silva Marques

Lisboa, janeiro de 2020

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

COMBATE ÀS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

Maria Eduarda da Silva Marques

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica da Professora Doutora Clotilde Celorico Palma.

Constituição do Júri:
Presidente – Prof. Doutor Francisco Domingos
Arguente – Mestre Especialista Amândio Silva
Vogal – Prof.ª Doutora Clotilde Celorico Palma

Lisboa, janeiro de 2020

Declaro ser a autora desta dissertação, nunca antes submetida (parcial ou totalmente) a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação.

Este trabalho foi redigido tendo em conta os critérios formais e metodológicos descritos no Manual para a Elaboração de Dissertações do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL).

Por fim, declaro ter consciência de que o plágio constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da dissertação, pelo que todas as citações (breves e longas) foram devidamente identificadas.

Agradecimentos

À professora doutora Clotilde Celorico Palma pela sua orientação, disponibilidade e pelo saber que me transmitiu. Pelas críticas e colaboração no solucionar de dúvidas e problemas que foram surgindo ao longo da realização da dissertação.

À Ordem dos Contabilistas Certificados, pela disponibilidade e cooperação nos pedidos efetuados. As informações fornecidas foram imprescindíveis para o desenvolvimento da temática em causa.

À minha família pelo apoio incondicional, pela forma como me incutiram os valores corretos, por sempre terem apostado na minha formação e por nunca me deixarem desistir.

Aos meus amigos e colegas de trabalho que, de forma direta ou indireta, me fizeram acreditar que era possível. Agradeço a paciência, atenção e incentivo que me prestaram em momentos mais difíceis.

Resumo

Assimetrias híbridas resultam da diferente qualificação jurídica atribuída por pelo menos dois ordenamentos jurídicos, a fim de obter uma dupla dedução ou uma dedução sem inclusão do rendimento.

Apesar de cada Estado poder definir quais fatos originam uma obrigação tributária e quais os seus critérios de sujeição, é fundamental a existência de uma harmonização mínima entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Só a prática de estratégias comuns permite assegurar um mercado interno equilibrado.

Nesse sentido, tem sido crescente a preocupação de combater tais distorções económicas e concorrenciais, as quais colocam em crise a equidade, transparência e a receita fiscal do país.

Recentemente reforçou-se o combate às práticas de elisão fiscal, com a Lei n.º 32/2019, através da aproximação dos países terceiros, pelo que num futuro próximo se prevê o fim desta problemática.

Palavras-chave: Assimetrias Híbridas, Harmonização, Ordenamento Jurídico, Equidade, Transparência

Abstract

Hybrid asymmetries result from different legal qualifications attributed by at least two legal systems in order to obtain a double deduction or a deduction without the inclusion of income.

Although each State is able to define which facts give rise to a tax obligation and what its criteria of subjection, it is fundamental the existence of a minimum harmonization between the different legal systems. Only the practice of common strategies can ensure a balanced internal market.

In this sense, there has been a growing concern to combat such economic and competitive distortions, which put the equity, transparency and fiscal revenue of the country in crisis.

Recently the fight against tax evasion practices was strengthened, with Law no. 32/2019, by means of the approximation of the third countries, reason why in the near future this problem is predicted to end.

Keywords: Hybrid Asymmetries, Harmonization, Legal Organization, Equity, Transparency

Índice

1. Introdução 1

1.1. Estruturação da dissertação 2

2. Assimetrias híbridas 3

2.1. Noção 3

2.2. Tipologia existente 4

2.2.1. Entidades híbridas 4

2.2.2. Estabelecimentos estáveis híbridos 7

2.2.3. Em matéria de dupla residência 9

2.2.4. Transferências hibridas 10

2.2.5. Assimetrias importadas 11

3. Consequências na esfera do contribuinte 14

4. Consequências no mercado interno 16

5. O início - Projeto BEPS 18

5.1. As ações do plano BEPS 20

5.2. Ação nº 2 - Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos 21

5.3. Os princípios subjacentes no plano BEPS 22

5.3.1. Substância sobre a forma 22

5.3.2. Coerência 23

5.3.3. Transparência 23

6. Do plano BEPS à Diretiva antielisão fiscal 24

6.1. Diretiva (UE) 2016/1164 24

6.2. Diretiva (UE) 2017/952, de 29 de maio 29

7. O futuro - Próximas evoluções 33

7.1. Proposta de Lei nº 177/XIII/4.ª (GOV), de 24 de janeiro de 2019 34

7.2. Lei n.º 32/2019, de 3 de maio 36

8. Alguns casos históricos 40

8.1. Luxembourg Leaks 40

8.2. Bahamas Leaks 42

9. Alguns esclarecimentos da OCC 45

10. Conclusões 48

Índice de figuras

Figura 2.1 – Entidades híbridas**:** Assimetria conducente a uma dupla dedução.

Figura 2.2 – Entidades híbridas**:** Assimetria conducente a uma dedução sem inclusão.

Figura 2.3 – Assimetria resultante de um pagamento efetuado por um estabelecimento estável híbrido

Figura 2.4 – Assimetria importada conducente a uma dedução sem inclusão.

Figura 2.5 – Assimetria importada conducente a uma dupla dedução.

Figura 8.1 - Caso Luxembourg Leaks: Situações de incompatibilidade na qualificação jurídica

Figura 8.2 - Caso Bahamas Leaks: Esquema associado ao aproveitamento de *offshores*

Acrónimos e Abreviaturas

BEPS – *Base erosion and profit shifting*

CE – Comissão Europeia

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CPPT - Código do Procedimento e Processo Tributário

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

ECOFIN - Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros

ICIJ - Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação

LGT – Lei Geral Tributária

OCC – Ordem dos Contabilistas Certificados

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

RETGS – Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

1. Introdução

Nos dias de hoje, planear é um direito e uma obrigação fulcral em cada negócio. Todo o contribuinte tem o direito de minimizar os seus encargos e delinear os melhores procedimentos para maximização dos lucros. Essa é, na opinião da maioria dos autores, a maior responsabilidade dos gestores das empresas.

Torna-se por isso fundamental estabelecer limites ao planeamento. O desejado seria então que os contribuintes se limitassem a utilizar mecanismos previstos na lei, não excedendo o planeamento fiscal legítimo (*intra legem*). No entanto, alguns contribuintes desejam tanto minimizar os seus encargos que optam por transferir os lucros para ordenamentos jurídicos com tributação claramente mais favorável, independentemente do local onde estes foram gerados, ultrapassando assim o limite do planeamento fiscal para o abusivo (*contra legem*). Note-se por isso que esta forma de planeamento é contraditória ao princípio da responsabilidade das empresas.

Posto isto, é de fácil compreensão o papel harmonizador do Direito da União Europeia no que toca à fiscalidade direta. Apesar de o mercado comunitário defender as liberdades fundamentais e a prática de políticas comuns, cada Estado-Membro é soberano e por isso tem o poder de definir quais fatos originam determinada obrigação tributária e quais os seus critérios de sujeição, o que inevitavelmente provoca consequências na harmonização fiscal da comunidade.

Ainda que para colmatar essa falta de harmonização tenha sido elaborada a Convenção Modelo e restantes convenções bilaterais celebradas entre vários Estados-Membros, permanecem ainda na lei lacunas que facilitam a transferência dos lucros para ordenamentos jurídicos considerados opacos, promovendo dessa forma o desenvolvimento de assimetrias e distorções.

Face o crescimento acentuado de esquemas de planeamento fiscal abusivo, a OCDE tem demonstrado uma preocupação constante no combate de tais distorções económicas e concorrenciais, abrangendo cada vez mais regras neutralizadoras nas suas recomendações.

1.1. Estruturação da dissertação

Inicialmente será elaborada uma revisão de literatura, a qual contemplará algumas visões e ideologias de diversos autores, face ao objeto de estudo em causa.

Em seguida será abordada a origem das assimetrias híbridas e a tipologia existente.

Logo após, serão analisadas as consequências que esta problemática tem vindo a gerar no mercado interno, tanto a nível nacional como internacional, assim como o impacto que provoca na esfera do contribuinte.

Por motivos lógicos, no ponto seis e sete será realizada uma análise evolucional da legislação em vigor, com base em dados e/ou informações já divulgadas em diversas fontes. Uma vez que a mais recente legislação só entrará em vigor em 2020, não será possível analisar resultados obtidos, no entanto iremos efetuar uma previsão da sua eficácia.

No ponto oito serão relatados alguns casos históricos relacionados com o aproveitamento de assimetrias, com posterior exposição da visão do departamento de consultadoria da OCC, no ponto nove.

Por último, dar-se-á por concluído este estudo com o resumo evolucional do impacto desta problemática no mercado interno e, perspetivado um futuro próximo.

2. Assimetrias híbridas

2.1. Noção

Na aceção do artigo 2º nº 9 da Diretiva Anti Elisão, assimetrias híbridas resultam da diferença na qualificação jurídica de um instrumento financeiro ou de uma entidade, proveniente de uma relação entre um contribuinte residente num Estado-Membro e uma empresa associada residente noutro Estado-Membro.

De forma breve, as assimetrias provêm do aproveitamento de lacunas e/ou inconsistências presentes no sistema fiscal (muitas vezes por falta de convenções bilaterais), a fim de obter uma dupla não tributação ou o diferimento temporal do imposto.

Diz-se híbrida quando, conforme explicação de Guiné (2011:76) «não é bem uma primeira nem uma segunda coisa, é antes uma terceira coisa que eventualmente até poderá acabar por estar entre a primeira e a segunda, participando de algumas características próprias de cada uma delas».

Em termos de presença, o mercado internacional tem sido acentuadamente marcado pelo aparecimento de híbridos, sob forma de assimetrias ou disparidades, que confrontam diretamente a intenção legislativa das normas tributárias e, consequentemente, do sistema fiscal internacional.

Tal como citado na obra de Meneses (2016:429),

> [E]m 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 e concorrência fiscal desleal.

2.2. Tipologia existente

Conforme abordado ao longo da presente dissertação, existem diversas situações em que as diferenças no tratamento fiscal de dois ou mais ordenamentos jurídicos promovem a criação de assimetrias, conduzindo ao desequilíbrio do mercado interno, entre elas as resultantes da diferença na qualificação jurídica, em matéria de estabelecimentos estáveis híbridos, em matéria de dupla residência, transferências hibridas e ainda, as assimetrias importadas.

2.2.1. Entidades híbridas

Em termos gerais, o conceito "entidade" refere qualquer tipo de organização onde é exercida pelo menos uma atividade económica, seja ela agrícola, comercial ou industrial.

São consideradas híbridas as entidades que resultem de diferente qualificação, entre pelo menos dois ordenamentos jurídicos, onde um é considerado transparente e outro opaco.

Diz-se transparente quando a entidade não é tributada na sua esfera pelos lucros, mas imputa proporcionalmente os mesmo na esfera dos sócios, consoante a sua participação no capital social. Contrariamente, é considerada opaca a entidade que é tributada na sua esfera pelos lucros gerados.

- **Entidades híbridas clássicas**

  É designada entidade híbrida clássica aquela que é tratada como opaca no seu Estado de residência e, simultaneamente, transparente no Estado de residência dos sócios.

- **Entidades híbridas inversas**

  Contrariamente ao referido acima, é designada entidade híbrida inversa aquela que é tratada como transparente no seu Estado de residência e, simultaneamente, opaca no Estado de residência dos sócios.

Este tipo de assimetria é mais frequente em países onde a tributação é mais elevada e, como tal, as empresas procuram transferir os seus lucros para países de tributação claramente mais favorável, obtendo assim benefício económico. Para isso recorrem a *holdings* ou *letterbox*.

Ao nível de resultados alcançados pelo usufruto de entidades híbridas, pode-se obter uma dupla dedução ou uma dedução sem inclusão.

No primeiro plano, o mesmo pagamento é dedutível na matéria coletável de ambos os Estados, sempre que a entidade seja qualificada como transparente em ambos os ordenamentos jurídicos (Artigo 2º nº 9 alínea a) da Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho).

Por outro lado, pode ocorrer dedução sem inclusão caso a entidade seja qualificada como opaca no ordenamento jurídico de origem e transparente no ordenamento jurídico dos seus sócios, conduzindo assim a uma dedução na esfera dos sócios (pela sua participação), sem a inclusão na matéria coletável da sociedade (Artigo 2º nº 9 alínea b) da Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho).

Inspirada na proposta de diretiva do Conselho (2016/0339), passaremos a ilustrar duas situações que envolvem entidades híbridas:

Exemplo I: Sociedade B considerada opaca no seu ordenamento jurídico (Estado II) mas considerada transparente no ordenamento jurídico da subsidiária (Estado I).

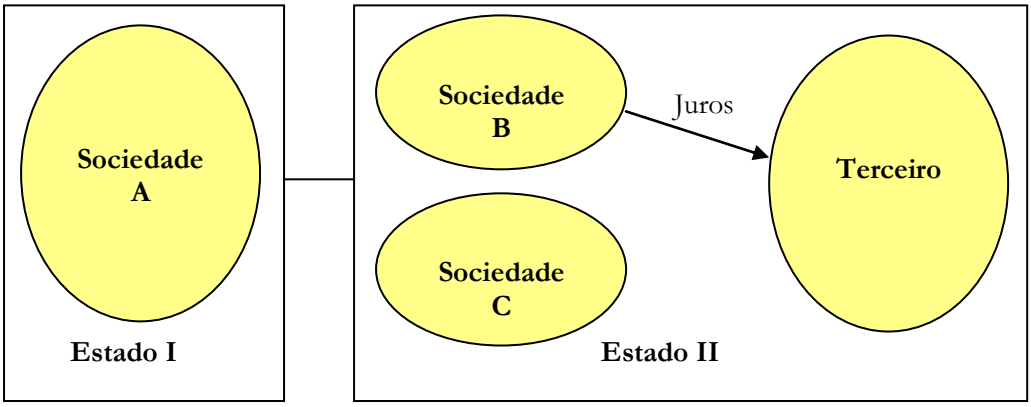

Figura 2.1 – Entidades híbridas: Assimetria conducente a uma dupla dedução.

Imaginado a situação acima referida e, assumindo que a sociedade A e a sociedade B são empresas associadas, os juros pagos pela sociedade B a um terceiro são dedutíveis em ambas as sociedades (sociedade A e sociedade B).

Como se resolveria esta situação?

Caso a Estado I fosse um Estado-Membro e o Estado II um país terceiro, deveria o Estado I recusar a dedução dos juros (sociedade A). Todavia, se o Estado I fosse um país terceiro, deveria o Estado II um Estado-Membro, deveria o Estado II recusar a dedução (sociedade B).

Ou seja, sempre que haja conflito entre um Estado-Membro e um país terceiro, o Estado-Membro deverá sempre recusar a dedução dos juros, exceto se o país terceiro tiver demonstrado iniciativa de tal.

Sendo conflito entre dois Estados-Membros, a dedução deverá ser efetuada somente no Estado-Membro originário do pagamento.

Exemplo II: Sociedade B é considerada transparente no seu ordenamento (Estado II) mas considerada opaca no ordenamento jurídico da subsidiária (Estado I).

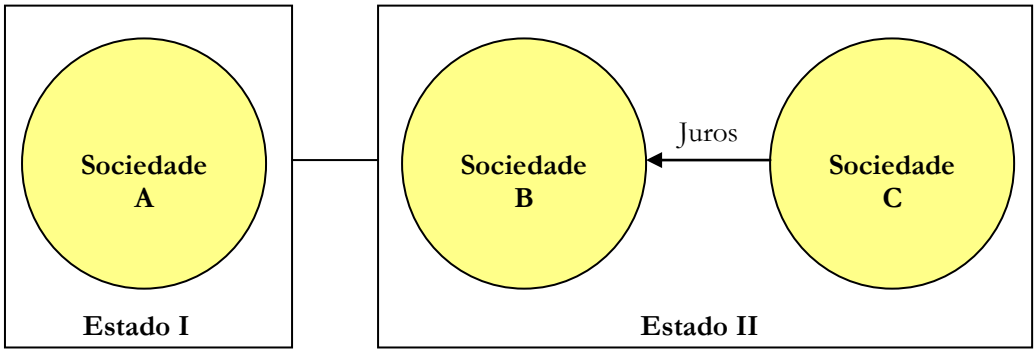

Figura 2.2 – Entidades híbridas: Assimetria conducente a uma dedução sem inclusão.

