



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Beatriz Silva Lavouras

As Assimetrias de Residência Fiscal apreciadas à luz da Lei n.º 24/2020

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas
com Menção em Direito Fiscal orientada pelo Professor Doutor
José Casalta Nabais e apresentada Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.**

Maio de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Beatriz Silva Lavouras

As Assimetrias de Residência Fiscal apreciadas à luz da Lei n.º
24/2020

Tax Residency Mismatches assessed in light of Law no. 24/2020

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre na Área de
especialização em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Fiscal.

Orientada pelo Professor Doutor José Casalta Nabais

Coimbra, 2023

*“Chegar onde eu cheguei, subir à altura
Onde agora me encontro - é ter chegado
Aos extremos da Paz e da Ventura!”*
Antero de Quental

Agradecimentos

Ao Senhor Professor Doutor José Casalta Nabais, meu orientador e mentor neste trabalho, que me ensinou a gostar ainda mais de Direito Fiscal e que, mesmo com a distância, nunca me deixou desacreditar nas minhas capacidades. Um agradecimento sincero pela força na continuidade do trabalho, pelas suas palavras pedagógicas de aprendizagem e sobretudo, por me ter dado o privilégio de ser sua orientanda.

À BPLD&A Borges da Ponte, Linhares Dias & Associados – Sociedade de Advogados, em especial ao Dr. Victor Borges da Ponte e ao Doutor Paulo Linhares Dias, meu Patrono, pelo acolhimento e apoio para que me torne uma melhor profissional e uma futura advogada.

Ao Dr. José Couto, que contribuiu para que hoje seja jurista, que tem sempre os melhores conselhos e que está disponível para me ajudar em todos os momentos. Obrigada pela paciência na revisão do texto.

Aos meus pais, Helena e Jorge, pelo apoio e amor incondicional. Não sei o que seria de mim sem vocês! Um agradecimento especial à minha mãe que me ajudou na revisão do texto.

A toda a minha família que me acompanhou e acreditou em mim nesta jornada. À minha madrinha que apesar da distância, nunca me falhou com palavras constantes de incentivo. Aos meus tios e aos meus primos, que foram um verdadeiro porto seguro na minha caminhada de estudante.

Aos meus avós, que contribuíram para a pessoa que sou hoje. É tão gratificante poder partilhar esta conquista convosco, avó Belmira e avó Minda. Este trabalho é dedicado às pessoas que sinto mais falta todos os dias. Um bocadinho do meu coração foi também com a vossa partida, Avô António e Avô José.

À Daniela Medeiros, minha amiga, pela tradução do resumo.

Aos meus melhores amigos pela amizade, apoio e por acreditarem mais nas minhas capacidades do que eu mesma! Obrigada por estarem comigo nos bons e nos maus momentos.

Ao Rui Filipe, que contribui para que a minha vida seja mais alegre e mais tranquila, mesmo quando os dias parecem cobertos de tempestade.

E a todos quantos não mencionei, mas que de uma ou outra forma, estiveram comigo nesta jornada... o meu eterno agradecimento.

Com o advento da globalização e a internacionalização da economia, as empresas passaram a ter uma atividade plurilocalizada, o que implica a aplicação de disposições de diferentes ordenamentos jurídicos que nem sempre atuam de forma harmonizada, levando a que se gerem conflitos de qualificação de uma mesma realidade entre dois ou mais Estados.

A estes conflitos de qualificação dá-se o nome de Assimetrias Híbridas, que aparecem no campo do Direito Internacional Fiscal como uma técnica de Planeamento Fiscal Agressivo, constituindo um problema recente, que contribui para o fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros. As Assimetrias, a par do fenómeno de Erosão de Bases e Transferência de Lucros são os responsáveis por colocar em crise a equidade, a transparência e a receita fiscal dos diferentes Estados.

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo analisar uma das modalidades de assimetria, nomeadamente as Assimetrias de Residência Fiscal, originadas por Entidades Duplamente Residentes, o que ocorre pelo reconhecimento de residência fiscal à mesma entidade jurídica, por parte de dois ordenamentos jurídicos distintos.

Adicionalmente, pretende-se compreender o regime jurídico português das Assimetrias Híbridas, em especial das Assimetrias de Residência Fiscal, que constituíram um aditamento ao Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, operado através da Lei n.º 24/ 2020 de 6 de julho, que tem por base o contributo das organizações internacionais, nomeadamente as recomendações e o Plano BEPS da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, como também o pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal da União Europeia.

Portugal como Estado-Membro da União é obrigado a transpor estas diretivas, sendo a solução legislativa adotada para as Assimetrias de Residência Fiscal, uma solução que reproduz quase na íntegra a decorrente da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017.

Palavras-chave: Globalização, Residência, Planeamento Fiscal Agressivo, Dupla Não Tributação, Assimetrias Híbridas, Entidades Duplamente Residentes, BEPS, Diretiva Anti Elisão Fiscal.

Upon the advent of globalization and the internationalization of the economy, companies started employing a multi-localized activity, which implies the application of provisions from different legal systems that do not always act harmoniously, leading to qualification conflicts of the same reality between two or more States.

These qualification conflicts are called Hybrid Mismatch Arrangements, which are used in the field of International Tax Law as an Aggressive Tax Planning technique. This constitutes a recent problem, contributing to the phenomenon known as Base Erosion and profit transfer. The Hybrid Mismatch, along with the phenomenon of base erosion and profit Shifting, are responsible for the crisis that has settled over equity, transparency and tax revenue in different States.

This master's dissertation aims to analyse one type of the aforementioned Hybrid Mismatch Arrangements, specifically the Tax Residency Mismatches, originated by Dual Resident Entities, which occur when the same legal entity is recognized by two different legal systems for tax residence.

Furthermore, it is also intended to understand the Portuguese legal system of Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Residency Mismatches in particular, which constituted an addition to the Corporate Income Tax Code, operated through Law no. 24/2020 of July 6th, which is based on the contribution of international organizations, namely the Organization for Economic Cooperation and Development – OECD's recommendations and BEPS Plan, as well as the European Union's package of Anti-Tax Avoidance Directives.