Imaginemos agora que a Sociedade B recebe juros da Sociedade C e que ambos são Estados-Membro da UE.

Como se resolveria esta situação?

A Sociedade B deverá recusar a dedução dos juros, uma vez que se continua a aplicar a regra de dedutibilidade ao país originário do pagamento. No entanto, caso a Sociedade C fosse um país terceiro, dever-se-á obrigar a inclusão dos juros como rendimento da Sociedade A (enquanto Estado-Membro).

2.2.2. Estabelecimentos estáveis híbridos

Segundo o artigo 5º da Convenção Modelo (CMOCDE) considera-se estabelecimento estável qualquer instalação fixa onde é exercida atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, designadamente locais de direção, sucursais, escritórios, fábricas, entre outros.

De forma breve, a existência de um estabelecimento estável implica a acumulação dos seguintes pressupostos:

- Existência de uma instalação onde é exercida toda ou parte da atividade;
- Localização noutro Estado contratante; e
- Grau de permanência.

Muitas vezes as empresas decidem adquirir estabelecimentos em ordenamentos jurídicos com tributação claramente mais favorável, a fim de beneficiar de certas isenções ou do diferimento temporal do imposto.

Conforme explicado na dissertação de Barros (2010:3):

> A prática comercial demonstra que são imensas as empresas que obtêm rendimentos num Estado embora a sua sede esteja localizada noutro Estado. Para conseguir tributar estes rendimentos o legislador fiscal teve de definir um critério específico, que considerasse a organização empresarial, para além da sede e da direcção efectiva, tendo para isso fixado o critério do estabelecimento estável.

Isto é, para escapar o máximo possível ao imposto, algumas empresas criam uma *lettebox* numa jurisdição mais favorável e tornam esta a sua sede, o que lhes permite reduzir a sua fatura fiscal quando comparada a fatura que pagariam se os lucros fossem tributados no país originário.

Torna-se por isso imprescindível restringir os critérios fundamentais à definição de estabelecimento estável, pois uma simples "caixa do correio" não poderá representar toda a atividade exercida nos restantes estabelecimentos.

Posto isto, um estabelecimento estável diz-se híbrido quando num ordenamento jurídico se considera que a atividade é exercida por intermédio de um estabelecimento estável, ao contrário do segundo ordenamento jurídico, que não considera a intermediação do estabelecimento estável no exercício da atividade, gerando assim assimetria em matéria de estabelecimento estável.

Ao nível de resultados alcançados com estabelecimentos estáveis híbridos, pode-se obter uma dupla dedução, uma dedução sem inclusão ou uma não tributação sem inclusão.

No primeiro plano, o mesmo pagamento é dedutível na matéria coletável do Estado de residência do contribuinte e, simultaneamente, na matéria coletável do estabelecimento estável (Artigo 2º nº 9 alínea a) da Diretiva (UE) 1164/2016, de 12 de julho).

Por sua vez, ocorre dedução sem inclusão quando o estabelecimento estável deduz na sua matéria coletável um pagamento que tenha efetuado à sua sede ou direção efetiva, sem que o contribuinte o tivesse incluído na sua esfera, porque lá não se reconhece o estabelecimento como estável (Artigo 2º nº 9 alínea b) da Diretiva (UE) 1164/2016, de 12 de julho).

Por último, pode ocorrer não tributação sem inclusão se o contribuinte exercer atividade económica em outro ordenamento jurídico que não reconhece a intermediação do estabelecimento estável. Nesse caso os lucros gerados não são tributados no local de origem e são isentos no Estado de residência (Artigo 2º nº 9 alínea c) da Diretiva (UE) 1164/2016, de 12 de julho).

Ilustradamente, por inspiração na proposta de diretiva do Conselho (2016/0339):

Exemplo: A sociedade B é considerada um estabelecimento estável na jurisdição do contribuinte (Estado I) mas não é considerada um estabelecimento estável na sua jurisdição (Estado II) – Assimetria híbrida invertida

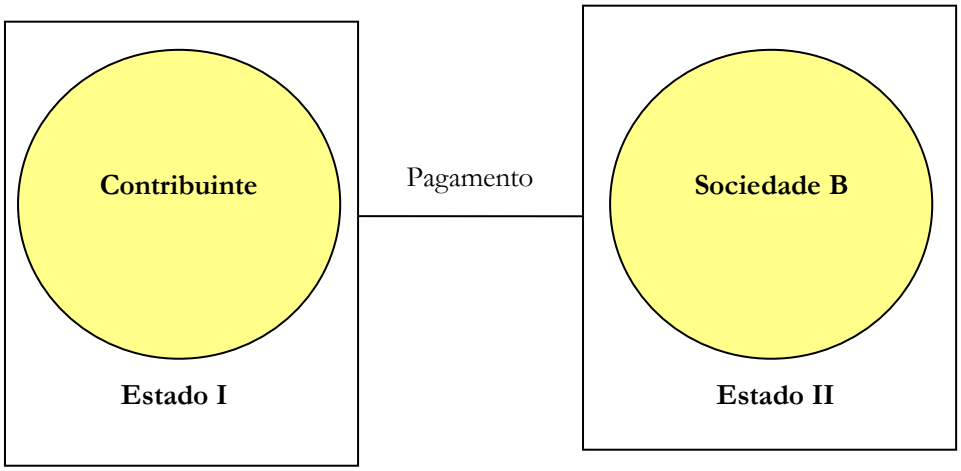

Figura 2.3 – Assimetria resultante de pagamento efetuado por estabelecimento estável híbrido

Neste caso não há lugar a tributação no Estado II e os lucros imputados ao contribuinte (Estado I) estão isentos.

No entanto, caso o contribuinte tivesse residência num Estado-Membro da UE, esse Estado deve tributar e não isentar os lucros gerados pela Sociedade B, independentemente do estabelecimento estável ser Estado-Membro ou país terceiro.

2.2.3. Em matéria de dupla residência

A residência fiscal de uma pessoa singular ou coletiva consiste na sua morada fiscal ou, no caso das pessoas coletivas, na sua sede ou direção efetiva.

No caso de um contribuinte singular, o código do IRS estabelece um tempo de permanência mínimo de 183 dias, seguidos ou interpolados, e a existência de habitação que pressuponha a sua residência habitual (Artigo 16º nº 1 alínea a) e b) do Código IRS).

Sendo o contribuinte uma pessoa coletiva, pode acontecer a sociedade ter a sua sede em ordenamento jurídico diferente da direção efetiva, ou ambos coincidirem (Artigo 2º nº 3 do Código IRC). Nesse caso, a proposta da CMOCDE defende que deverá prevalecer a direção efetiva da sociedade.

Todavia, apesar de a proposta já contemplar uma prevalência, nem sempre é fácil definir onde a sociedade tem a sua direção efetiva, o que por outras palavras significa "onde são tomadas as decisões".

Poderá por isso acontecer, ser reconhecida residência fiscal à mesma entidade em dois ordenamentos jurídicos diferentes, originando uma dupla dedução do mesmo pagamento. Tal acontece dada a inexistência de um critério universal.

A fim de combater assimetrias em matéria de dupla residência, a OCDE pressupõe soluções para conflitos entre um Estado-Membro e um país terceiro (Artigo 9º-A da Diretiva (UE) 1164/2016, de 12 de julho).

Tal como nas assimetrias resultantes de estabelecimentos estáveis híbridos, a OCDE defende que o Estado-Membro deverá recusar sempre a dedução do pagamento, na medida em que é compensado como rendimento na outra jurisdição, evitando assim a dupla inclusão.

2.2.4. Transferências hibridas

Conforme mencionado pela Comissão (2016)0687 na proposta de Diretiva [2016/0339(CNS)] que altera a Diretiva (UE) 2016/1164:

> As transferências híbridas podem originar uma diferença de tratamento fiscal se, na sequência de uma transferência de um instrumento financeiro, o retorno subjacente a esse instrumento for considerado como obtido, simultaneamente, por mais do que uma das partes do entendimento. O retorno subjacente é o rendimento relacionado com e decorrente do instrumento transferido.

Em termos de consequências, as transferências híbridas podem originar uma dedução sem inclusão ou um crédito em dois ordenamentos jurídicos diferentes (mesmo imposto retido na fonte).

- **Dedução sem inclusão:**

  Quando um dos ordenamentos jurídicos considera o pagamento associado ao rendimento obtido com o instrumento híbrido transferido enquanto despesa dedutível. Em contrapartida, o outro ordenamento jurídico considera o rendimento como retorno (isento) do ativo transferido.

- **Crédito comum**

  Quando na transferência são exploradas diferenças existentes entre Estados-Membros e países terceiros, incentivando a que o mesmo pagamento seja considerado como obtido por diferentes contribuintes residentes em ordenamentos jurídicos distintos, paralelamente.

Posto isto, a Comissão (2017) defende que:

> [e]ssas assimetrias devem, por isso, ser eliminadas. No caso de uma dedução sem inclusão devem aplicar-se as mesmas regras que são aplicadas para a neutralização de uma assimetria em matéria de instrumentos financeiros híbridos ou de entidades híbridas conducentes a uma dedução sem inclusão. No caso de um duplo crédito fiscal, o Estado-Membro em causa deve limitar o benefício do crédito fiscal proporcionalmente aos rendimentos líquidos tributáveis no que respeita ao retorno subjacente.

2.2.5. Assimetrias importadas

Conforme mencionado pela Comissão na proposta de Diretiva (COM(2016)0687 – C8-0464/2016 – 2016/0339(CNS)) que altera a Diretiva (UE) 2016/1164:

> As assimetrias importadas transferem os efeitos de uma assimetria híbrida entre partes estabelecidas em países terceiros para a jurisdição de um Estado-Membro por intermédio da utilização de um instrumento não híbrido, comprometendo, assim, a eficácia das regras que neutralizam as assimetrias híbridas.

Quanto à forma como acontece a importação, a Comissão esclarece ainda que, se um pagamento dedutível for utilizado para financiamento de despesas que envolva uma assimetria entre países terceiros, tal implica um fluxo de receitas para fora da UE, o qual não será tributado.

Dessa forma, a Comissão (2017) acredita que,

> [p]ara combater essas assimetrias importadas, é necessário incluir regras que impeçam a dedução de um pagamento se o rendimento correspondente a esse pagamento for compensado, direta ou indiretamente, com uma dedução que resulte de um dispositivo de assimetria híbrida ou de um dispositivo conexo que dê origem a uma dupla dedução ou a uma dedução sem inclusão entre países terceiros.

Ilustradamente e inspirada uma vez mais na proposta de diretiva do Conselho (2016/0339), podem obter-se dois cenários distintos:

Exemplo I: A sociedade A (Estado-Membro) paga juros à Sociedade B (país terceiro 1). Simultaneamente, a sociedade B paga juros à sociedade C.

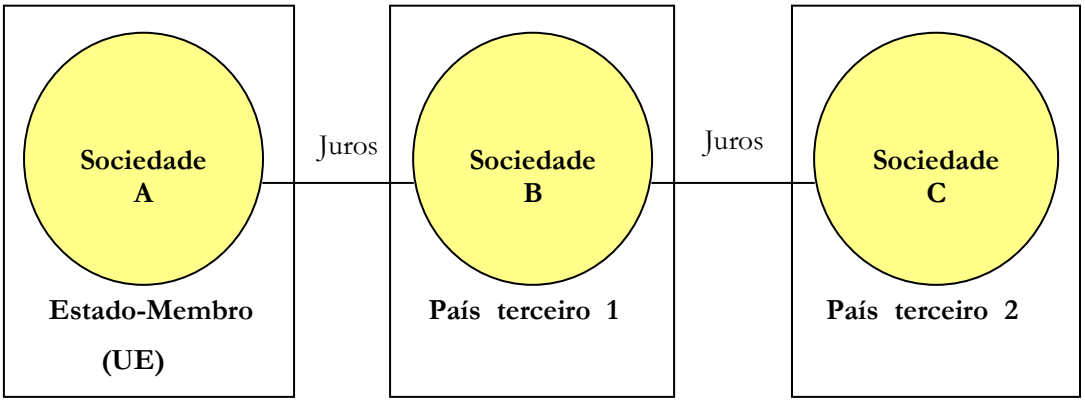

Figura 2.4 – Assimetria importada conducente a uma dedução sem inclusão.

Neste caso, e assumindo que todas as sociedades apresentadas são empresas associadas, os juros pagos pela sociedade A à sociedade B são dedutíveis na esfera da sociedade A e tributáveis na esfera da sociedade B. Todavia, a sua tributação será compensada pelo pagamento de juros da sociedade B à sociedade C, ao abrigo do PPL.

Segundo este regime, o pagamento dos juros será isento para a sociedade C, pelo que ocorrerá dedução sem inclusão.

Como se resolveria esta situação?

Nestas situações, a sociedade A enquanto Estado-Membro da UE deverá recusar a dedução dos juros pela proporcionalidade da dedução sem inclusão.

Exemplo II: A sociedade A (Estado-Membro) paga juros à Sociedade B (país terceiro 1). Simultaneamente, a sociedade C (país terceiro 1) paga juros à sociedade B, ao abrigo do regime especial de grupos.

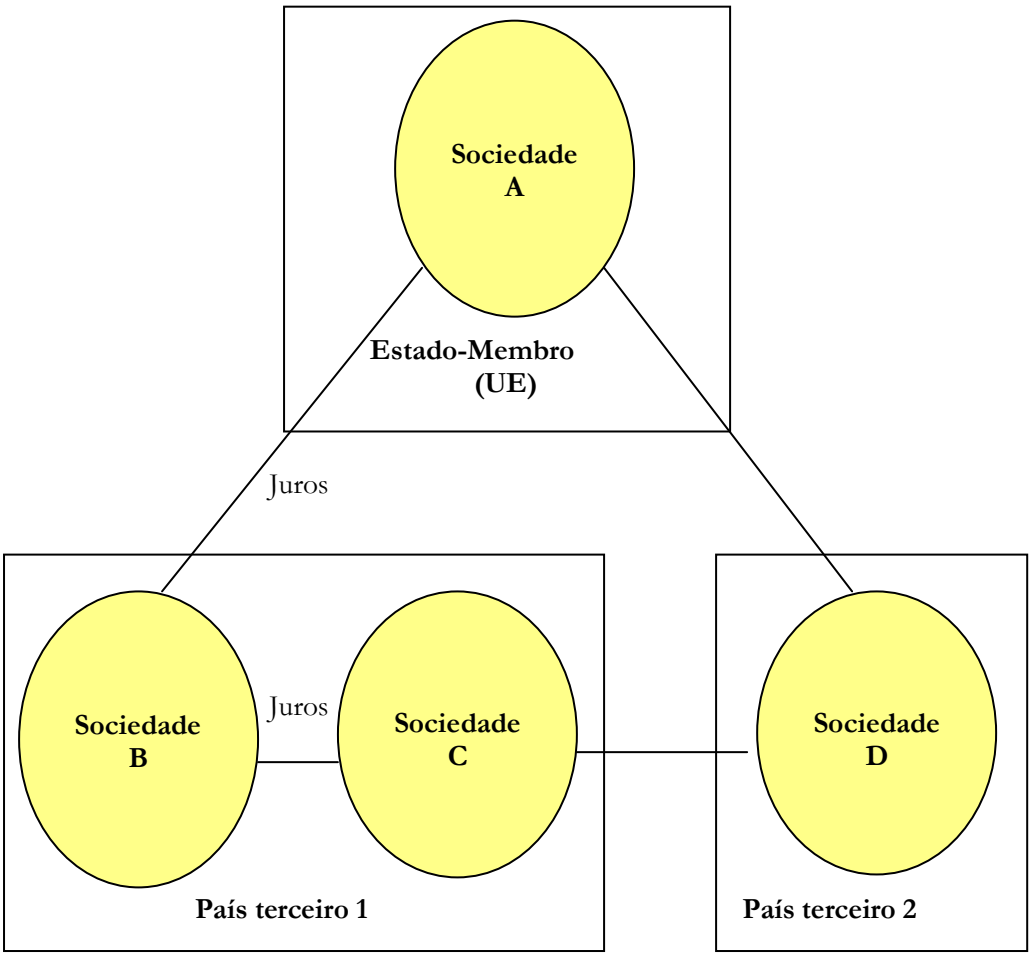

Figura 2.5 – Assimetria importada conducente a uma dupla dedução.