As a Member State of the Union, Portugal is bound to transpose these directives with the legislative solution being adopted for Tax Residency Mismatches, a solution that mirrors almost in full the result of Directive (EU) 2017/952 of the Council of May 29th, 2017.

Keywords: Globalization, Residency, Aggressive Tax Planning, Double Non-Taxation, Hybrid Mismatch Arrangements, Dual Resident Companies, BEPS, Anti-Tax Avoidance Directives.

Lista de Siglas e Abreviaturas

AH	Assimetrias Híbridas
PF	Planeamento Fiscal
UE	União Europeia
DFI	Direito Fiscal Internacional
ONU	Organização das Nações Unidas
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CDT	Convenção de Dupla Tributação
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
EE	Estabelecimento Estável
EM	Estado-Membro
CRP	Constituição da República Portuguesa
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
LGT	Lei Geral Tributária
ATAD I	The Anti Tax Avoidance Directive I
ATAD II	The Anti Tax Avoidance Directive II
ATAD III	The Anti Tax Avoidance Directive III
CEE	Comunidade Económica Europeia
PME	Pequenas e Médias Empresas

INTRODUÇÃO	7
1. O PROBLEMA DA EROÇÃO DAS BASES TRIBUTÁRIAS DAS EMPRESAS	11
1.1. A ORIGEM DO PROBLEMA.....	11
1.2. A SOBERANIA FISCAL DOS ESTADOS E O PODER DE TRIBUTAR.....	17
1.3. OS PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM O PODER DE TRIBUTAR DOS ESTADOS	24
1.4. DEFINIÇÃO DA QUALIDADE DE RESIDENTE NO CASO DAS PESSOAS COLETIVAS E O EVENTUAL CONFLITO DE RESIDÊNCIA	28
1.5. A TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS	31
1.6. O PLANEAMENTO FISCAL E OS SEUS LIMITES.....	38
2. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS	45
2.1. DEFINIÇÃO.....	45
2.2. MODALIDADES, RESULTADOS E EFEITOS	51
2.3. ASSIMETRIAS DE RESIDÊNCIA FISCAL	57
3. MEDIDAS DE COMBATE: AS SOLUÇÕES DADAS PELA OCDE E PELA UNIÃO EUROPEIA	64
3.1. O PLANO BEPS DA OCDE	64
3.1.1 A Ação 2 do Plano BEPS.....	67
3.2. AS SOLUÇÕES ADOTADAS PELA UNIÃO EUROPEIA: O PACOTE DE DIRETIVAS ANTI ELISÃO FISCAL	70
3.2.1. A Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (ATAD I).....	71
3.2.2 A Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 (ATAD II).....	73
4. A IMPLEMENTAÇÃO DAS REGRAS SOBRE AS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS NO ORDENAMENTO FISCAL PORTUGUÊS	79
4.1. CARACTERIZAÇÃO DA POLÍTICA FISCAL E DO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS	85
4.2. O REGIME PORTUGUÊS: A LEI N.º 32/2019 DE 3 DE MAIO DE 2019 E A LEI N.º 24/2020 DE 6 DE JULHO DE 2020	89
4.3. ANÁLISE DAS SOLUÇÕES ADOTADAS PELO REGIME PORTUGUÊS DAS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS.....	95
4.3.1. O artigo 68.º - D e as Assimetrias de Residência Fiscal em concreto	95
4.3.2. Breves Críticas.....	99
CONCLUSÃO	105
BIBLIOGRAFIA	115

Introdução

A presente dissertação intitulada “As Assimetrias de Residência Fiscal apreciadas à luz da Lei n.º 24/2020” nasce com o intuito de estudar uma matéria considerada ainda como uma novidade, principalmente porque só recentemente é que foi inserida no ordenamento jurídico português.

As Assimetrias Híbridas aparecem no campo do Direito Internacional Fiscal como uma técnica de Planeamento Fiscal Agressivo e constituem um problema recente que contribui para o fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros.

Por volta de 1998, a comunidade internacional começa a dedicar tempo a este fenómeno, identificando-o, após a conclusão do relatório sobre práticas fiscais prejudiciais efetuado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, conhecida comumente por OCDE.

O nome deste instituto desperta alguma curiosidade e na teoria nem é, assim, tão difícil de definir o que são as Assimetrias Híbridas. Estas surgem do facto de muitas vezes, mais do que um ordenamento possuir uma qualificação jurídica diferente para uma mesma realidade jurídica. Com efeito, cada Estado pode definir as obrigações tributárias e os seus critérios de sujeição, como bem entender.

Porém, veremos que é, cada vez mais, necessária uma harmonização global, ou uma tentativa de harmonização, uma vez que existe uma crescente utilização dessas distorções com o objetivo de receber uma vantagem fiscal, através de situações de Dupla Não Tributação, que originam resultados de Dupla Dedução ou Dedução Sem Inclusão do rendimento.

Para este efeito, iremos, em primeiro lugar, ao cerne da questão, compreender de onde surge o fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros e com este, as Assimetrias.

Antes de procurarmos compreender o seu enquadramento jurídico, será essencial compreender mais sobre a origem deste fenómeno, que surge com a globalização e internacionalização do comércio. Além disso, compreender que a erosão de bases e transferência de lucros têm consequências significativas para a soberania dos Estados e o seu poder de tributar, por isso, iremos conhecer os meandros e limites pelo qual se rege a soberania fiscal e os princípios que guiam o poder de tributar.

Uma vez que estamos a tratar de operações plurilocalizadas das empresas, urge compreender o princípio da Fonte e da Residência, como também o princípio da

Territorialidade e, adicionalmente, a definição da qualidade de residente das pessoas coletivas em situações eventuais de conflito de Residência.

Para terminar a contextualização do problema iremos ainda caracterizar a tributação das empresas no panorama internacional e nacional, como também analisar o princípio da gestão e da liberdade de Planeamento Fiscal.

Ao entrarmos no campo do Planeamento Fiscal, é obrigatório perceber como este é utilizado pelas empresas, uma vez que as Assimetrias Híbridas são uma forma de Planeamento Fiscal Agressivo. Existe uma linha ténue entre as práticas de PF agressivo e abusivo e, por isso, contextualizaremos os limites deste direito das empresas, enquanto agentes económicos.

No momento seguinte, conheceremos quais são os instrumentos e entidades utilizados pelos híbridos no mercado, ou seja, perceber as suas modalidades, os seus resultados e os efeitos típicos que surgem em consequência da utilização deste instituto que estabelece a génese do nosso estudo.

Apesar de efetuarmos um retrato geral sobre as Assimetrias Híbridas, o nosso objetivo é conhecer e analisar, em especial, as Assimetrias de Residência Fiscal. Estas são originadas por Entidades Duplamente Residentes, o que ocorre pelo reconhecimento de residência fiscal à mesma entidade jurídica, por parte de dois ordenamentos jurídicos distintos. Iremos perceber que isto acontece por causa da inexistência de um critério universal e uniformizado para a atribuição de residência fiscal por parte de um Estado.

É nossa finalidade compreender quais são os aspetos mais importantes das soluções legislativas adotadas a nível nacional para estas figuras. Mas para isso, para os conhecermos da melhor forma, teremos de começar por perceber que caminho se fez na dimensão jurídica internacional de maneira a resolver este problema.

Desta forma, conheceremos, em traços gerais, quais foram os passos dados pela OCDE, quais as suas recomendações em relação a estas distorções económicas e concorrenciais – as Assimetrias Híbridas – responsáveis por colocar em crise a equidade, a transparência e a receita fiscal dos diferentes países.

A Ação 2 do Plano BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*, é que nos traz as principais medidas de combate a este instituto jurídico. Segundo, o relatório Inicial da OCDE no âmbito do projeto BEPS, “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, a Ação 2 do plano BEPS destina-se à neutralização de figuras híbridas.

Também a União Europeia teve um importante papel na efetivação de soluções para evitar estas situações de Assimetria, através de duas diretivas: a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, também conhecida como ATAD I, que estabelece as regras de práticas de elisão fiscal, que incidem diretamente no funcionamento do mercado interno e da qual as Assimetrias Híbridas se encontram elencadas no seu artigo 9.º, e a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio 2017 ou ATAD II, que altera a ATAD I, esta de carácter mais importante visto que trata, adicionalmente, do caso de Assimetrias Híbridas em relação a países terceiros.

Esta preocupação de combate e neutralização do problema dos híbridos passou a ser comum também aos Estados-Membros da UE, sendo estes obrigados a transpor as diretivas para o seu ordenamento interno.

Uma vez que Portugal constitui-se como Estado-Membro da OCDE e da União Europeia, veremos como o nosso país organiza o seu sistema e política fiscal, a nível interno e internacional e em que medida decorreu a obrigação da transposição das normas de direito comunitário.

O legislador português, para a realização desta incumbência, organizou a transposição do pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal com efetivação de duas leis relevantes, em três momentos fulcrais a considerar: a Lei n.º 32/2019 de 3 de março, cujas disposições abrangeram a generalidade dos mecanismos de combate à elisão fiscal, previstas nas diretivas, com especial destaque para as alterações introduzidas à cláusula geral anti abuso, e a Lei n.º 24/2020 de 6 julho, que altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – CIRC – transpondo parcialmente a ATAD II, a Diretiva (UE) 2017/952, do Conselho, de 29 de maio de 2017. Compreenderemos que a Lei mencionada veio prever o aditamento ao Código do IRC, com a inclusão de novas regras destinadas a neutralizar os efeitos das Assimetrias Híbridas, que se vieram a materializar nos artigos 68.º - A, 68.º - B, 68.º - C e 68.º - D.

Ao longo do trabalho, mais do que entender o que são as Assimetrias Híbridas, importa esclarecer as recomendações adotadas pela OCDE e as soluções que a União Europeia tomou no seu pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal, como dinâmica para conhecer a fundo as medidas e a estratégia adotada no Regime Português, que culminou na alteração do artigo 68.º e no seu aditamento, que analisaremos cuidadosamente.

O cerne do nosso estudo consubstancia-se na análise das normas consagradas no novo artigo 68.º - D do Código do IRC, que tem como objetivo elencar o regime adotado em Portugal para as situações em que as empresas recorrem às Assimetrias de Residência Fiscal como técnica de Planeamento Fiscal que, como entenderemos, se caracteriza por ser um Planeamento Fiscal Agressivo.

Contemplaremos, assim, as duas normas que compõem o referida disposição, n.º 1 e 2, com o objetivo de perceber quais foram as decisões do legislador nacional, ou seja, se este se limitou a transpor as normas *ipsis verbis* ou se, realmente, se demonstrou mais criativo, afoito ou até ambicioso criando soluções para o combate e neutralização das Assimetrias Híbridas, que vão para além das regras anti híbridos criadas e emanadas pelas normas comunitárias presentes nas Diretivas Anti Elisão Fiscal da União Europeia.

Poderia, desde logo, considerar-se equívoco a referência à legislação nacional no título da presente dissertação, na medida em que nos ocupamos mais em abordar as soluções emergentes do enquadramento jurídico-europeu da problemática, que propriamente as consagradas ao nível da legislação nacional. De facto, assim é. Porém, como veremos, tal só acontece por uma única e singela razão: é que a legislação nacional que transpôs para o direito interno as diretivas da União, limitou-se a quase verter *ipsis verbis* as disposições normativas europeias, sem novidades de maior. Ora, esta é uma das críticas centrais que acabaremos por fazer, pelo que mantém pertinência, por este facto, a referência à legislação nacional em título da dissertação. Dito de outro modo, é o facto da legislação nacional ter optado por não ir mais longe que a normação europeia – embora tivesse relativa margem de conformação legislativa para o fazer – que nos obriga a deslocar a discussão que aqui nos propomos fazer da sede do ordenamento jurídico nacional para o europeu, termos em que, aquilo que à primeira vista se poderia imputar como equívoco, mais não é que um dos motivos para as apreciações críticas que acabaremos por fazer no final da presente dissertação.