Imaginado a situação acima referida e, assumindo que todas as sociedades apresentadas são empresas associadas, os juros pagos pela sociedade A à sociedade B são dedutíveis na esfera da sociedade A e tributáveis na esfera da sociedade B. Todavia, a sua tributação será compensada pelo pagamento de juros que a sociedade C (entidade híbrida regulada pelo regime de tributação de grupos) faz à sociedade B.

Por sua vez, o pagamento dos juros será também dedutível na esfera da sociedade D. Ou seja, ocorrerá dupla dedução dos juros pagos em segundo plano.

Como se resolveria esta situação?

Ora, antes de mais será importante clarificar que a assimetria foi importada pela sociedade A, após os fluxos ocorridos entre as sociedades residentes em países terceiros.

À semelhança do exemplo I, deverá o Estado-Membro deve recusar a dedução dos juros pela proporcionalidade da dupla dedução.

3. Consequências na esfera do contribuinte

Como é sabido a globalização abriu portas a todos, no entanto, são as empresas multinacionais quem mais beneficia com tais liberdades.

Se para alguns a erosão das bases tributáveis é a oportunidade de reduzir a carga tributária, para outros será necessariamente o motivo do seu agravamento.

No Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros encontram-se perfeitamente espelhadas as consequências de cada um, pelo que citando a OCDE (2014:10):

> • *Os governos saem prejudicados*. Muitos governos têm que lidar com arrecadação reduzida e elevados custos para assegurar o cumprimento das obrigações tributárias. Para além disso, a erosão da base tributária e a transferência de lucros (BEPS) enfraquece a integridade do sistema tributário, uma vez que o público, a mídia e alguns contribuintes consideram injustos os impostos sobre pessoas jurídicas. Nos países em desenvolvimento, a falta de arrecadação leva a um problema crítico de financiamento público que poderia ajudar a promover o crescimento econômico. Não é ideal que a alocação global dos recursos seja influenciada por comportamentos motivados por razões fiscais.
>
> • *Os contribuintes saem prejudicados*. Quando as normas tributárias permitem às empresas reduzir a carga tributária, ao deslocarem os seus rendimentos para fora das jurisdições nas quais desenvolvem as atividades produtivas, outros contribuintes nessas jurisdições tem que assumir uma fatia maior de carga tributária.
>
> • *Os negócios saem prejudicados.* As empresas multinacionais podem arriscar a sua reputação se a sua alíquota tributária efetiva for considerada muito baixa. Ao mesmo tempo, negócios distintos podem avaliar esse risco de forma diferenciada, e ao não se beneficiarem das oportunidades legais para reduzir a sua carga tributária, as empresas podem encontrar-se em uma situação de desvantagem competitiva. Da mesma forma, empresas que atuam quase exclusivamente no mercado doméstico, incluindo os negócios familiares e empresas recentes e inovadoras, têm dificuldade em competir com empresas multinacionais, que têm capacidade para transferir os seus lucros para além das fronteiras para evitar ou reduzir impostos. A concorrência leal é afetada pelas distorções induzidas pela erosão da base tributária e pela transferência de lucros.

Concentremo-nos somente nos contribuintes.

Tal como referido pela OCDE, os contribuintes que têm residência nos ordenamentos jurídicos em que há mais deslocação de lucros sofrem maior carga tributária do que deveriam. Conforme citado na Bíblia "o justo paga pelo pecador".

Mas não pode ser assim. Cada individuo deve, enquanto cidadão e contribuinte, consciencializar-se de que tem a obrigação de contribuir para a arrecadação de receita estatal. Se o contribuinte foi capaz de gerar lucros, deve liquidar o imposto estipulado pelo seu Estado.

Note-se que, como se tornaram recorrentes os fluxos entre Estados, tiveram de ser estipulados limites também para a dupla tributação. O contribuinte não pode liquidar o mesmo imposto em dois ordenamentos jurídicos distintos.

Como tal, têm sido concebidas diversas convenções unilaterais e bilaterais. As convenções unilaterais são aquelas que são criadas por um único Estado, através da qual se conferem isenções em rendimentos auferidos em outro Estado-Membro. Em contrapartida, convenções bilaterais envolvem tratados internacionais celebrados previamente entre dois Estados-Membro.

Ora, conforme explicado por Meneses (2016:435),

> [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 fiscal, a dupla não-tributação ocorre porque, aquando da tomada de opções legislativas em matéria tributária, se ignora, por vezes, o efeito das normas fiscais em outros ordenamentos.

Nessa situação, o contribuinte encontra alternativas claramente mais vantajosas de afastar a tributação dos rendimentos obtidos, quando envolva mais do que um ordenamento jurídico.

Ora, se o contribuinte decidir incluir uma despesa sem inclusão do rendimento, beneficia de uma imputação indevida, oferecendo-lhe assim vantagem.

Evidentemente quem pratica tais atos elisivos não tem consciência do impacto dos mesmo no mercado interno, uma vez que a sua única preocupação será evitar ao máximo a tributação que em termos normais lhe seria exigível.

4. Consequências no mercado interno

O conceito de mercado interno ou mercado único tem subjacente a livre circulação dos quatro fatores mais importantes ao desenvolvimento sustentável da União Europeia: mercadorias, serviços, capitais e pessoas (Artigo 26º nº 2 TFUE).

Resumidamente, estas liberdades fundamentais permitem que as pessoas singulares e coletivas consigam movimentar-se e negociar entre os vinte e oito Estados-Membros, sem qualquer barreira legislativa.

Desde a criação de um mercado único até à adoção de uma moeda comum (1999) - o Euro - várias foram as estratégias adotadas para impulsionar o comércio transfronteiriço entre países da UE.

O facto de os consumidores beneficiarem de uma maior oferta estimula o desenvolvimento de uma concorrência, seja ela leal ou não, e extingue os típicos monopólios nacionais. Todavia, quando essa concorrência é desleal, a receita estatal é afetada e os princípios subjacente ao Direito da União Europeia são violados. Isto significa que, quando as empresas optam por desviar os seus lucros para ordenamentos jurídicos com tributação inferior ou nula, prejudicam diretamente as empresas que operam essencialmente no mercado nacional, criando dessa forma um desequilíbrio no mercado.

A ECOFIN afirma na Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (10539/16) que:

> Num mercado caracterizado por uma forte integração das economias, são necessárias abordagens estratégicas comuns e ações coordenadas, a fim de melhorar o funcionamento do mercado interno e maximizar os efeitos positivos da iniciativa contra a BEPS. Além disso, apenas um regime comum poderá evitar uma fragmentação do mercado e pôr termo às assimetrias e distorções do mercado atualmente existentes. Por último, a existência de medidas nacionais de execução que sigam uma linha comum a toda a União dará segurança jurídica aos contribuintes quanto à compatibilidade dessas medidas com o direito da União.

Ou seja, para assegurar um mercado interno equilibrado é necessário, sobretudo, garantir a prática de estratégias comuns que combatam a elisão fiscal e reforcem uma tributação mais justa. Apenas um regime comum poderá findar assimetrias e distorções existentes atualmente, assegurando assim o direito da União Europeia, tanto em termos de

confiança como equidade governamental e, consequentemente, que estes exerçam eficazmente a sua soberania fiscal.

Conforme citado na obra de Silva (2017):

> A OCDE estima que globalmente, pela utilização de instrumentos e esquemas de planeamento fiscal que recorram a deslocalizações artificiais, sem substância económica, para beneficiar abusivamente dos benefícios dos acordos para evitar a dupla tributação, os Estados tenham perdas fiscais entre 4 a 10% dos impostos sobre o rendimento das pessoas coletivas, isto é, entre 100 a 240 mil milhões de euros anualmente.

Estes montantes são verdadeiramente assustadores. É caso para diz que se o contribuinte tivesse noção do impacto que a prática de atos elisivos provoca não só para os outros, (cidadãos e empresas) como para ele próprio, seria mais responsável e cumpridor.

A diminuição de receita estatal implica não só uma diminuição da qualidade de vida da sociedade como desequilibra a competitividade entre empresas (ao nível nacional e internacional).

5. O início - Projeto BEPS

É certo que a globalização promoveu a economia mundial, todavia acarretou também consequências no que toca à erosão das bases tributáveis e ao desvio dos lucros para jurisdições de baixa, ou nenhuma, tributação.

A fim de combater a crise financeira instalada desde 2008, a OCDE em conjunto com o grupo G20, procurou desenvolver um plano estratégico com quinze ações recomendadas pela OCDE aos Governos, para que estes implementem nos seus ordenamentos.

Esse plano, denominado projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), foi publicado em 2013 como consequência da crescente necessidade de harmonização do sistema fiscal internacional.

No Relatório (Parlamento Europeu) A8-0223/2016, de 29 de junho de 2016, pode constatar-se que,

> [c]onsiderando que a OCDE, as Nações Unidas e outras organizações internacionais são partes interessadas na luta contra a erosão da base tributável do imposto sobre as sociedades; que é necessário assegurar a harmonização global das práticas e a aplicação de normas comuns, tais como as propostas pela OCDE no pacote BEPS; que deve ser criado um fórum intergovernamental a nível da ONU, com participação menos seletiva que a da OCDE ou do G20, a fim de permitir a intervenção de todos os países em pé de igualdade, incluindo os países em desenvolvimento; que as conclusões da reunião dos ministros das Finanças e governadores dos bancos centrais do G20, realizada em Washington, em 14-15 de abril de 2016 reiteraram o apelo a todos os países e jurisdições para que apliquem as normas do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) sobre transparência, beneficiários efetivos de pessoas coletivas e estruturas jurídicas; que alguns membros do G20 solicitaram a troca automática de informações sobre os beneficiários efetivos e pediram ao GAFI e ao Fórum Mundial sobre Transparência e Troca de Informações no domínio fiscal que façam propostas iniciais para esse efeito até outubro de 2016.

Contudo, como em todos os acordos políticos, existe sempre algum Estado que se opõe. No caso do projeto BEPS, foi o Luxemburgo, Países Baixos, França e o Reino Unido, quem mais se opôs às recomendações efetuadas pela OCDE.

Nesse mesmo Relatório, pode ler-se que no Documento de sessão n.º 2 e ata da Reunião do Grupo do Código de Conduta de 11 de abril de 2011, consta a seguinte ressalva:

> A Comissão apresentou várias propostas para novas áreas de trabalho, como o alargamento do trabalho sobre as assimetrias, a tributação dos expatriados, a tributação das fortunas pessoais, a revisão dos «*Real Estate Investment Trust*» (REIT) e dos organismos de investimento coletivo. Os Países Baixos e o Luxemburgo opuseram-se ao alargamento dos trabalhos relativos às assimetrias, França expressou reservas a respeito do trabalho sobre os expatriados, as fortunas pessoais e os fundos de investimento e o Reino Unido apoiou uma concentração nos impostos sobre as sociedades em vez de uma extensão.

Sucintamente, o pretendido seria que a tributação recaísse sobre as operações geradoras de imposto, neutralizando lacunas presentes nas legislações nacionais, despromovendo assimetrias aquando o tratamento tributário, além de assegurar a divulgação de informações relevantes às autoridades fiscais do país em questão. No fundo, era impor às empresas que liquidassem impostos sobre os lucros obtidos no país onde foram gerados e não na sede das empresas, que muitas vezes se localiza em países onde o tratamento fiscal dado é completamente diferente do tratamento fiscal que o país de geração do lucro daria.

5.1. As ações do plano BEPS

Sucintamente, do plano BEPS resultara as seguintes ações:

1. Desafiar a economia digital;
2. Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos;
3. Reforçar as normas referentes à transparência fiscal internacional (*CFC Rules*);
4. Limitar a erosão das bases tributáveis;
5. Melhorar o combate de práticas fiscais prejudiciais, mediante a transparência e a substância;
6. Prevenir a utilização abusiva das convenções para evitar a dupla tributação;
7. Prevenir o reconhecimento artificial de Estabelecimento Estável (EE);
8. Clarificar os preços de transferência sobre ativos intangíveis;
9. Clarificar os preços de transferência em relação ao capital de risco;
10. Clarificar os preços de transferência em relação a transações de maior risco;
11. Estabelecer metodologias de recolha e análise dos dados obtidos apos o BEPS e desenvolvimento de próximas ações;
12. Solicitar a divulgação de esquemas de planeamento fiscal abusivo por parte dos contribuintes;
13. Reexaminar a temática referente a preços de transferência;
14. Simplificar os mecanismos de resolução de conflitos;
15. Desenvolver um instrumento multilateral.

No entanto, conforme referido nos objetivos propostos, a presente dissertação destaca-se apenas o estudo da ação nº 2 - Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos – incutida no relatório BEPS.

5.2. Ação nº 2 - Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos

A ação n.º 2 foi desenvolvida com vista ao combate de diferentes qualificações face uma entidade ou instrumento híbrido, as quais originam divergência no tratamento fiscal.

Regendo algumas alterações à Convenção modelo da OCDE, esta ação pretende estabelecer critérios limitativos à elaboração de normas nacionais (respeitando no entanto a soberania fiscal do Estado), normas relativas a CFC, obtenção de benefícios fiscais indevidos, utilização abusiva de acordos bilaterais e limitação da dedutibilidade dos juros.

Para melhor compreensão, é relevante clarificar o conceito de instrumento híbrido.

De acordo com a IAS 32 - *Financial Instruments*, um instrumento financeiro corresponde a qualquer contrato que dê origem a um ativo financeiro numa entidade e a um passivo financeiro ou instrumento de capital próprio na outra entidade (por exemplo, um empréstimo).

É considerado híbrido quando a distinção entre passivo financeiro e instrumento de capital se torna uma tarefa árdua e existem componentes de ambos.

Em muitos casos, o contribuinte aproveita-se da qualificação mista para obtenção de dupla não tributação ou, pelo menos, o deferimento temporal do imposto.

Conforme referido pela OCDE *Publishing* (2014:15):

> Os instrumentos híbridos podem ser utilizados para obter a dupla não tributação involuntária ou diferimento dos impostos em longo prazo, por exemplo, através da criação de duas deduções para um único financiamento, gerando assim deduções sem a correspondente tributação de rendimentos, ou através do uso abusivo do crédito fiscal em relação aos rendimentos provenientes do estrangeiro e do regime de isenção das participações societárias. As normas nacionais que permitem aos contribuintes a escolha do regime tributário aplicável a determinadas entidades, nacionais ou estrangeiras, podem facilitar discrepâncias através dos instrumentos híbridos. Embora seja por vezes difícil determinar que país de fato perdeu arrecadação tributária porque a legislação de cada país envolvido foi respeitada, há uma diminuição do montante global de impostos pagos por todas as partes envolvidas, o que é prejudicial à concorrência, à eficiência econômica, à transparência e à equidade.

5.3. Os princípios subjacentes no plano BEPS

Ao longo do desenvolvimento do plano BEPS, a OCDE e o grupo G20 estabeleceram três princípios que consubstanciam os pontos-chave fulcrais ao sistema tributário: substância, coerência e transparência.

Note-se que todos eles visam a padronização do tratamento fiscal entre países e a garantia da tributação na origem.

5.3.1. Substância sobre a forma

Presente da ação nº 6 à ação nº 10, este princípio defende que as operações devem ser tratadas de acordo com a sua substância e realidade financeira, e não mediante a formalidade.

Uma vez que a OCDE não pretende suprimir o planeamento fiscal das empresas, a necessidade de comprovação de substância torna-se imprescindível para a qualificação da operação e respetiva tributação.

Suponha-se que duas entidades de Estados-Membros diferentes celebram um acordo verbal em que uma realiza um empréstimo e a outra, à posterior, reembolsa a primeira com o acréscimo de juros. O facto de as entidades não terem celebrado contrato escrito, nada altera no que toca à qualificação da operação.

Veja-se a perspetiva de Gouveia (2016) redigida na sua dissertação de mestrado:

> A ideia fundamental é que na interpretação do preceito deve prevalecer a substância e não a forma, ou seja, ainda que o agente não assine efetivamente os contratos em nome da empresa, tal não significa que não tem poderes para celebrar contratos em nome da mesma, se esta ficar vinculada pelos seus atos. A título de exemplo, uma pessoa num Estado X, que negoceie os elementos e pormenores de um contrato, de forma vinculativa, para uma empresa residente num Estado Y, pode ser considerada um agente dependente. O facto de o contrato ser assinado por uma outra pessoa no Estado Y ou de a pessoa não ter poderes de representação formais, não constituem elementos impeditivos para a aplicação do art. 5º CMOCDE. Assim sendo, este requisito tem de ser verificado mediante uma análise à situação concreta, não podendo ser reduzido à verificação de um elemento meramente formal, como aparentava resultar do texto do art.5º, n. º5 CMOCDE.

Ora, de facto a inexistência de contrato formalizado não deverá afastar a obrigatoriedade de sujeição a imposto. Dever-se-á atender sempre à intenção do contribuinte.

5.3.2. Coerência

Presente da ação nº 2 à ação nº 5, este princípio visa melhorar a interação do sistema tributário através da procura pela sua harmonização e, naturalmente, a eliminação de lacunas legislativas.

A coerência é interpretada através da finalidade das ações, o equilíbrio e a proporcionalidade do tratamento dado à operação.

O efeito fiscal resultante deverá ser simétrico entre as partes. Ou seja, se um pagamento for dedutível no pagador, deverá ser obrigatoriamente tributado na esfera do recetor, salvo alguma isenção prevista em contrário.

5.3.3. Transparência

Presente da ação nº 11 à ação nº 14, este princípio pretende assegurar a maior troca de informação possível entre os Estados, incluindo a documentação relacionada a preços de transferência.

Devem ser divulgadas às autoridades fiscais, todas as informações relevantes relacionadas com as operações realizadas, nomeadamente, relatórios por país de atuação (*Country by Country Reporting* ou CbCR).

Azevedo (2010:17) clarifica que,

> este princípio encontra-se ligado à ideia de uma certa simplicidade do sistema, pretendendo-se e sendo desejável que as leis fiscais sejam dotadas de clareza e objectividade bastantes, devendo comportar o mínimo possível de situações de excepção, isenção e benefícios fiscais, o que ao ser utilizado como norma conferirá incerteza e insegurança ao sistema.

6. Do plano BEPS à Diretiva antielisão fiscal

6.1. Diretiva (UE) 2016/1164

A Diretiva (UE) 1164/2016, foi aprovada pelo Conselho de 12 de julho de 2016, como resposta da União Europeia às recomendações da OCDE no projeto BEPS.

A mesma exigiu que os Estados-Membro transpusessem o teor da Diretiva para a sua legislação nacional até 31 de dezembro de 2018, com entrada em vigor a partir de 1 de janeiro de 2019, salvo regras relacionadas com a medida "Tributação à Saída". Para essa medida o prazo foi alargado para 31 de dezembro de 2019, com entrada em vigor a 1 de janeiro de 2020.

Nela estão estabelecidas regras contra a prática de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, entre elas:

- Não permitir a atribuição indevida de benefícios fiscais;
- Não permitir a isenção de pagamentos dedutíveis na esfera do pagador;
- Não permitir a dupla dedução do mesmo pagamento.
- Não permitir a dedução de um pagamento que não seja incluído nos rendimentos do recetor;

Para cumprimentos das regras acima referidas, foram redigidos as seguintes medidas, com a salvaguarda de que cada Estado poderá continuar a aplicar as disposições que achar pertinentes para sua proteção, formando assim uma conexão entre o respeito pela soberania estadual e as exigências do Conselho.

I. Limitação na dedutibilidade dos juros de financiamento

Muitas vezes grupos multinacionais financiam entidades do mesmo grupo, residentes em jurisdições com nível de tributação mais elevado, com o objetivo de transferir partes dos lucros tributáveis obtidos sob forma de juros pagos, por inflação da taxa de juro aplicada. Desta forma, a coleta fiscal da entidade financiada é reduzida, assim como a do grupo aquando a consolidação de contas.

A fim de limitar a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos, o Conselho fixou uma dedutibilidade grupal de 1.000.000 € ou 30% do EBITDA, consoante o maior aplicável.

No entanto, para empréstimos contraídos antes de 17 de junho de 2016 ou utilizados para financiar infraestruturas públicas de longo prazo, o limite fixou-se em 3.000.000 €.

Note-se no entanto que os limites em questão não são aplicáveis a entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, Fundos de Pensões, sucursais de instituições de crédito localizadas em território nacional ou qualquer outra instituição financeira.

Em termos de falhas a apontar, esta Diretiva apresenta alguma flexibilidade aos contribuintes, a partir do momento que estes podem pelo regime aplicado, assim como pela possibilidade de reportar gastos financeiros excessivos durante os 5 períodos seguintes.

De salientar que nos casos em que exista um grupo de sociedades sujeito ao Regime Especial de Tributação (RETGS), a sociedade dominante pode optar pela aplicação destas limitações aos gastos de financiamento líquidos do grupo, mediante determinadas condições.

Posto isto e analisando o normativo português, pode-se concluir que o Artigo 67º do CIRC é uma transposição linear do Direito Comunitário, pelo que não são esperadas alterações muito relevantes.

II. Tributação à saída (*Exit Tax Rules*)

Uma das estratégias que os Estados tinham para dificultar a saída de empresas do seu ordenamento jurídico era a criação de barreiras, como o pagamento excessivo de impostos.

Ora, se uma empresa for obrigada a pagar impostos sobre os ativos que detém no país que pretende abandonar e, posteriormente, no país onde alienar esses ativos, liquidará duas vezes imposto sobre o mesmo bem. Estaríamos perante dupla tributação.

A fim de corrigir essa lacuna legislativa, o Conselho reformulou a incidência contributiva de forma que o sujeito passivo não saísse prejudicado.

Desse modo, conforme referido por Mendes (2017:31) na sua dissertação de mestrado, o Conselho decidiu que

> […] as mais-valias geradas no EM de origem estão sujeitas a imposto, tendo ou não sido realizadas, quando o contribuinte transfere os ativos da sua sede para um EE (ou vice-versa) situado noutro EM ou país terceiro[87]. Tal sujeição, também se verifica quando o contribuinte transfere a sua residência fiscal para outro EM ou país terceiro, ou quando transfere a atividade exercida pelo EE de um EM para outro ou para um país terceiro[88]. O montante de imposto deve ser igual ao valor de mercado dos ativos (no momento da transferência) deduzidos do seu valor para efeitos fiscais. É relevante salientar que tal tributo só se verifica quando o EM de origem perde o direito de tributar os ativos transferidos, por consequência da respetiva transferência. Com esta norma pretende-se que o EM de origem não perca o seu poder de tributação sobre os ativos gerados no seu território[89].

De salientar ainda que os Estados-Membros ficam obrigados a permitir que os contribuintes efetuem o pagamento em prestações, durante cinco anos.

III. Regra das sociedades estrangeiras controladas *(*CFC *Rules)*

A presente medida tem como objetivo impedir o deferimento temporal do imposto e a deslocação de lucros para regimes claramente mais favoráveis.

Muitas empresas possuem sociedades estrageiras controladas (controlo de pelo menos 25%) apenas com a finalidade de transferir para lá os seus lucros, obtendo assim vantagem fiscal. Esta estratégia consiste numa poupança tributária brutal para quem desvia os lucros, mas é de longe justa, visto os rendimentos não terem sido gerados naquele ordenamento.

Tendo em conta a perda de receita estatal e o agravamento deste fenómeno, o Conselho deliberou que passariam a ser imputados aos sócios os rendimentos auferidos pelas entidades não residentes, sujeitas a um regime fiscal privilegiado.

Analisando a legislação nacional em vigor, nomeadamente o nº 3 do Artigo 66º do CIRC, é possível constatar que a imputação é feita

> na base tributável relativa ao período de tributação do sujeito passivo que integrar o termo do período de tributação da entidade, pelo montante do lucro ou rendimentos por esta obtidos, consoante o caso, determinados nos termos deste Código, e de acordo com a proporção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos, direta ou indiretamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, por esse sujeito passivo.

IV. Assimetrias híbridas

No que toca à medida relacionada com assimetrias híbridas, a Diretiva (UE) 2016/1164 foi muito breve nas suas apreciações. No seu teor consta apenas o seguinte:

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

Vejamos então, para assimetrias híbridas resultantes de diferenças na qualificação jurídica de dois ou mais Estados-Membro da UE, a problemática ficaria resolvida. Em casos de dupla dedução apenas o pagador poderia deduzir e, em caso de dedução sem inclusão, o pagador seria obrigado a recusar a dedução.

Mas e se a assimetria envolvesse um Estado-Membro e um país terceiro, como se resolveria?

Para esta questão, a Diretiva (UE) 2016/1164 é omissa. Apesar de todos os contribuintes, sejam eles residentes na União Europeia ou em países terceiros, poderem ver-se envolvidos em diferenças qualificativas, apenas os Estados-Membro têm regras resolutivas.

Sempre que envolva pelo menos um país terceiro, a problemática permanecerá. Poderá o Estado-Membro recusar a dedução todavia nada no Direito Comunitário o obriga a tal.

Este foi o principal motivo que gerou necessidade de reajuste posterior.

V. Cláusula geral antiabuso

Por último, foi elaborada uma cláusula geral antiabuso com o objetivo de abranger lacunas que possam existir nas regras antiabuso específicas, ou seja, sempre que se esteja perante expediente puramente artificial e não seja possível aplicar uma cláusula especial.

Veja-se a transposição nacional desta cláusula, da qual resultou o nº 2 do Artigo 38º da LGT:

> As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas 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, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.

Este preceito não é nada mais que uma ressalva criada pelo legislador para bloquear todo o tipo de esquemas de planeamento puramente abusivo. Sem ela, os contribuintes conseguiam manobrar melhor a legislação, por impossibilidade de aplicação de uma das várias cláusulas especiais existentes.

Desta forma, conforme redigido na mesma são desconsiderados quaisquer esquemas puramente artificiais, em que se observe a finalidade única de obtenção de vantagem fiscal. Em consequência, e atendendo ao principio da substancia económica, o esquema será tributado consoante a legislação nacional aplicável àquele facto tributário.

6.1.1. Impacto da Diretiva (UE) 2016/1164 no mercado interno

Analisando os impactos obtidos com a implementação das medidas estipuladas na Diretiva (UE) 2016/1164: se por um lado foi possível uniformizar os normativos dos Estados-Membro da UE, particularmente no que diz respeito à integração e justa competitividade comunitária, por outro não responde a todas as questões. Torna-se omissa quanto à tributação de dividendos e rendimentos vindo de países terceiros.

Esta falha levará apenas a que as entidades alterem as suas estratégias de erosão das bases tributáveis, sem findar o problema. Contudo, é de enaltecer o trabalho desenvolvido pelo Conselho, pois esta Diretiva foi um marco importante para uniformizar conceitos e regras comunitárias.

6.2. Diretiva (UE) 2017/952, de 29 de maio

Publicada a 29 de maio de 2017, a Diretiva (UE) 2017/952 altera parcialmente a Diretiva (UE) 2016/1164, no que respeita assimetrias híbridas com países terceiros.

No ponto quinto da Diretiva (UE) 2017/952 é possível observar que o próprio Conselho da União Europeia constata que,

> [é] necessário estabelecer regras que neutralizem as assimetrias híbridas de uma forma tão abrangente quanto possível. Atendendo a que a Diretiva (UE) 2016/1164 abrange exclusivamente assimetrias híbridas que sobrevenham na interação entre os sistemas de tributação das sociedades dos Estados-Membros, o Conselho Ecofin emitiu uma declaração em 12 de julho de 2016 convidando a Comissão a apresentar, até outubro de 2016, uma proposta relativa às assimetrias híbridas que envolvam países terceiros, a fim de prever regras que sejam consentâneas com as recomendadas no relatório da OCDE sobre a neutralização dos efeitos das assimetrias híbridas, Ação 2 — relatório final de 2015 («Ação 2 do projeto BEPS da OCDE»), e de eficácia pelo menos equivalente à dessas regras, tendo em vista alcançar um acordo até ao final de 2016.

Acabando por ir mais além, o Conselho reconheceu no ponto oitavo que,

> [a] Diretiva (UE) 2016/1164 inclui regras relativas a assimetrias híbridas entre Estados-Membros, e deverá também incluir regras relativas a assimetrias híbridas com países terceiros caso pelo menos uma das partes envolvidas seja um contribuinte sujeito ao imposto sobre as sociedades ou, no caso dos híbridos inversos, uma entidade num Estado-Membro, bem como regras sobre as assimetrias importadas. Por conseguinte, as regras relativas a assimetrias híbridas e sobre as assimetrias de residência fiscal deverão ser aplicáveis a todos os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num Estado-Membro, incluindo os estabelecimentos estáveis, ou mecanismos equiparados a estabelecimentos estáveis, de entidades residentes em países terceiros. As regras sobre as assimetrias híbridas inversas deverão aplicar-se a todas as entidades consideradas transparentes para efeitos fiscais por um Estado-Membro.

Ora, se na Diretiva (UE) 2016/1164 esta problemática havia sido pouco desenvolvida, com as alterações previstas na Diretiva (UE) 2017/952 todas as estratégias possíveis de implementar por parte do contribuinte foram abrangidas nas regras de combate.

Inicie-se a apreciação das alterações com o âmbito de aplicação. Na Diretiva (UE) 2017/952 foi incluída a seguinte redação «O artigo 9º-A é igualmente aplicável a todas as entidades consideradas transparentes para efeitos fiscais por um Estado-Membro». De notar que na diretiva originaria não existia o artigo 9º-A.

Também a definição de "assimetria híbrida" sofreu alteração na sua redação. Observando a Diretiva (UE) 2016/1164 pode-se concluir que a mesma previa apenas a dupla dedução do mesmo pagamento em dois Estados-Membros distintos e a dedução sem inclusão, também entre dois Estados-Membros.

Com a Diretiva (UE) 2017/952 na definição de "assimetria híbrida" deixou de se referir o termo "Estado-Membro" e passou a referir-se "contribuinte", para que as regras redigidas fossem implementadas tanto aos Estado-Membro como aos países terceiros.

Além dessa alteração foram explícitas as tipologias existentes, elucidando como se origina cada uma, reconhecendo-se assim quatro tipos de assimetrias híbridas:

- As que resultam de pagamentos efetuados ao abrigo de um instrumento financeiro;
- As que resultam de diferenças na imputação de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável;
- As que resultam de pagamentos efetuados por uma entidade híbrida ao sócio, entre a sede e o estabelecimento estável ou entre pelo menos dois estabelecimentos estáveis;
- As que resultam de dupla dedução decorrentes de pagamentos efetuados por uma entidade híbrida ou um estabelecimento estável.

Avançando até ao artigo 9º - Assimetrias híbridas – é possível constatar que, se antes as regras de combate passavam pela recusa de dedução pelo Estado-Membro recetor, no caso de dupla dedução, e na recusa de dedução pelo Estado-Membro pagador, no caso de dedução sem inclusão, com a Diretiva (UE) 2017/952 as regras iniciais mantiveram-se, no entanto passou a permitir-se a compensação quando a assimetria envolva mais do que duas entidades.