Assim, faremos um breve retrato do caminho que no futuro deve ser tratado sobre esta matéria, de forma a atingir uma tentativa de harmonização fiscal internacional e a erradicar o fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros que é nefasto tanto para os Estados, como para os contribuintes, nomeadamente aquelas empresas que não têm substância para se tornarem multinacionais.

1. O problema da erosão das bases tributárias das empresas

1.1. A origem do problema

Os Sistemas Fiscais Internacionais e os seus princípios foram moldados no início do séc. XX, quando as economias mundiais ainda eram independentes, uma vez que se encontravam relativamente fechadas¹. No entanto, depois da 1.º Guerra Mundial, as empresas iniciaram o seu crescimento transfronteiriço, apesar do comércio e do investimento internacional ser rigidamente legislado, tendo como consequência a necessidade de se estabelecerem, entre os diferentes países, acordos para evitar a Dupla Tributação Internacional². Mas, é a partir da 2.º Guerra Mundial que estas Convenções se multiplicam, em resultado da intensificação e do crescimento da internacionalização da economia³.

Com o fenómeno da globalização, os factos tributários passaram a ser plurilocalizados⁴, dada a possibilidade de transacionar além-fronteiras e de estabelecer sociedades geradoras de lucros tributáveis em diversos Estados.

O Tratado de Maastricht, como também é conhecido, o Tratado da União Europeia, assinado a 7 de fevereiro de 1992 e que entrou em vigor a 1 de novembro de 1993, foi fundamental para a consagração da livre circulação de capitais⁵ e a liberdade de estabelecimento na União Europeia e, com isso, a criação de um mercado interno único.

Com o avanço tecnológico, também a digitalização se tornou um grande impulso para que as empresas residentes na Europa, ou em outros continentes, se tornassem multinacionais. No entanto, o aumento do fluxo das operações transfronteiriças gerado pela globalização e pela digitalização, como também a distinção entre produtores de recursos

¹ Segundo KOBETSKY, citado por JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, “BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspectivas futuras”, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018, p. 25.

² Para mais desenvolvimento, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.º Edição Atualizada (Reimpressão), com colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier, Almedina, 2022, p. 5.

³ Assim, dá-se uma intensificação da celebração das convenções sobre dupla tributação, com destaque para os países anglo-saxónicos, em resultado da crescente internacionalização da economia norte-americana e das relações entre o Reino Unido e os restantes países da Commonwealth. v. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 24.

⁴ “Os factos plurilocalizados, que são matéria de estudo para o Direito Fiscal Internacional, ocorrem a propósito dos impostos sobre o rendimento e o património e o seu regime é, em grande medida, inspirado pelas recomendações da OCDE e da União Europeia.”, cite ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, Almedina, 5.ª Edição, 2020, p. 37.

⁵ O processo para a consagração da livre circulação de capitais inicia-se em 1988 e culmina com a obrigação unilateral e *erga omnes* da eliminação de restrições à livre circulação de capitais por parte da União Europeia, com a entrada em vigor do referido tratado. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.º Edição, Revista e Atualizada, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2022, p.11.

naturais e outros, ou a crise financeira de 2008⁶, originaram o aparecimento de diversos desafios para a economia mundial e influenciaram o advento de distintos problemas que se tornaram nefastos para os Sistemas Fiscais. Por essa razão, estas questões compõem o objeto de estudo o que se dedica Direito Internacional Fiscal⁷.

Como é do conhecimento geral, as receitas arrecadadas por cada Estado provêm, maioritariamente, dos impostos e as empresas têm um papel muito relevante nesta matéria. Na verdade, e de acordo com CASALTA NABAIS, as empresas em si, desempenham três papéis importantes a considerar: de contribuintes, de sujeitos passivos e de administradores ou gestores de impostos⁸. É certo que estes três papéis são geradores de muitos encargos para as empresas.

No entanto, no estudo que nos propomos fazer, importa apenas considerar dois dos três papéis das empresas – o de contribuinte e o de sujeito passivo. O primeiro resume-se ao suporte das manifestações de capacidade contributiva, no caso concreto, como titulares passivos de impostos sobre o rendimento: o Rendimento das Pessoas Coletivas – IRC – que diz respeito às empresas coletivas ou societárias⁹.

Com a internacionalização das empresas e o aumento da sua atividade plurilocalizada, estes agentes económicos passaram a ter lucros em mais do que um ordenamento jurídico, o que implica também a aplicação de diversas disposições de direito interno dos diferentes países onde operam. Assim, estes passam a ter um substancial aumento na sua carga fiscal, já que deixam de estar sujeitos apenas aos impostos de um país, devendo ser tributados pelos impostos diretos referentes a cada território onde operam.

⁶ A crise financeira de 2008 que teve o seu início nos EUA, mas que logo se tornou uma crise mundial, que acabou por afetar e ter grande repercussão na União Europeia, principalmente nos países que fazem parte da União Económica e Monetária. Exemplo disso mesmo, é Portugal, que foi um dos países mais afetados por esta crise, derivado do programa de resgate financeiro a que tinha sido submetido. Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, p.12.

⁷ Alberto Xavier define que o objeto deste ramo de direito são as situações internacionais, as denominadas *cross-border situations*, ou seja, situações que tem contato, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar. cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, p. 3. Veja-se, ainda, que o Direito Fiscal Internacional surgiu com o propósito de eliminar a dupla tributação internacional, defendendo alguns autores, apesar de controverso, que também tem como objetivo evitar a dupla não tributação e assim garantir o princípio da tributação singular. ANA PAULA DOURADO, *ibidem*, p.17.

⁸ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 249 e 250.