Isto é, quando uma entidade efetue um pagamento a outra e essa segunda entidade realize também um pagamento a uma terceira entidade, a segunda entidade será tributada pelo primeiro pagamento todavia com compensação do pagamento que

efetuou à terceira entidade (designada isenção). Este regime designa-se LLP (*Limited Liability Partnerships*)

Então, a partir desta explicação pode-se concluir que as regras seriam:

- Assimetrias que envolvam dois Estados-Membros: o Estado-Membro recetor deve recusar a dedução em casos de dupla dedução e, será o Estado-Membro pagador a recusar a dedução em casos de dedução sem inclusão;
- Assimetrias que envolvam um Estado-Membro e um país terceiro: independentemente de obter dupla dedução ou dedução sem inclusão, deverá o Estado-Membro recusar a dedução sempre que o país terceiro não o faça;
- Assimetrias que envolvam dois pagamentos sucessivos (três entidades): a entidade recetora do primeiro pagamento e, simultaneamente, pagadora da segunda transação, é tributada pelo recebimento após compensação da dedução a que teria direito com o pagamento efetuado.

Além disso, foi acrescentado o artigo 9º-A (Assimetrias híbridas inversas) e o artigo 9º-B (Assimetrias de residência fiscal):

Artigo 9º-A

Assimetrias híbridas inversas

1. Caso uma ou mais entidades associadas não residentes que detenham de forma agregada um interesse direto ou indireto em 50 % ou mais dos direitos de voto, participações no capital ou direitos a uma parte dos lucros de uma entidade híbrida constituída ou estabelecida num Estado-Membro estejam localizadas numa jurisdição ou jurisdições que tratem a entidade híbrida como sujeito passivo, a entidade híbrida é considerada residente desse Estado-Membro e tributada sobre o seu rendimento na medida em que esse rendimento não seja de outro modo tributado ao abrigo da legislação do Estado-Membro ou de qualquer outra jurisdição.

Artigo 9º-B

Assimetrias de residência fiscal

Na medida em que a dedução de pagamentos, despesas ou perdas de um contribuinte que seja residente para efeitos fiscais em duas ou mais jurisdições for dedutível da base tributável em ambas as jurisdições, o Estado-Membro do contribuinte recusa a dedução na medida em que a outra jurisdição permitir que a dupla dedução seja compensada com rendimento que não seja rendimento de dupla inclusão. Se ambas as jurisdições forem Estados-Membros, o Estado-Membro em que o contribuinte não é considerado residente de acordo com a convenção para evitar a dupla tributação entre os dois Estados-Membros em causa recusa a dedução.».

Por último, o prazo de avaliação dos impactos e consequências foi alargado até 1 de janeiro de 2022.

Em termos de prazos para transposição da Diretiva para as legislações nacionais, os Estados-Membros passam a ter obrigatoriedade de transposição até 31 de dezembro de 2019, com entrada em vigor a 1 de janeiro de 2020.

6.2.1. Impacto da Diretiva (UE) 2017/952 no mercado interno

Esta diretiva é, inevitavelmente, a complementaridade da Diretiva (UE) 1164/2016, na forma de abranger ao máximo todas as situações possíveis de originar assimetrias híbridas.

Só após a divulgação da mesma é que se permitiu atingir a tributação de dividendos e rendimentos vindos de países terceiros, pelo que ocorre efetivamente combate à erosão das bases tributáveis, tal como pretendido pela OCDE e restantes organismos.

7. O futuro - Próximas evoluções

Conforme referido no capítulo acima, até 31 de dezembro de 2019 será transposta para a legislação nacional a Diretiva (UE) 2016/1164, com as adaptações previstas pela Diretiva (UE) 2017/952.

Ambas as Diretivas ficaram conhecidas pela designação inglesa ATAD (*Anti Tax Avoidance Diretive*). Elas estabelecem regras contra a prática de elisão fiscal, que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Contemplam um conjunto de medidas e mecanismos anti abuso, especialmente destinado a empresas multinacionais e/ou operações transfronteiriças.

Para além de estes serem quem mais provoca a erosão das bases tributáveis, através da deslocação dos lucros tributáveis, são quem representa os dois principais incentivadores de práticas de elisão fiscal, em consequência do fraco combate exercido pelos sistemas fiscais.

Tendo em conta que as empresas multinacionais são quem mais contribui para o PIB do país, será preocupação dos seus gestores evitar ao máximo a sua fatura fiscal. Esse planeamento seria até legítimo desde que se baseasse em benefícios obtidos com a legislação nacional em vigor. O problema é que os gestores das empresas multinacionais acabam por recair todos no mesmo pensamento. Constituir uma sociedade e obter residência fiscal num Estado sujeito a um regime de tributação claramente mais favorável.

O mesmo acontece com as operações transfronteiriças. Por mais que a UE tente controlar as relações existentes entre cada Estado-Membro e os países terceiros, haverá ser uma alternativa visionada pelo contribuinte, que lhe permite a obtenção da vantagem fiscal. Tendo em conta o avanço da globalização, as transferências com os países terceiros tornaram-se mais recorrentes e, como tal, a preocupação e controlo da UE foi crescente.

Posto isto, com as Diretivas ATAD espera-se obter um maior controlo das relações, evitando a prática de elisão fiscal. Dessa forma será possível tributar de uma forma mais justa e eficiente, contribuinte para um mercado interno mais equilibrado.

Note-se no entanto que não serão apenas as empresas multinacionais alvo das novas regras. As mesmas aplicar-se-ão a todos os contribuintes sujeitos a imposto sobre sociedades estabelecidos em pelo menos um Estados-Membro e ainda, entidades consideradas transparentes por qualquer Estado-Membro.

7.1. Proposta de Lei nº 177/XIII/4.ª (GOV), de 24 de janeiro de 2019

A presente proposta tem como principal objetivo reforçar o combate a práticas de elisão fiscal, através da transposição da Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho, com as alterações previstas na Diretiva (UE) 2017/952, de 29 de maio, para a legislação nacional.

Conforme lavrado na mesma,

> [s]ão visadas por esta proposta de lei as operações respeitantes a práticas empresariais conducentes à redução da sua fatura fiscal, «usualmente tirando partido das disparidades entre os sistemas fiscais dos diferentes países, de modo a beneficiarem de taxas de tributação reduzidas, de duplas deduções ou mesmo de ausência de uma tributação efetiva dos lucros que obtêm, deduzindo-os numa jurisdição sem, no entanto, os incluir na base tributável do outro lado da fronteira». O Governo pretende alinhar o sistema fiscal português com o enquadramento existente no contexto da União Europeia (UE), seguindo as conclusões e recomendações de vários relatórios internacionais sobre a erosão da base tributável e a transferência de lucros.

De forma breve, esta proposta vem reforçar as regras anti abuso concebidas pela ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive)*, destinadas essencialmente a empresas multinacionais e/ou operações transfronteiriças.

No que toca a legislação nacional em vigor, esta proposta pretende introduzir alterações ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), no que se refere a:

- Limitação da dedutibilidade de gastos de financiamentos (Artigo 67º do CIRC);
- Regras de tributação à saída, por alteração da residência fiscal (Artigos 46º, 54º-A, 83º e 84º do CIRC);
- Imputação de rendimentos obtidos em sociedades estrangeiras controladas (Artigo 66º do CIRC).

Conforme referido anteriormente, a presente proposta tem como objetivo combater as práticas de elisão fiscal, todavia pretende também reforçar a proteção dos diversos sistemas fiscais.

Na mesma consta um breve resumo da evolução legislativa até à data da sua divulgação, o qual será citado em seguida (2019:12):

> Em 2016 foi adotada a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, que introduziu regras de forma a prevenir a elisão fiscal por parte das empresas, abordando a questão do planeamento fiscal agressivo no mercado comum da União Europeia (UE). Estabeleceu assim as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Neste contexto, os grupos de empresas multinacionais que sejam residentes, para efeitos fiscais, em Estados-Membros, passaram a ter a obrigação de submeter declarações fiscais consolidadas, validadas pelas autoridades fiscais da UE, de modo a aferir que os benefícios concedidos não geraram, no conjunto das empresas, uma mais-valia fiscal superior ao imposto sobre o rendimento consolidado devido na UE. A Diretiva (UE) 2016/1164 assenta assim no Plano de ação para a implementação de um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz, respondendo à finalização do projeto contra a Erosão da base tributável e transferência de lucros (BEPS) do G20 e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).

Ao longo da sua análise, a Comissão referiu ainda que (2019:14):

> [e]m 2017, de forma a harmonizar a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros, foi adotada a Diretiva (UE) 2017/952, alargando assim o âmbito de aplicação, substituindo as regras sobre assimetrias híbridas da Diretiva (UE) 2016/1164. Estas regras passaram a ser aplicáveis aos contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro.

Ora, após tal síntese evolucional importa salientar que, segundo consta no portal da União Europeia apenas cinco dos vinte e oito Estados-Membros não transpuseram ainda a Diretiva (UE) 2016/1164. Foram eles: Chipre, Espanha, Grécia, Letónia e Portugal.

Em relação à Diretiva (UE) 2017/952, apenas dois Estados-Membros efetuaram a sua transposição. Foram eles: Dinamarca e Itália.

Ressalva-se que, para todos os efeitos, é permitida a transposição das Diretivas para a respetiva legislação nacional até 31 de dezembro de 2019.

7.2. Lei n.º 32/2019, de 3 de maio

Foi publicada em Diário da República a Lei nº 32/2019 a qual veio transpõe parcialmente no sistema fiscal português, as duas Diretiva anti elisão (Diretiva (UE) 2016/1164 e Diretiva (EU) 2017/952), as quais estabelece regras contra práticas de elisão fiscal, com incidência direta no funcionamento do mercado interno.

Tal transposição focou-se nos regimes aplicáveis às empresas estrangeiras controladas (CFC *Rules*), aos gastos de financiamento líquidos, às regras de tributação à saída (*exit tax rules*) e, sem esquecer, a cláusula geral anti abuso.

No seu teor foram apreciadas alterações aos seguintes normativos:

- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, nomeadamente a Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro;
- Lei Geral Tributária, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro;
- Código de Procedimento e de Processo Tributário, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro.

I. Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – Alteração parcial dos Artigos 46º, 54º-A, 66º, 67º, 83º e 84º do CIRC

Conforme referido pelo Millennium BCP,

> [e]stão consagradas alterações, nomeadamente, quanto ao diferimento e às modalidades de pagamento do montante de imposto apurado em resultado da transferência da residência de entidade com sede ou direção efetiva em território português para fora desse território, bem como às regras de valorização dos ativos quando a transferência seja efetuada para território nacional a partir de outro Estado-Membro da UE ou de países terceiros e ainda quando esteja em causa a desafetação de elementos patrimoniais de um estabelecimento estável situado fora do território português.

No que toca à transferência de residência fiscal, mantem-se o regime do Artigo 83º do CIRC sempre que respeite elementos patrimoniais referentes a alteração de residência fiscal, cessação de atividade ou transferência de elementos afetos a um estabelecimento estável, ocorrido antes da entrada em vigor da Lei nº 32/2019.

Já no que se refere às regras de tributação à saída (*Exit Tax Rules*), o Artigo 46º nº 14 do CIRC alerta que «Verificando-se a desafetação de elementos do ativo de um estabelecimento estável situado fora do território português, considera-se como custo de aquisição, para efeitos fiscais, o respetivo valor líquido contabilístico, desde que este não exceda o valor de mercado nessa data».

Isto significa que, para impedir que as entidades evitem a tributação de mais-valias com alienação de ativos, através da alteração da sede ou residência fiscal, ficou estipulado que os ativos não realizados no Estado a abandonar serão tributados mediante o seu valor de mercado, ficando isentos de tributação aquando a alienação desse mesmo ativo, no Estado para onde a entidade se mudou. Caso contrário, o Estado de aquisição do ativo seria penalizado pela ausência de tributação da mais-valia e o contribuinte poderia abusar da mudança de sede ou residência fiscal para deslocar o ativo até ao seu destino, evitando a tributação associada à sua alienação.

Em relação às sociedades estrangeiras controladas (*CFC Rules*), as novas regras obrigam a imputar à sociedade-mãe os rendimentos obtidos com as suas filiais e, simultaneamente, tributar a sociedade-mãe no seu Estado de residência. Desta forma, tenta-se impedir a deslocação dos lucros obtidos para Estados sujeitos a um regime com tributação claramente mais favorável.

Por fim, as regras relacionadas com a dedutibilidade dos gastos de financiamento (Artigo 67º do CIRC) foi alterada. O objetivo das novas regas será desencorajar os esquemas de planeamento agressivo, motivado por juros inflacionados, destinados a Estados com tributação mais baixa.

Para tal, a Lei nº 32/2019 veio esclarecer a definição de gastos de financiamento, juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos. O objetivo será portanto, abrange o maior número de situações possíveis.

II. Lei Geral Tributária - Alteração parcial do Artigo 38º da LGT

No que se refere à LGT, o Millennium BCP clarifica que,

> [a] alteração à LGT prevê a atualização da cláusula geral antiabuso interna já consagrada em conjugação com a alteração ao CPPT, a fim de garantir em Portugal um nível de proteção mais elevado contra esquemas abusivos de planeamento fiscal e elisão fiscal.
>
> A LGT passa a desconsiderar para efeitos tributários as construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas 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, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.

Isto significa que são considerados ineficazes os atos ou negócios jurídicos relacionados com construções ou séries de construções artificiais, isto é, realizadas sem motivos económicos válidos.

Para os devidos efeitos, consideram-se construções ou séries de construções esquemas de planeamento fiscal agressivo criados pelo contribuinte, a fim de obter uma vantagem fiscal que não obteria em situações normais.

Salienta-se no entanto que apesar de serem considerados ineficazes, os atos relacionados são tributáveis segundo o principio da substancia sobre a forma, principio este que se encontra subjacente ao projeto BEPS, conforme abordado no capítulo seis.

III. Código de Procedimento e de Processo Tributário - Alteração parcial do Artigo 63º do CPPT

Conforme referido anteriormente, a alteração à Lei Geral Tributária (LGT) no que se refere à atualização da cláusula geral anti abuso, foi efetuado em conjunto com a atualização do Artigo 63º do CPPT.

Conforme se pode constatar no nº 3 do artigo 63º do CPPT, a fundamentação de aplicação da cláusula anti abuso depende da comutatividade das seguintes condições:

- Comprovação de uma construção ou série de construções realizadas sem substância económica;
- Comprovação de que a construção ou série de construções foi realizada unicamente para obtenção de vantagem fiscal;
- Identificação dos atos que correspondam à substância económica;
- Comprovação de que o sujeito passivo tinha conhecimento da construção ou série de construções.

Note-se que todas estas alterações entraram em vigor a 4 de maio de 2019, isto é, no dia seguinte à sua publicação.

8. Alguns casos históricos

8.1. Luxembourg Leaks

O escândalo financeiro *Luxembourg Leaks* ou *LuxLeaks* consistiu numa investigação conduzida pelo Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação (ICIJ), a qual segundo o jornal Negócios (2014) envolveu mais de 80 jornalistas em 20 países diferentes.

Nesta investigação foram divulgados cerca de 28.000 documentos sigilosos que expuseram planeamentos de evasão fiscal praticados por mais de 300 empresas, incluindo referências multinacionais como a Apple, Amazon, Volkswagen, Fiat, Pepsi, Ikea, Vodafone e o Deutsche Bank, sob consultoria da *PricewaterhouseCoopers* (PwC), intermediada pela *Ernst & Young*, Deloitte e KPMG, entre outras firmas de contabilidade, assegura ICIJ nas suas conclusões.

Estas empresas negociavam acordos fiscais secretos com o estado luxemburguês (planos de poupança fiscal celebrados entre 2002-2010), através da constituição de *holdings* ou filiais com reduzida atividade que lhes garantiam um tratamento fiscal claramente mais favorável, em que objetivo residia na redução de impostos e na transferência de lucros.

ICIJ afirma que em muitos casos, as empresas envolvidas se aproveitavam de incompatibilidades fiscais ao nível internacional, as quais lhes permitiram evitar impostos, por celebração de empréstimos designados atualmente como híbridos.

Ora, sendo o Luxemburgo o paraíso no que toca ao tratamento de juros, uma vez que empresas com estabelecimento estável nesse Estado-Membro estão isentas do imposto sobre rendimentos de juros, a PWC desenhou esquemas de transferência de lucros estrangeiros de diversos países através do reembolso de empréstimos bancários cedidos pelo Luxemburgo, onde eram estabelecidas taxas de juros variáveis tão altas quanto os lucros obtidos pela subsidiária (originária do lucro).

No fundo, era feita transferência de lucros sobre a forma de empréstimo acompanhada da dedução de juros, podendo esse empréstimo ser considerado distribuição de lucros num Estado e juros no outro Estado contratante, dando azos a assimetria híbrida por desacordo na qualificação.

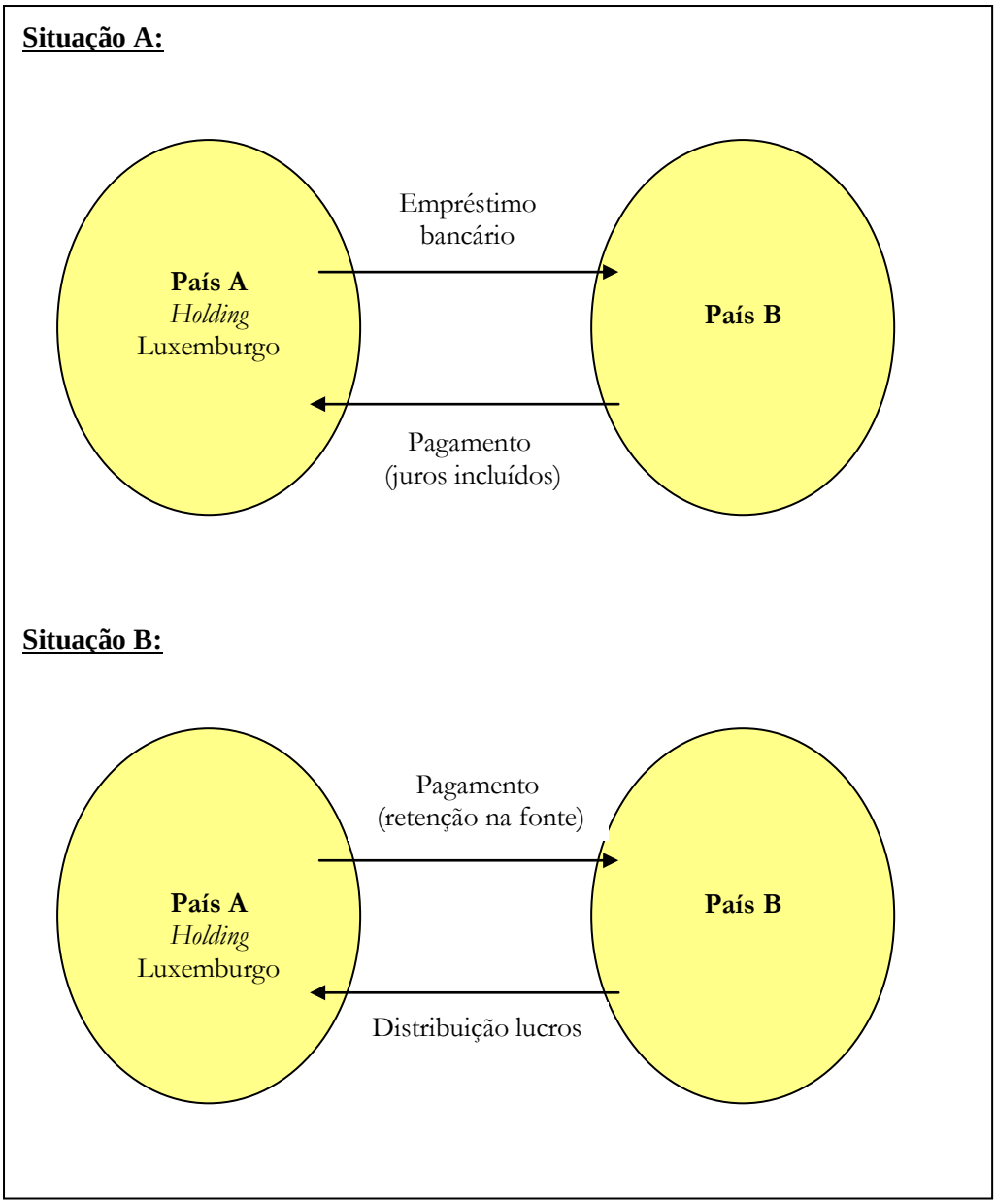

Figura 8.1. – Caso *Luxembourg Leaks:* Situações de incompatibilidade na qualificação jurídica

Como resposta, a Comissão propôs uma terceira alteração à Diretiva da Cooperação Administrativa, nomeadamente no que toca à simplificação da troca automática de informações e na garantia de que os impostos são pagos no país onde foram gerados os lucros.

8.2. Bahamas Leaks

No mesmo ano que *Panama Papers* (2016), uma fonte desconhecida entregou ficheiros de registo corporativo instalado nas *Bahamas*, onde constavam mais de 176 mil empresas fantasma e fundos instituídos desde 1990.

Conforme divulgado pelo jornal Público (2016), «a nova fuga de informação relacionada com *offshores*, denominada *Bahama Leaks* envolveu 1,3 milhões de ficheiros, relativos a 176 mil empresas e incluem os nomes de 25 mil administradores e funcionários nomeados por essas empresas ao longo dos anos».

Esclareceu ainda que,

> [a] fuga de informação diz respeito a todas as companhias registadas nas Bahamas entre 1990 e 2016 e foi obtida pelo jornal alemão *Süddeutsche Zeitung*, que a partilhou com o ICIJ. Este acervo apenas permite saber quem são os responsáveis pela administração das *offshores*, e na longa lista foram identificados 28 portugueses, que surgem como administradores de 38 empresas incorporadas nas Bahamas, com registos entre 2003 e 2015.

Entre os escândalos políticos constava o nome de Micael Gulbenkian (fundador da Calouste Gulbenkian), Pedro Morais Leitão (ex-presidente da ONI e atual administrador da Oi Brasil), Metropolitano de Lisboa, Joaquim Marques dos Santos (ex-presidente do BANIF), entre outros rostos igualmente conhecidos.

Todavia, ao contrário do que ocorreu no caso *Panama Papers*, nas informações entregues não constavam emails ou contratos relacionados. Apenas foram divulgadas, detalhadamente, as atividades exercidas e os responsáveis pela administração das *offshores*.

Tal como referido por Varzim (2016),

> [a] investigação revela que o Banif tinha, pelo menos, duas offshore nas Bahamas. Uma criada em 1995 servia para dar "apoio adicional às operações de *trade finance* do grupo no continente americano, detendo uma carteira de instrumentos de *trade finance* (letras, promissórias, etc) para posterior venda e distribuição a terceiros", segundo um relatório de contas do banco, cita o *Expresso*.
>
> A outra foi criada em 2005 com o mesmo propósito e, segundo a investigação, a 30 de junho de 2012, tinha um ativo de 87 milhões de dólares. O artigo refere ainda a GB Managers que, não constando do relatório do Banif, foi incorporada a dezembro de 2011.

O mesmo se sucedeu com a *offshore Mint Holdings Limit.*

Segundo informação divulgada no site DW *Made for minds* «a *offshore*, chamada *Mint Holdings Limit*, foi fundada em 2000 para um negócio com a empresa de energia americana *Enron*».

8.2.1. Impacto no mercado interno

Ora, sendo a *offshore* uma empresa criadas em paraíso fiscal, com a finalidade única de evitar o pagamento de impostos ou o pagamento inferior ao que estariam obrigados a pagar caso tivessem no seu país de origem, é claramente notório o motivo de criação das mesmas.

Todavia, *offshores* provocam implicações não só perda de receitas fiscais impossíveis de quantificar, devido à sua utilização camuflada, como a distorção do princípio da equidade e a distorção do mercado internacional.

A celebração de contratos entre as empresas *offshores* acaba por ser a melhor opção de inflação do preço de transferência, dado que seria impossível praticar em situações normais, entre entidades distintas e integradas na mesma unidade económica. Tal manipulação gera sobrefaturação artificial que permitirá a empresa alcançar margens de lucros líquidas bem mais elevadas.

Ao nível de assimetrias híbridas, é de fácil perceção que esta diferença de tratamento fiscal dado no Estado-Membro ou num paraíso fiscal é totalmente diferente, o que, conforme referido ao longo da presente dissertação, provoca assimetrias e distorções.

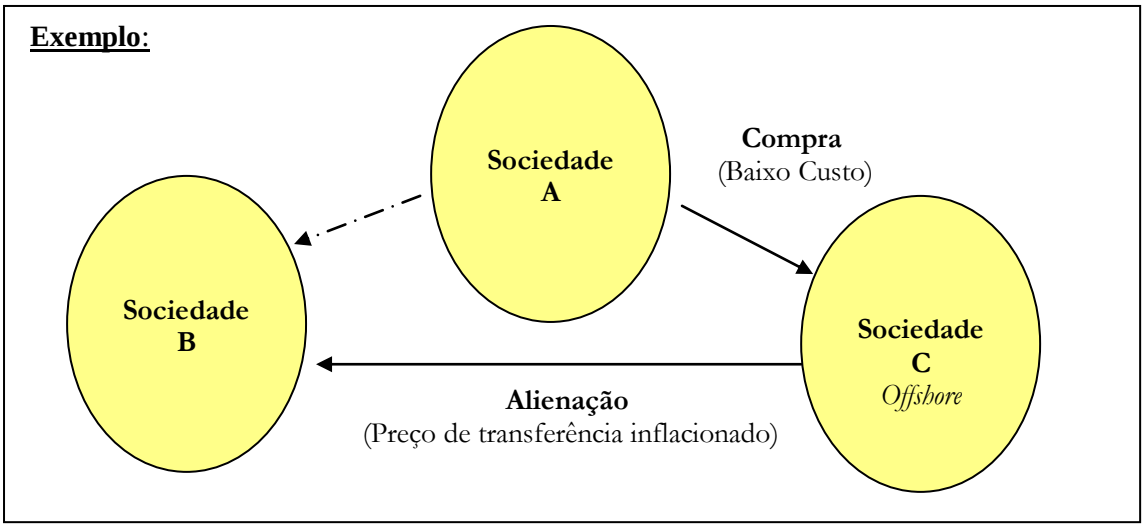

Figura 8.2 – Caso Bahamas Leaks: Esquema associado ao aproveitamento de *offshores.*

Suponhamos então que a sociedade B queria adquirir um determinado produto, produzido pela sociedade A.

Se a venda fosse feita diretamente pela sociedade A, esta teria de liquidar e pagar imposto sobre a transação e, consequentemente, a sociedade B deduziria o imposto na sua esfera. No entanto, se a sociedade A e a sociedade C fossem empresas associadas, seria claramente mais vantajoso a sociedade C adquirir a mercadoria à sociedade A por um custo ridiculamente baixo e, posteriormente, a sociedade C alienar essa mesma mercadoria á sociedade B, independentemente de quem produziu o produto.

Ora, se a *offshore* beneficia de melhores condições fiscais, nomeadamente a isenção ou redução elevada de imposto, a margem de lucro líquida seria necessariamente mais atrativa. Perspetivando já a alienação sem a intermediação da *offshore*, evidencia-se nitidamente uma margem de lucro liquida menor, devido à tributação sofrida na esfera da sociedade A.

Contudo, será este planeamento fiscal legítimo?

A verdade é que a legislação existente nada proíbe. A existência de uma *offshore* é legal. O problema é a forma como os benefícios são utilizados.

Vejamos, nas Bahamas a tributação é nula, exceto no que toca à segurança social (descontos obrigatórios rondam os 11,80%). Então, tendo em conta que todos os Estado que constituíram uma *offshore* nas Bahamas estão sujeito a imposto no seu território, será esta alternativa claramente mais favorável.

No entanto, em situações normais, as atividades operacionais deveriam ser imputadas ao Estado-Membro, tendo em conta que foi este "quem produziu o produto". É esta diferença de tratamento que leva ao aparecimento de assimetrias híbridas.

9. Alguns esclarecimentos da OCC

Uma vez ainda não terem sido transpostas as novas regras no ordenamento jurídico português, optou-se por esclarecer as questões que pairam no ar e, de certa forma, comprovar a veracidade da informação obtida pelas mais diversas fontes.

Uma vez que a OCC é um dos organismos que mais acompanha esta problemática, foi selecionado o seu departamento de consultadoria, o qual redirecionou o contato para a Dra. Anabela Santos.

Primordialmente questionou-se o âmbito das novas regras, nomeadamente o foco na aproximação aos países terceiros (questão I do anexo IV), na qual a Dra. Anabela Santos, esclareceu que a «[d]iretiva endereça, em primeiro lugar, práticas fiscais elisivas prejudiciais na UE, pelo que se compreende que a prioridade não fosse dada aos conflitos de qualificação com países terceiros».

Salientou no entanto que,

> [a] necessidade deste tema ser analisado com mais detalhe prende-se com o facto de tentar evitar criar mais assimetrias na resolução das existentes, dada a diversidade de regimes fiscais dos países terceiros. Na verdade, aos excluir os Estados terceiros, esta norma pode, até, resultar num desequilíbrio entre as soluções aplicáveis na UE e em Estados terceiros, o frustrando o objetivo de evitar a erosão da base tributável dos contribuintes na UE, e incentivando a deslocalização das fontes de rendimento para fora da União.

Isto é, apesar da aplicação se destinar tanto a Estados-Membros como países terceiros (sem foco especifico), garante-se que as transações realizadas com países terceiros têm grande impacto no desequilíbrio do mercado, pelo que é fundamental aproximar os mesmos nas novas regras, motivo que tem gerado tanto enfase.

Dra. Anabela Santos, em representação do departamento de consultadoria da OCC, afirmou ainda nos seus esclarecimentos que os países terceiros «também se encontram abrangidos pela liberdade de circulação de capitais prevista no TFUE e que restrições a esta liberdade fundamental só podem ser justificadas em face de expedientes puramente artificiais, como objetivo de elisão fiscal», pelo que se receia a dupla tributação na falta de cooperação fiscal internacional, visto que a coordenação e governação fiscal internacional ainda estão numa fase inicial.

Além disso, foi ainda ressalvada nesta questão a soberania de cada Estado e a importância do recurso a acordos bilaterais e multilaterais, conforme consagrado no artigo 3º da Diretiva Anti Elisão, como meio de combate inicial.

No que toca às regras de inclusão/recusa de dedução foi colocada em causa, na questão II, situações que envolvam um Estado-Membro e um país terceiro.

Para esta questão a OCC referiu que «haverá que ter com conta a questão das próprias regras anti abuso decorrentes de eventual acordo para evitar a dupla tributação, caso exista». Ou seja, «caberá aos Estados interessados demonstrar o abuso para que possam tomar as medidas corretivas que o acordo lhes permitir».

Não conseguindo aplicar qualquer acordo (bilateral ou multilateral de dupla tributação), estaremos perante um problema efetivo.

Como proposta de resolução, a OCC referiu que «[a] forma mais clássica de lidar com este problema tem sido, em matéria de impostos sobre o rendimento, assegurar a desconsideração da pessoa coletiva e tributar beneficiários efetivos de um determinado rendimento».

Questionada sobre a possibilidade de permanecerem lacunas legislativas após a transposição (questão III do anexo IV), a OCC afirmou que «[q]uanto aos outros Estados-membros, é provável que se verifique uma tendência para uma estratégia "*follow the leader*"», no entanto Portugal optou por aguardar os resultados obtidos pelos restantes Estados, para transporte a matéria no seu ordenamento. Crê-se por isso que estas medidas carecem de análise mais aprofundada.