⁹ Para efeitos do nosso estudo, apenas iremos considerar o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Porém, importa esclarecer, que as empresas se apresentam como titulares passivos de impostos de rendimento, não só de IRC, mas também de IRS, se estiverem em causa contribuintes que constituam empresas singulares ou individuais. Como contribuintes que são, estão sujeitas a toda e qualquer manifestação de capacidade contributiva, é o caso de impostos em sede de património e sobre o consumo. Para mais desenvolvimentos, ver JOSÉ CASALTA NABAIS, *ibidem*, p. 250.

Como iremos analisar mais adiante, o problema que nos encontramos a analisar tem, na sua génese, variadíssimas razões. Uma delas é o facto de os países não atuarem de forma harmonizada, isto é, a nível legislativo, no caso em específico, a nível das disposições tributárias. Na situação em concreto, estas disposições e, em particular, os impostos sobre o lucro das empresas são matéria reservada dos Estados-Membros¹⁰.

Desta competência reservada geram-se os conflitos de qualificação de uma mesma realidade entre dois ou mais Estados, já que estes não contêm as mesmas disposições tributárias. Os Estados têm liberdade para legislar fiscalmente, sendo estes, na situação tributária, os sujeitos ativos.

Por sua vez, para as empresas com atividade plurilocalizada nascem encargos, obrigando-as a que, na sua atuação a nível económico, estas tenham de passar a integrar um fator decisório extra: a componente fiscal. É desta forma que surge o segundo papel das empresas, o de Sujeito Passivo¹¹. Assim, através deste e como forma de ultrapassar os variadíssimos desafios que as empresas têm na sua tributação, estas adotam o Planeamento Fiscal na base da sua política tributária¹².

Segundo o SALDANHA SANCHES, o Planeamento Fiscal é uma “(...) *técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação ou escolha, entre várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais*”¹³.

As empresas utilizam o Planeamento Fiscal¹⁴ como forma de obterem vantagens fiscais, nomeadamente a diminuição ou anulação da tributação ou o diferimento temporal do imposto a pagar.

¹⁰ Para mais desenvolvimentos, MARIA MATILDE LAVOURAS, “Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 211 a 214.

¹¹ É essencial esclarecer que os ónus e encargos, a que as empresas estão sujeitas fiscalmente, não se resumem apenas às suas obrigações fiscais enquanto contribuintes. Estas apresentam-se como sujeitos passivos de diferentes e complexos deveres fiscais, que não se resumem à sua capacidade contributiva, mas também à de terceiros, sejam estes contribuintes ou não. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 250.

¹² A política fiscal é o estudo do impacto das regras fiscais no comportamento dos contribuintes e serve como ponto de partida no trabalho do legislador que escreve as normas que são a base do Direito Fiscal.

¹³ SALDANHA SANCHES, *Limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006.

¹⁴ Segundo a Constituição da República Portuguesa, o planeamento fiscal encontra-se nas liberdades de iniciativa económica e da empresa nos Artigos 61.º, 80.º al. c) e 86.º em articulação com os artigos 103.º, n.º 1 e 104.º do mesmo diploma. Ora, se um negócio jurídico puder ser concluído por duas ou mais formas com

É desta forma que surge a problemática a que nos propomos desenvolver neste estudo e que constituiu um dos maiores fenómenos em sede da tributação das empresas: a erosão de bases tributárias e transferência de lucros. Este fenómeno ocorre em consequência do comércio internacional. Atente-se que as empresas multinacionais são as maiores “adeptas” do mesmo, sendo que, na atualidade, aquelas que tem atividade sustentada pela crescente economia digital também beneficiam desta situação.

Comecemos por explicar de que se trata, em concreto, esta erosão das bases tributárias¹⁵. *Lato sensu*, é essencial perceber que este fenómeno se concretiza em dois importantes segmentos: a erosão das bases tributárias *stricto sensu* (*Base Erosion*) e o desvio de lucros (*Profit Shifting*).

No caso da erosão de bases tributárias, o que está em causa é a evitação da prática do facto tributário ou facto gerador num determinado país, erodindo em relação a este a correspondente base tributária e fixando-a em países de baixa ou nula tributação.

Por sua vez, o desvio de lucros, corresponde à ação consequente da erosão, ou seja, depois de ser evitado o facto tributário ou o facto gerador do imposto, existe um desvio dos lucros para países com baixa ou nula tributação¹⁶.

É na atividade plurilocalizada que as empresas, enquanto sujeitos passivos e contribuintes, encontram a possibilidade de usufruir das vantagens deste fenómeno.

De facto, estas duas frações do problema são realidades bem distintas, mas podem ser perfeitamente tratadas de modo unitário, dada a identidade dos seus fatores ou causas que contribuem para a sua génese. Assim, os resultados prejudiciais que incitam certos países a oferecerem condições de tributação quase inexistentes ou até mesmo nulas, onde o único objetivo é o desvio de tributação, beneficiam especialmente as empresas e prejudicam particularmente os contribuintes com limitada mobilidade¹⁷. Em consequência, existem Estados que estão sujeitos ao “reverso da moeda”, ou seja, estes acabam por ser “vítimas”

resultados económicos equivalentes, o agente económico racional adotará aquele negócio jurídico que tenha um resultado fiscalmente menos oneroso. Para maior desenvolvimento, ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, Almedina, 5.ª Edição, 2020, p. 294 a 296.

¹⁵ Esta é uma expressão que ganhou dimensão e adoção pela OCDE em 2013, através do seu plano de ação – O plano BEPS – que iremos analisar mais à frente no decorrer deste estudo a que nos propomos desenvolver.

¹⁶ Para outras definições, JOSÉ CASALTA NABAIS em *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 257.

¹⁷ Para mais detalhes sobre os contribuintes de limitada mobilidade, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, p. 257 e 258.

deste fenómeno. No final das contas, não lhes resta mais nada do que tentar garantir a arrecadação da sua “*fair share*” das receitas que resultam de operações transfronteiriças¹⁸.

Este é um fenómeno complexo, onde em todas as situações teremos beneficiados e prejudicados. Quando analisarmos as soluções para este problema, entenderemos, de forma mais detalhada, quem é quem.

Importa, por isso, alcançar que além da falta de harmonização fiscal, as operações plurilocalizadas, que surgem do comércio internacional, também são uma equação do problema.

Veja-se, portanto, que nestas operações, a competência tributária é distribuída entre o Estado Fonte e o Estado Residência. Logo, o dilema aqui está em determinar qual é o Estado competente para tributar os rendimentos globais. Como forma de identificar a competência poderemos considerar dois princípios: o primeiro, o princípio da Fonte, onde o direito à tributação pertence ao Estado onde foram gerados esses rendimentos, e o segundo, o princípio da Residência, em que se considera o Estado de residência, o titular da tributação desses rendimentos.

A ideia é que o mesmo rendimento só pode ser tributado uma vez, evitando assim tanto a dupla tributação, como a dupla não tributação¹⁹. Ora, cabe aos Estados enquanto Sujeitos Ativos, evitar a dupla tributação.

Em suma, é da falta de harmonização²⁰ entres as jurisdições globais ligada à existência de uma pluralidade de elementos de conexão que legitimam o direito à tributação, que emergem das distorções. Estas, a nível europeu, como é o caso de Portugal, constituem um desvio aos princípios que alicerçam a política económica comum.

¹⁸ Nesse sentido, o Direito Internacional Fiscal tem vindo cada vez mais a assumir importância devido a este fenómeno, sendo que os intervenientes da comunidade internacional atribuem a responsabilidade do mesmo à globalização, à inovação e aos novos modelos de negócios que se aliaram às novas tecnologias e, que levaram a uma crescente inadequação dos sistemas de tributação do mundo atual que se encontra em constante mutação. V. CHAMIR MANÉ TAVARES, “*O projeto BEPS da OCDE: A coerência do Direito Internacional Fiscal*”, Dissertação de Mestrado, Nova School of Law, 2020, p. 5.

¹⁹ ANA MIRANDA, “*Assimetrias Híbridas- A resposta da OCDE e da UE*”, Dissertação de Mestrado, UCP, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018, p. 12

²⁰ A Harmonização fiscal é o processo de aproximação de legislações que consiste na eliminação das disparidades entre ordenamentos jurídicos de diferentes países num determinado domínio. v. J.M. ALBUQUERQUE CALHEIROS, “Harmonização de legislações – Que futuro?”, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, AAVV, Coimbra, 1997, p. 131 a 144, referenciado por MARIA MATILDE LAVOURAS, “Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 211.

Além disso, como iremos apreciar, são as distorções ou disparidades que fomentam situações de Dupla Tributação²¹ ou situações de Dupla Não Tributação, que são propositadamente criadas pelos contribuintes, que procuram, dessa forma, beneficiar de um tratamento fiscal mais favorável.

Este fenómeno de procura do tratamento fiscal mais favorável ocorre através da busca arquitetada da catalisação de otimizações fiscais, que se conseguem não pela redução do imposto a pagar numa jurisdição específica, mas a partir de uma redução do imposto a pagar na globalidade das jurisdições que exercem soberania tributária sobre o sujeito passivo e as suas operações. Assim, as multinacionais aproveitam as disparidades²² entre os sistemas fiscais dos Estados, de forma a minorar a sua carga fiscal, que por causa destas, se encontram permeáveis ao recurso de técnicas de planeamento fiscal agressivo e atividades de arbitragem fiscal²³.

O fenómeno do “*tax arbitrage*”²⁴ – arbitragem fiscal – consiste em um aproveitamento por parte dos contribuintes que têm presença em mais de uma jurisdição, dos benefícios decorrentes das diferenças entre os vários sistemas fiscais, nomeadamente, das disparidades de qualificação de determinada forma legal ou de um determinado instrumento financeiro²⁵, como também da mesma transação em mais do que um território²⁶.

Ao abrigo deste tipo de planeamento, estas empresas acabam por beneficiar de variadíssimos mecanismos, tais como: taxas de tributação reduzidas, dupla não tributação,

²¹ A dupla tributação internacional ocorre através de concurso de normas que pertencem a ordenamentos tributários distintos dos Estados soberanos, dando origem a uma “colisão de sistemas fiscais”. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.º Edição Atualizada (Reimpressão), Almedina, 2022, p. 37.

²² ANA PAULA DOURADO afirma que as disparidades são lacunas não intencionais resultantes da conjugação de regimes de dois ou mais ordenamentos jurídicos, que proporcionam planeamento fiscal originando resultados de Dupla Não Tributação. Para um maior esclarecimento sobre as disparidades, *Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 298 e 299.

²³ Isto acontece pelo incremento do comércio internacional, com o conseqüente crescimento da competitividade fiscal, não esquecendo que atualmente há a normalização de acesso a firmas de consultoria fiscal presentes em mais do que uma jurisdição, para um melhor desempenho ou “performance” fiscal. JOÃO MIGUEL NETO RAMOS PINTO, “*Assimetrias Híbridas Importadas – Análise crítica do ponto de vista Europeu e Português*”, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2021, p. 6.

²⁴ Veja-se que este fenómeno pode ser perspetivado em três sentidos: arbitragem económica, a arbitragem fiscal, que tratamos aqui em concreto, e que se realiza na utilização das diferenças entre as normas fiscais e, é claro, a arbitragem propriamente dita.

²⁵ Definição segundo TULLIO ROSEMBUJ, “International Tax Arbitrage”, 39 *Intertax* 4, 2011, p. 159 e 160 citado por JOÃO MIGUEL NETO RAMOS PINTO, “*Assimetrias Híbridas Importadas – Análise crítica do ponto de vista Europeu e Português*”, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2021, p. 6.

²⁶ De acordo com David Rosenbloom, “*International Tax Arbitrage and the «International Tax System*”, *Tax Law Review*, (53)137, 2000.

duplas deduções, ou de assegurar que os seus rendimentos sejam excluídos da base tributável de uma jurisdição e, que simultaneamente, sejam dedutíveis do outro lado da fronteira.