Relativamente aos impactos esperados (questão IV do anexo IV), a OCC garantiu que,

> é de esperar que a Diretiva Antielisão não aporte, em si mesma, um nível de receita fiscal substancialmente elevado, até porque muitas das medidas preconizadas pela Diretiva já tinham sido adotadas em Portugal. A Diretiva traz mais harmonização e mais transparência, mas não necessariamente mais receita, pelo menos para Portugal. Já o mesmo não se pode dizer dos Estados onde se concentram os centros de decisão e os riscos económicos das operações, que serão os principais beneficiários desta Diretiva.

Quando questionada acerca do desejo pela obtenção de um mercado interno equilibrado, mais transparente e justo, a OCC acredita que,

> [a] Diretiva dá passos largos, mas não suficientes, para garantir que o imposto é pago onde o valor é gerado. Para completar esta tarefa, o grande desafio continua a ser a definição das políticas de preços de transferência, o conceito de estabelecimento estável e a redefinição dos critérios de atribuição de lucros. O projeto BEPS trouxe a consciencialização de que o panorama fiscal internacional se encontrava profundamente desequilibrado e que só uma coordenação a um nível mais centralizado poderia garantir resultados.

Por último, quando ao cumprimento do prazo para transposição, a OCC garantiu que «[n]o que se refere à Diretiva Antielisão transposta em Portugal, as alterações principais (cláusula geral antiabuso, regras CFC e tributação à saída) estão já legalmente consagradas», ressalvando ainda que a introdução destas normas já tinha sido efetuada em 2014, tendo sido agora apenas ajustada.

Assim, podemos concluir que os esclarecimentos da OCC vão de encontro às diversas fontes consultadas.

10. Conclusões

É notório que nos dias de hoje a fiscalidade internacional é uma realidade cada vez mais complexa. A conquista de mercados internacionais veio oferecer aos contribuintes uma vasta oferta a preços mais competitivos, o que se tornou uma mais-valia para as empresas, representando atualmente uma grande parte do PIB. Consequentemente foram combatidos entraves à livre circulação de trabalhadores, serviços, mercadorias e capitais.

No entanto, tais liberdades afetam até aos dias de hoje a erosão da base tributária e neste caso, citando Lino (2016) «a abolição de barreiras colocou em perigo todo o sistema de controlo de capitais e de riqueza, que passou a ser marcado pela volatilidade, incerteza e rapidez na transferência de fluxos financeiros».

Conforme referido ao longo deste estudo, apesar do combate sistemático às lacunas e assimetrias híbridas existentes, incluindo estratégias já implementadas, é imprevisível determinar o seu término, uma vez que o contribuinte tem tendência a procurar sempre alternativas que contornem a legislação em vigor.

Portugal representa contudo um dos Estados com mais legislação regulamentadora quando comparado com os restantes Estados-Membros. Porém, para um mercado interno equilibrado será necessário que todos os Estados se assemelhem e adquiram uma legislação nacional mais clara e vasta.

O projeto BEPS representa portanto um marco histórico, pois incentivou a conceção de uma matriz comunitária, com a finalidade de estimular cada Estado-Membro a criar mecanismos legislativos perspicazes e capazes de combater a prática de elisão fiscal. Esta matriz permitiu ainda que se auxiliassem as decisões políticas dos diversos Estados-Membros.

Dada a necessidade de fortalecer a união da UE foi elaborada uma Diretiva comunitária, a partir da qual seriam atualizadas as legislações de cada Estado-Membro. A Diretiva (UE) 2016/1164 surgiu assim como resultado do trabalho desenvolvido pela OCDE e o grupo G20, com o projeto BEPS.

Com ela foi possível uniformizar os normativos de todos os Estados-Membro, particularmente no que diz respeito à integração e justa competitividade comunitária. Todavia, a mesma seria omissa no que toca a tributação de dividendos e rendimentos vindo de países terceiros, pelo que surgiu em 2017 a Diretiva (UE) 2017/952 na tentativa de abranger ao máximo todas as situações possíveis de originar assimetrias híbridas.

Esta Diretiva estaria então subjacente a uma aproximação dos países terceiros à UE, falha encontrada na Diretiva (UE) 2016/1164. Desta forma, antes da transposição do normativo comunitário para os diversos normativos nacionais, estaria incluída tanto a tributação de dividendos como a tributação de rendimentos vindos de países terceiros.

Em termos retrospetivos, Fernandes, Faustino & Durão (2017) realçam o seguinte:

> Faz agora um ano dávamos aqui conta de que a Comissão Europeia tinha apresentado um "pacote legislativo" anti-elisão fiscal, com três propostas de diretiva: a COM (2016) 685 final, relativa à implementação, que se pretendia rápida, da tributação das empresas multinacionais sobre o regime da matéria coletável comum consolidada (MCCC); a COM (2016) 686 final, visando a consagração de instrumentos de resolução rápida de litígios interestaduais em matéria de dupla tributação na UE; e a COM (2016) 687 final, para impedir o aproveitamento indevido, pelas empresas, designadamente das assimetrias híbridas.
>
> Fazendo o ponto da situação, o que se passou entretanto?
>
> Correspondendo à ideia que se tem da morosidade do processo legislativo na UE, relativamente à proposta da MCCC, sabe-se apenas que a mesma foi, em 25/10/2016, comunicada ao Parlamento e ao Conselho.
>
> O mesmo, porém, se não diga em relação às outras duas propostas. Ambas se encontram transformadas em diretivas já em vigor, decorrendo o prazo para a sua transposição para os ordenamentos internos. Assim:
>
> - A COM (2016) 686 final deu origem à Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro, relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na UE, alargando-lhe até o âmbito objetivo originário;
>
> - E a COM (2016) 687 final deu origem à Diretiva (UE) 2017/952, de 29 de maio, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164, no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.
>
> Verifica-se, pois, que, quando as matérias a regulamentar interessam a todos os Estados-membros, o processo legislativo na UE, mesmo considerando toda a sua

> complexidade, tem prazos perfeitamente aceitáveis. Não se culpe aquele pela morosidade quando, em regra, lhe não será imputável.

Quereriam com isto os autores indicar que, apesar da União Europeia estar em constante tentativa de melhoramento do funcionamento do mercado interno, deverão todos os Estados-Membros ser bons cumpridores e trabalhar em sintonia. Só assim será possível controlar esta problemática que nos vem envolvendo.

Também a OCC mantém essa posição, esperando cooperação fiscal de todos os envolvidos.

Saliente-se que, conforme se pode constatar no capítulo nono, a OCC defende que os países terceiros não poderão ser esquecidos e excluídos, dada a diversidade de regimes fiscais existentes. Quando suposta a sua exclusão, impactam um desequilíbrio entre Estados-Membros e países terceiros, incentivador da erosão da base tributável pela transferência de lucros para fora do espaço europeu.

Em termos gerais, a OCC assume na sua posição que o combate desta problemática está numa fase inicial, que ainda carece de muito trabalho. Tal como indicado no Anexo IV, particularmente a resposta obtida à questão cinco, a OCC alerta para o facto de a Diretiva Antielisão não ser suficiente para garantir o pagamento do imposto no país onde os lucros foram gerados. Torna-se por isso essencial a cooperação fiscal internacional.

No que toca ao território nacional, a OCC demonstra uma posição de salvaguarda, notória pela demora na transposição da diretiva para a legislação nacional. Nos seus esclarecimentos, a OCC justifica tal demora com a necessidade de aprofundar este tema e tudo o que ele implica. Creem por isso que Portugal acabará por adotar as soluções que forem melhor sucedidas nos Estados-Membros que começaram a transposição legislativa.

Pode conclui-se por isso que, apesar de conhecido o impacto das assimetrias híbridas no mercado interno, nesta última década a Comissão tem adotado politicas seguras e demoradas, mas que conseguem alcançar a eficácia esperada.

Note-se por exemplo que em 2016, após o escândalo *Panama Papers, LuxLeaks, Bahama Leaks*, entre outros não referidos neste estudo, a Comissão propôs uma alteração à Diretiva da Cooperação Administrativa, a qual visou a simplificação na troca automática de informações. Apesar de representar um pequeno passo, foi o essencial ao alcance de melhores relações entre Estados, pela cooperação exigida, na tentativa de garantir o pagamento do imposto no país de geração dos lucros.

Mesmo reconhecendo todo o percurso que falta, nomeadamente a inclusão dos países terceiros nas regras de combate, a Comissão tem restringindo nas suas recomendações quaisquer situações prováveis de lacunas, abrangendo mais regras de neutralização que aproximem os países terceiros e dificultem a transferência de lucros para outros ordenamentos jurídicos claramente mais favoráveis, qualquer que seja a intenção do contribuinte. Utilizando palavras citadas pela OCC, estamos perante *"Work in progress"*.

Bibliografia

Azevedo, P. A. (2010). O Princípio da Transparência e a Troca de Informações entre Administrações Fiscais. Porto. (pp. 16-17).

Barros, A. (2010). O conceito de estabelecimento estável e a dupla tributação internacional. Bragança. (pp.3 e seguintes).

Comissão Europeia. (2013). Compreender as políticas da União Europeia: Mercado interno. Bruxelas. (pp. 3 e seguintes).

Dias, A. G. (2017). Silêncio da Fraude *In* Visão. Acedido em 18.02.2019, em: http://visao.sapo.pt/opiniao/silnciodafraude/2017-02-23-Deslocalizacao-de-lucros-planeamento-ou-fraude-fiscal-~

Dino. (2018). BEPS exige adequação das empresas ao cenário tributário internacional. *In* Exame. Acedido em 25.04.2019, em: https://exame.abril.com.br/negocios/dino/beps-exige-adequacao-das-empresas-ao-cenario-tributario-internacional/

Fernandes, N. P., Faustino, M. & Durão, J. (2017). A "tributação" da inobservância de requisitos formais. Acedido em 23.06.2019, em: http://www.apotec.pt/fotos/editor2/Circular%2011_2017.pdf

Fernandes, S. (2014). Fisco investiga empresas nacionais ligadas ao Luxemburgo Leaks. In Diário de Noticias. Acedido em 22.06.2019, em: https://www.dn.pt/economia/interior/fisco-investiga-empresas-nacionais-ligadas-ao-luxemburgo-leaks-4225241.html

Gouveia, A. C. A. (2016). O estabelecimento estável no contexto do BEPS - O caso específico dos contratos de comissão. Lisboa. (pp. 22 e seguintes).

Guiné, O. V. (2011). Financiamento das Sociedades por meio de valores mobiliários híbridos: entre as acções e as obrigações. *In* I Congresso, Direito das Sociedades em Revista. Coimbra (pp 76)

Lança, F. (2014). "Luxemburgo Leaks" revela fuga ao Fisco de 300 multinacionais. *In* Jornal de Negócios. Acedido em 21.06.2019, em: https://www.jornaldenegocios.pt/economia/impostos/detalhe/luxembugo_leaks_revela fuga_ao_fisco_de_300_multinacionais

Lino, P. (2016). Consequências da globalização. *In* O Jornal Económico. Acedido em 08.06.2019, em: https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/consequencias-da-globalizacao-95660

Machado, J.E.M. & Costa, P.N. (2016). A minimização dos encargos fiscais. *In* Manual de Direito Fiscal. (pp.456 e seguintes).

Mendes, P. D. F. (2017). Impostos de saída - A implementação da Diretiva Anti-elisão em Portugal. Porto (pp. 12-13).

Meneses, A. S. (2016). "*Hybrid mismatch arrangements*" e a influência da tributação na decisão de financiamento: os velhos problemas e as novas soluções. (pp.429 e seguintes).

Millennium BCP. (2019). Mais medidas de combate às práticas de elisão fiscal. Acedido em 21.06.2019, em: https://ind.millenniumbcp.pt/pt/geral/fiscalidade/Pages/atualidades_legais/2019/05/Mais-medidas.aspx

Neves, A. (2018). A Diretiva antielisão da U.E. *In* Jornal Económico. Acedido em 10.06.2019, em: https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/a-diretiva-antielisao-da-u-e-301009

OCDE. (2013). Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros, OECD *Publishing*. (pp. 42-44)

OCDE. (2014). Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, OECD *Publishing*. (pp. 7-8).

Público. (2016). *Bahamas Leaks*: 28 empresários portugueses identificados. Acedido em 27.06.2019, em: https://www.publico.pt/2016/09/21/mundo/noticia/bahama-leaks-28-empresarios-portugueses-identificados-1744817

PWC. (2017). BEPS – Novos Desafios para a tributação internacional. Brasil. (pp. 3 e seguintes)

Santos, M. C. C. D. A. (2018). Confrontação da regra CFC do art.º 66 do CIRC com as Recomendações da Ação 3 do BEPS. Lisboa. (pp. 10-14).

Santos, T. J. L. P. (2016). A tributação de entidades híbridas no domínio das Convenções e Direito da União Europeia. Porto. (pp.8-9).

Silva, J. F. (2017). Prevenção da erosão de base tributável e a transferência de lucros *In* Vida Económica. (pp.38 e seguintes).

Silva, V. M. L. (2014). Assimetrias e Disparidades - A utilização de entidades híbridas e instrumentos financeiros híbridos no planeamento fiscal internacional. Porto. (pp.8 e seguintes).

Tomasik, M. (2017). Elisão fiscal das empresas: Adoção de diretiva sobre assimetrias híbridas. *In* Consilium. Acedido em 18.09.2018, em: http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/05/29/corporate-tax-avoidance-hybrid-mismatches/

Varzim, T. (2016). Há um novo *Panama Papers*, mas nas Bahamas. *In* Eco Sapo. Acedido em 27.06.2019, em: https://eco.sapo.pt/2016/09/22/ha-um-novo-panama-papers-mas-nas-bahamas/

Xavier, S. J. G. (2017). Planeamento fiscal abusivo - Uma análise aos principais fatores que motivam o aparecimento de esquemas de planeamento fiscal. Porto. (pp.22 e seguintes).

Referências Legislativas

Assembleia da República. Lei n.º 32/2019, de 03.05.2019

Comissão da União Europeia. Proposta de Diretiva (COM(2016)0687 – C8-0464/2016 – 2016/0339(CNS)), de 02.02.2017

Conselho da União Europeia. Diretiva (UE) n.º 2017/952, de 29.05.2017

Conselho da União Europeia. Diretiva (UE) n.º 2016/1164, de 12.07.2016

Conselho de Ministros. Proposta de Lei nº 177/XIII/4.ª (GOV), de 24.01.2019

ECOFIN. (2016). Relatório ECOFIN ao Conselho Europeu sobre questões fiscais (15254/2016). Bruxelas. (pp.4)

OCDE. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (2015).

OCDE. Convenção Modelo (2000/2005)

Anexos

Anexo I – Pedido de autorização para entrevistar membros do departamento técnico/jurídico da OCC

Anexo II – Resposta ao pedido efetuado à OCC

Anexo III – Questionário enviado ao Departamento de Consultoria da OCC.

Anexo IV – Respostas obtidas ao questionário enviado

Anexo I - Pedido de autorização para entrevistar membros do departamento técnico/jurídico da OCC

Data: Qui 2019.01.17 23:11:14

Remetente: Maria Eduarda (eduarda_silva_marques@hotmail.com)

Assunto: Pedido de autorização para entrevistar membros do departamento técnico/jurídico

Destinatários: "geral@occ.pt"; "departamento.juridico@occ.pt"; bastonaria@occ.pt

Boa noite,

O meu nome é Mª Eduarda Marques, sou licenciada em Contabilidade e Administração pelo ISCAP e, de momento, encontro-me a realizar a dissertação do Mestrado em Fiscalidade pelo ISCAL, sob a orientação da Professora Doutora Clotilde Celorico Palma.