Concluimos que os recursos a estes esquemas para obtenção de uma vantagem fiscal, constituem um obstáculo à internacionalização da economia, contribuindo em larga medida para a diminuição drástica da receita fiscal dos Estados causado pela erosão de bases tributárias das empresas e pelo desvio de lucros. Por esse motivo, dos vários esquemas utilizados por este fenómeno, decidimos dedicar o nosso estudo em específico às Assimetrias Híbridas.

1.2. A soberania fiscal dos Estados e o poder de tributar

Antes de conhecermos em detalhe o instituto das Assimetrias Híbridas, é determinante compreender que a erosão das bases tributárias das empresas tornou-se um grande problema para os Estados, já que este fenómeno tem como consequência direta o prejuízo de forma significativa da sua soberania fiscal.

A componente fiscal é apenas um aspeto da soberania do Estado em geral, que não tem limites instituídos, nem pelo Direito Internacional Público, nem pelo Direito Fiscal Internacional, no que respeita à matéria de legislação tributária por parte dos Estados. Isto é, no que concerne aos diferentes domínios da matéria tributária, especificamente, às pessoas, às coisas ou factos que devam ser abrangidos por esta matéria²⁷ e apesar de não haver limites à soberania, a finalidade do DFI é limitar a aplicação das normas nacionais de incidência sobre os factos tributários internacionais e distribuir as competências de tributação entre Estados exportadores e importadores de rendimentos de capital, serviços, trabalho dependente e afins.

Portanto, é da competência dos Estados legislar em matéria de impostos, sendo esta tarefa, uma manifestação de soberania, através do modelo de tributação com base em elementos de conexão adotado por todos os Estados contemporâneos²⁸. Ou seja, a soberania reflete-se, essencialmente, através do exercício do poder de tributação.

²⁷ O Estado tem como elementos a população e o território, assim, também, a soberania se distingue numa soberania pessoal e territorial. A primeira prende-se com o poder de legislar sobre as pessoas que pela nacionalidade, se integram no Estado, seja qual for o território em que se encontrem. Já a soberania territorial é o poder do Estado de legislar sobre pessoas, coisas ou factos, que se localizam no território. Cite ALBERTO XAVIER, “*Direito Tributário Internacional*”, p. 13 e 14.

²⁸ CHAMIR MANÉ TAVARES, “O projeto BEPS da OCDE: A coerência do Direito Internacional Fiscal”, *Dissertação de Mestrado*, Nova School of Law, 2020, p. 5.

A tributação das situações plurilocalizadas tem, na sua base, os princípios fundamentais do Direito Fiscal Internacional, já que deste ramo de direito fazem parte um conjunto de regras nacionais e internacionais aplicáveis aos factos tributários interestaduais com base na fonte de rendimentos e na residência do sujeito passivo. O princípio da Soberania é um dos princípios estruturais deste ramo do direito²⁹. Estes princípios dizem respeito, fundamentalmente, aos valores essenciais que norteiam a coordenação entre os Estados, no que toca ao poder de tributar situações internacionais e à prossecução do objetivo de prevenir ou eliminar a dupla tributação internacional. São mesmo os responsáveis no que toca à estruturação da ordem jurídica-tributária internacional.

Tendo a soberania fiscal³⁰ um carácter de elevada relevância na soberania estadual, já que se manifesta na condição que permite aos Estados criar e implementar a sua própria política fiscal, exercendo os seus poderes tributários, relativamente aos aspetos juridicamente internos, como também a situações tributárias que tem um carácter internacional, ou seja, em situações em que existam elementos de conexão relevantes com esse Estado e ainda lhes permita negociar em matéria fiscal com outros Estados³¹.

Existem autores que defendem que a soberania tributária tem duas dimensões/efeitos: uma externa ou espacial e outra interna ou material. A primeira dimensão é a que admite que os diferentes Estados se relacionem porque têm idênticos poderes de tributação, é, por isso, a referente à interação com o direito internacional e, em especial, com os tratados. Traduz-se, dessa forma, na tomada de decisões de configuração independente de qualquer Estado ou organização externa. Por sua vez, a segunda dimensão corresponde ao exercício de poderes do Estado sobre os sujeitos passivos residentes naquela jurisdição, como a toda a atividade

²⁹ A par deste princípio estrutural, fazem parte outros dois princípios de importante relevo: é o caso do princípio da Equidade e do princípio da Neutralidade. Os princípios estruturais do DFI correspondem às grandes orientações que definem a estrutura, as características nucleares e os valores fundamentais da ordem-jurídica tributária internacional. São essenciais porque constituem a base desta ordem jurídica e assentam nos ideais de justiça, equidade e eficiência. Para maior compreensão, PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 44.

³⁰ Numa noção ampla deste tipo de soberania, não podemos deixar de incluir todas as suas dimensões: legislativa, judicial, administrativa e a soberania quanto às receitas. Atente-se que a soberania fiscal se encontra delimitada em termos que coincidem em grande medida com a soberania política. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 1998, p. 290 e seguintes.

³¹ PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, p. 46.

que ali se desenvolve, mesmo se desenvolvida por pessoas não residentes. Isto quer dizer que é a que se manifesta nas normas constitucionais do próprio país³².

Em termos espaciais, as leis tributárias dos Estados estão sujeitas a dois aspetos distintos, mas que são complementares: o âmbito de incidência e o âmbito de eficácia. Na questão da incidência, a delimitação do poder legislativo do Estado, em matéria fiscal, permite, em abstrato, que a legislação tributária de um Estado abarque pessoas, coisas e factos localizados no território de outro Estado. Já o âmbito de eficácia prende-se com a suscetibilidade de aplicação coativa das normas fiscais de um Estado no território de outro³³.