O tema escolhido incide no combate às assimetrias híbridas, tema subjacente à Diretiva (UE) 1164/2016, a qual prevê novas regras que entrarão em vigor a partir de 1 de janeiro de 2020. Com esta dissertação pretendo analisar a evolução da legislação aplicável, os pressupostos subjacentes às novas regras que vigorarão, além de prever as suas consequências na esfera do contribuinte e do mercado interno (melhorias e/ou resultados).

Neste contexto, gostaria de entrevistar membros aleatórios do departamento técnico/jurídico da OCC, no âmbito das suas funções, pois acredito que ao longo da sua carreira se tenham deparado com situações de exploração de disparidades na legislação fiscal entre dois países da UE. A partir dos seus conhecimentos e vivências, gostaria de analisar a regularidade com que são colocadas estas questões e, sobretudo, obter algumas perspetivas/opiniões face as novas regras (em termos de eficácia e eficiência na aplicação, previsão de alternativas de contorno, além de um pedido de previsão dos resultados esperados).

A entrevista não se aplicará a uma grande amostra e será elaborada com cerca de 6 perguntas de resposta aberta. Representa uma grande ajuda no desenvolvimento da dissertação enquanto metodologia de investigação aplicada, considerando a mais

apropriada ao tema em questão tendo em conta a insuficiência de matéria publicada relacionada às novas atualizações.

Agradeço desde já a atenção prestada.

Com os melhores cumprimentos,

Eduarda Marques

Anexo II – Resposta ao pedido efetuado à OCC

Registo de Saída: SE20190509/035139

Assunto: Membro 94215 - Pedido de autorização para entrevistar membros do departamento técnico/jurídico

Email: eduarda_silva_marques@hotmail.com

Data de envio: 2019-05-09 12:20:21.0

Percurso

Data / Hora	Departamento	Acção
2019-01-17 23:12	Expediente e Correio	
2019-01-18 09:13	A Bastonária	
2019-01-22 08:59	Departamento Técnico	
2019-01-24 12:02	Técnico	
2019-01-25 11:51	Técnico	Resposta
2019-05-09 09:21	Técnico	
2019-05-09 12:06	Departamento Técnico	
2019-05-09 12:13	A Bastonária	Aprovação
2019-05-09 12:15	Maria Eduarda da Silva Marques	

Pergunta: 2019-01-17 23:12

Mensagem via entrada de correspondência

Resposta: 2019-05-09 09:21

Caro(a) colega,

Maria Marques

Membro n.º 94215

Em resposta à(s) questão(ões) exposta(s) somos do seguinte entendimento:

A questão está a ser tratada pela Dra. Anabela Santos do Departamento de Consultoria da OCC.

É este o nosso entendimento sobre as questões colocadas salvo melhor opinião. A emissão deste parecer não dispensa a consulta da legislação indicada.

Sem outro assunto de momento e sempre disponível para qualquer esclarecimento adicional.

Com os melhores cumprimentos e votos de continuação de bom trabalho

Atentamente

O Técnico

Jorge Carrapiço

Departamento de Consultoria

Anexo III – Questionário enviado ao Departamento de Consultoria da OCC.

ISCAL
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

Questionário

Este questionário provém da metodologia de investigação selecionada para complementaridade da dissertação a submeter ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, a fim de obter graduação no Mestrado em Fiscalidade. O seu conteúdo é imprescindível para o desenvolvimento da temática em causa. Por isso, os meus sinceros agradecimentos pela colaboração prestada.

Questão I:

Embora a Diretiva nº 2016/1164, de 12 de julho de 2016, tivesse como principal objetivo o combate das assimetrias híbridas, não supunha regras abrangentes de neutralização que aproximasse os países terceiros. As novas regras que surgirão terão como foco essencialmente os países terceiros?

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Questão II:

As novas regras salientam que o Estado-Membro deva recusar a dedução do pagamento ou exija ao outro contribuinte a inclusão, consoante o mais adequado. Imaginemos uma situação que envolva um Estado-Membro e um país terceiro. Será possível exigir ao país terceiro a inclusão do pagamento, uma vez que não se regem pela Diretiva Comunitária?

_____

_____

_____

_____

Questão III:

E no que toca à soberania dos Estados-Membros da UE, acredita que a transposição legislativa poderá não ser realizada na sua totalidade, permanecendo alguma lacuna legislativa?

Questão IV:

Qual será o impacto destas novas regras para os Estados-Membros, nomeadamente no que toca aos seus Cofres de Estado?

Questão V:

Acredita que a alteração da Diretiva será o grande passo para a economia à escala global, alcançando um mercado interno equilibrado, mais transparente e justo?

Questão VI:

Por último, a divulgação das novas regras está prevista até 31 de dezembro de 2019, com entrada em vigor a partir de 1 de janeiro de 2020. Esse prazo será cumprido?

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Muito obrigada!

Maria Eduarda da Silva Marques

Aluna do Mestrado em Fiscalidade - ISCAL

Membro da OCC nº 94215

Anexo IV – Respostas obtidas ao questionário enviado

Questão I

Embora a Diretiva nº 2016/1164, de 12 de julho de 2016, tivesse como principal objetivo o combate das assimetrias híbridas, não supunha regras abrangentes de neutralização que aproximasse os países terceiros. As novas regras que surgirão terão como foco essencialmente os países terceiros?

Resposta:

A Diretiva endereça, em primeiro lugar, práticas fiscais elisivas prejudiciais na UE, pelo que se compreende que a prioridade não fosse dada aos conflitos de qualificação com países terceiros. É bom ter presente que a harmonização fiscal na UE não pode pôr em causa a soberania nacional em matéria de impostos, mesmo em matérias de combate à fraude e evasão fiscal.

A necessidade deste tema ser analisado com mais detalhe prende-se com o facto de tentar evitar criar mais assimetrias na resolução das existentes, dada a diversidade de regimes fiscais dos países terceiros. Na verdade, aos excluir os Estados terceiros, esta norma pode, até, resultar num desequilíbrio entre as soluções aplicáveis na UE e em Estados terceiros, o frustrando o objetivo de evitar a erosão da base tributável dos contribuintes na UE, e incentivando a deslocalização das fontes de rendimento para fora da União.

Por outro lado, a formulação do art. 9.º da Diretiva permite a negação da dedução ou a inclusão do rendimento mesmo em casos de esquemas não fiscalmente abusivos, resultantes de meras divergências na classificação de entidades ou instrumentos financeiros. Se esta abordagem já é questionável na UE, envolvendo países terceiros torna-se ainda mais arbitrária, sem que se consiga descortinar um propósito de política fiscal que não seja o da maximização da receita. Com efeito, o art. 9.º da Diretiva tributa os *efeitos* fiscais das assimetrias híbridas e não atende às *causas* que lhes deram origem (como se disse, a sua aplicação é independente da verificação de qualquer esquema abusivo).

É importante ainda ter em conta que a norma sobre assimetrias híbridas é uma norma relativa a conflitos de qualificação de rendimentos, que pode ser resolvida também com recurso aos acordos bilaterais e multilaterais de dupla tributação (aliás, a própria Diretiva Antielisão consagra essa disposição no seu art. 3.º).

E, a este respeito, convém lembrar que Portugal assinou a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros (conhecida internacionalmente como "MLI"), que modifica a aplicação de múltiplas convenções para evitar a dupla tributação, implementa requisitos mínimos que visam combater a sua utilização abusiva e torna os mecanismos de resolução de conflitos mais eficazes, sendo simultaneamente um instrumento flexível para acomodar políticas fiscais específicas.

Por fim, no tratamento do impacto fiscal das assimetrias híbridas com países terceiros, importa não esquecer que estes países também se encontram abrangidos pela liberdade de circulação de capitais prevista no TFUE e que restrições a esta liberdade fundamental só podem ser justificadas em face de expedientes puramente artificiais, como objetivo de elisão fiscal. Não parece que a redação do art. 9.º possa endereçar este equilíbrio entre o combate à elisão fiscal e a tributação dos efeitos, sem atender às causas, conforme apresentado.

A coordenação e governação fiscal internacional estão ainda a dar passos iniciais, sobretudo com o MLI, que poderão levar a que haja maior harmonização de regras e vontade política de eliminação das assimetrias. Trata-se de um *work in progress*.

A concorrência fiscal internacional é também um elemento a ter em conta na definição da política fiscal soberana dos Estados, pelo que, como mostra o caso das decisões sobre auxílios de Estado na UE, a concorrência fiscal desleal é um tema de política fiscal internacional que condiciona as decisões do legislador europeu e nacional.

A solução para as assimetrias híbridas com países terceiros corre o risco de se tornar em dupla tributação se não houver cooperação fiscal internacional. Essa cooperação não será certamente tão "fácil" de alcançar como dentro da UE.

Questão II

As novas regras salientam que o Estado-Membro deva recusar a dedução do pagamento ou exija ao outro contribuinte a inclusão, consoante o mais adequado. Imaginemos uma situação que envolva um Estado-Membro e um país terceiro. Será possível exigir ao país terceiro a inclusão do pagamento, uma vez que não se regem pela Diretiva Comunitária?

<u>Resposta:</u>

Desde logo, haverá que ter com conta a questão das próprias regras anti abuso decorrentes de eventual acordo para evitar a dupla tributação, caso exista. É que a maioria dos acordos recentes já prevê cláusulas anti-abuso (GAAR, na terminologia

internacional) na aplicação dos tratados; nesses casos, caberá aos Estados interessados demonstrar o abuso para que possam tomar as medidas corretivas que o acordo lhes permitir. Depois, como se disse acima, a própria aplicação do MLI pode vir a resolver alguns conflitos de qualificação plurilocalizados.

Na ausência de acordos bilaterais ou multilaterais de dupla tributação, a resolução da dupla tributação ou da dupla não tributação pode ser um problema efetivo. A forma mais clássica de lidar com este problema tem sido, em matéria de impostos sobre o rendimento, assegurar a desconsideração da pessoa coletiva e tributar beneficiários efetivos de um determinado rendimento. Nas regras unilaterais, destacam-se as normas CFC, ainda que, em Portugal, esta seja uma norma essencialmente anti-abuso e não permita endereçar de forma completa todas as questões geradas por assimetrias híbridas.

Também se tem discutido a tributação de manifestações de capacidade contributiva que não atinjam o rendimento, como se vem discutindo há décadas a propósito de impostos sobre transações financeiras, os *diverted taxes* no Reino Unido e, mais recentemente, os impostos sobre as atividades do digital em França.

Mas, em última análise, e como se disse acima, a solução para as assimetrias híbridas com países terceiros passa pela cooperação fiscal internacional.

Questão III

E no que toca à soberania dos Estados-Membros da UE, acredita que a transposição legislativa poderá não ser realizada na sua totalidade, permanecendo alguma lacuna legislativa?

Resposta:

Desde logo, Portugal optou por não transpor ainda a matéria das assimetrias híbridas, como consta da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, na medida em que se alega que carece de análise mais aprofundada e atendendo a que a mesma tem um prazo de transposição mais alargado. Estamos em crer que Portugal optará pela solução de acolher as soluções que forem testadas noutros Estados-membros, dado o enorme foco da política fiscal nacional na cobrança de receita de fonte interna resultante dos diversos programas de combate à fraude e evasão fiscal doméstica.

Quanto aos outros Estados-membros, é provável que se verifique uma tendência para uma estratégia "follow the leader", mas importa saber qual é o conjunto de países que avança primeiro. O facto de o Reino Unido (tipicamente, um líder nestas matérias) sair da UE e a incerteza quanto aos acordos que vierem a ser negociados para permanecer

dentro de um espaço legislativo mais ou menos harmonizado, fazem com que esta questão possa constituir um factor de concorrência fiscal daquele país com a UE.

Como a Diretiva Antielisão toca tantas frentes, de acordo com os planos de ação do BEPS, é possível que algumas das medidas venham a ter mais sucesso do que outras. Provavelmente, as assimetrias híbridas com países terceiros poderão não ser a área prioritária da política fiscal europeia, e nacional, por inerência, quando outros temas de elevada relevância estão também em causa, nomeadamente a tributação da economia digital e dos intangíveis, a resolução de litígios decorrentes de dupla tributação, o incremento da troca de informações com países terceiros.

Questão IV

Qual será o impacto destas novas regras para os Estados-Membros, nomeadamente no que toca aos seus Cofres de Estado?

Resposta:

Conforme se referiu acima, o Estado português está, prioritariamente, focado na cobrança interna de receita fiscal, tendo a matéria internacional uma relevância menor, porque implica mais e melhores meios e recursos humanos altamente qualificados e porque, desde logo, a experiência da troca de informações está ainda em fase inicial.

Além disso, a economia nacional tem beneficiado de um ciclo de investimento estrangeiro que está centrado nos recursos nacionais por questões de concorrência internacional de custos, cujo objetivo não é deixar em Portugal grandes margens de lucro. As multinacionais têm, em Portugal, estratégias de investimento que garantem margens constantes mas relativamente reduzidas de lucros, atendendo a que as funções chave do negócio estão, normalmente, localizadas nos centros de decisão, fora de Portugal; aqui se desenvolvem aquelas funções que, na terminologia internacional, são comummente designadas como atividades de “low value adding” ou, então, atividades de mera distribuição de bens de consumo; mesmo a produção é feita com base em modelos de encomenda ou a feitio, em que o risco local é mínimo.

Por tudo isto, é de esperar que a Diretiva Antielisão não aporte, em si mesma, um nível de receita fiscal substancialmente elevado, até porque muitas das medidas preconizadas pela Diretiva já tinham sido adotadas em Portugal. A Diretiva traz mais harmonização e mais transparência, mas não necessariamente mais receita, pelo menos para Portugal. Já o mesmo não se pode dizer dos Estados onde se concentram os centros de decisão e os riscos económicos das operações, que serão os principais beneficiários desta Diretiva.

Questão V

Acredita que a alteração da Diretiva será o grande passo para a economia à escala global, alcançando um mercado interno equilibrado, mais transparente e justo?

Resposta:

Como se disse, a Diretiva Antielisão é, para os Estados onde se concentram os centros de decisão e os riscos económicos das operações, um passo importante no combate à elisão fiscal. A Diretiva dá passos largos, mas não suficientes, para garantir que o imposto é pago onde o valor é gerado. Para completar esta tarefa, o grande desafio continua a ser a definição das políticas de preços de transferência, o conceito de estabelecimento estável e a redefinição dos critérios de atribuição de lucros.

O projeto BEPS trouxe a consciencialização de que o panorama fiscal internacional se encontrava profundamente desequilibrado e que só uma coordenação a um nível mais centralizado poderia garantir resultados. A UE não podia deixar de responder a este desafio, até porque o projeto do CCCTB não descola, porque não tem havido vontade política para tal.

O BEPS foi, por isso, o motor que desencadeou a ação política que se mostrava necessária, mas não suficiente para resolver os problemas fiscais contemporâneos. A Diretiva Antielisão é um passo significativo para o aprofundamento da construção do mercado interno, mas mostra-se insuficiente para afrontar problemas efetivos que têm prejudicado a cobrança de receita na UE, nomeadamente os já referidos, desde logo a tributação da economia digital e dos intangíveis.

Questão VI

Por último, a divulgação das novas regras está prevista até 31 de dezembro de 2019, com entrada em vigor a partir de 1 de janeiro de 2020. Esse prazo será cumprido?

Resposta:

No que se refere à Diretiva Antielisão transposta em Portugal, as alterações principais (cláusula geral antiabuso, regras CFC e tributação à saída) estão já legalmente consagradas. Aliás, a introdução destas normas já tinha sido iniciada em 2014 e foi agora apenas aperfeiçoada.

Como já referido, muitas das medidas do BEPS já tinham sido introduzidas na lei portuguesa (por exemplo, as relativas à dedutibilidade de gastos de financiamento, cláusula de dependência da dedução dos gastos à obtenção rendimentos sujeitos a IRC, regime de patente box, declaração *country by country*, troca automática de informações

relativa a decisões fiscais prévias transfronteiriças e acordos prévios de preços de transferência).