Ora, numa ótica de limitação da soberania fiscal dos Estados por parte de restrições impostas pelo Direito Internacional Fiscal ou de cedências mútuas entre os Estados, que surge da própria internacionalização e da integração europeia das atividades tributárias, levando a que no âmbito de incidência, a margem que os Estados têm para definir os elementos de conexão que consideram relevantes para fundamentar o seu poder de tributar situações fiscais plurilocalizadas, os aspetos de cada um dos elementos de conexão consagrados no seu ordenamento interno e por último, a extensão que estes alcançam no seu poder de tributar, seja muito mais limitados.

Sendo este estudo desenvolvido à luz da lei portuguesa, é essencial explicar como se legitima a soberania (fiscal) do nosso Estado. Compreenda-se, assim, que a sua legitimação interna está a cargo do princípio da Legalidade na sua dimensão formal, isto significa, que pela reserva de lei em matéria de impostos, se exige que a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos seja realizada através de diploma legislativo. No caso de Portugal, a Constituição da República Portuguesa – CRP – define que a criação de tributos ou benefícios fiscais é competência relativa reservada da Assembleia da República, artigo 165.º,

³² Uma questão que se impõe neste âmbito, é se sendo a tributação uma limitação ao direito de propriedade, pode (ou deve) um Estado considerar-se sempre legitimado para exercer o seu direito de tributação, sem quaisquer especiais limitações. Segundo, DINIS TRACANA e JOÃO CARMONA LOBITA, a resposta será naturalmente, negativa. No entanto, importa salientar que a soberania fiscal dos Estados terá sempre uma dupla vertente: a interna, relacionada com procedimentos domésticos necessários para a legitimação das normas tributárias e a externa, ligada à legitimidade ou falta dela do exercício de uma certa jurisdição geograficamente ilimitada dos poderes de tributação dos Estados. cfr. “Capítulo IV – A Soberania Fiscal dos Estados face à Coordenação Fiscal Internacional: Enquadramento Jurídico dos Instrumentos da Cooperação Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 197.

³³ Cfr. ANA PAULA DOURADO, *A Tributação de Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Europeia*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996, p. 13 e RAMON J. JEFFER, *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Kluwer Law International, 1999, p. 25 a 27 citados por PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 46.

n.º 1, alínea i) da CRP. Não obstante existir a possibilidade de que através de Decreto-Lei também o Governo, mediante aprovação de lei de autorização legislativa pela Assembleia, poderá legislar em matéria de criação de impostos ou de benefícios fiscais, artigo 198.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

Não nos podemos esquecer da vertente externa da legitimação da soberania, que decorre de eventuais limites aplicáveis ao exercício de poder tributação, com enfoque nas situações transfronteiriças. Ao observarmos a CRP, nesta vertente, não conseguimos identificar grandes restrições³⁴.

O poder de tributar constituiu um das principais prerrogativas dos Estados, que se esgota dentro dos limites da soberania tributária e que encontra o seu fundamento no vínculo que um determinado Estado estabelece com os seus nacionais.

Assistimos a uma crise da soberania do Estado nacional em consequência da globalização, sendo esta uma das mais preocupantes, mas está longe de ser a única ou a mais preocupante, a crise do Estado Fiscal, e, com ela, a crise da ordem fiscal internacional. Esta crise trouxe problemas e desafios a nível da fiscalidade internacional, já mencionados por nós, como é o caso da dupla tributação, das situações de fraude e evasão fiscais, que devem ser combatidos através do trabalho de entidades fiscais que compõem o Estado, as quais estão vinculadas às normas da sua constituição³⁵.

A par disto, torna-se necessário que para combate destes problemas, como também para o combate do fenómeno da erosão das bases tributárias e da transferência de lucros, a nível internacional, seja vital que haja uma colaboração entre os Estados e as organizações e entidades internacionais, para que, dessa forma, reunindo esforços efetivos, se consiga conceber uma eficaz resolução para estes desafios emergentes.

O que ocorre é que a soberania tributária é a responsável por definir os limites da competência do Estado, dentro dos quais se encontra o poder de tributar³⁶. Nos Estados de

³⁴ Analisemos a Constituição, o artigo 5.º, n.º 3 da CRP, que consagra que Portugal não abdica dos seus direitos de soberania fiscal sobre o seu território, mas também não sofre qualquer limitação específica neste campo, caso o exercício dos seus direitos seja fora do território português. Também o artigo 103.º e 104.º do mesmo diploma, não impõem qualquer tipo de limitação à soberania, até porque não se exclui a possibilidade de haver tributação a certos elementos fora do território nacional. DINIS TRACANA e JOÃO CARMONA LOBITA, “A Soberania Fiscal dos Estados face à Coordenação Fiscal Internacional: Enquadramento Jurídico dos Instrumentos da Cooperação Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, Almedina, 2023, p. 198.

³⁵ Cfr. RUI MARQUES e PAULO MARQUES, “Direito Internacional Fiscal, Soberania e Territorialidade: Uma perspetiva Luso-Brasileira”, *RJLB*, Ano 3, 2017, n.º 3, 1069.

³⁶ A soberania tributária é definida por PAULA ROSADO PEREIRA como “A manifestação específica da soberania do Estado que lhe permite criar e implementar a sua própria política fiscal, exercendo os seus

Direito, o princípio da capacidade contributiva, constituiu um limite à soberania fiscal. Este constituiu um dos princípios de repartição económica, estando a sua concretização a cargo do legislador, que tem discricionariedade legislativa e sem que esta se torne arbitrária, cabe à lei determinar como concretizar a repartição da carga fiscal por entre os diferentes sujeitos que manifestem capacidade económica³⁷.

O Direito Internacional Fiscal reconhece automaticamente o poder de tributar aos Estados até aos limites onde ele se estende, mas rejeita-lhes tal poder, na medida em que esses limites forem ultrapassados, de tal modo, que se um Estado tributar estrangeiros em função de situações que não tenham qualquer conexão com o território que lhes é parte, estará a violar este direito, tendo como consequências, todas as que daí advêm desde a invalidade da lei à responsabilidade internacional.

De uma forma geral, o problema da violação da soberania surge de maneira arbitrária ou artificiosa, sendo que são escolhidos os elementos de conexão e a questão que se coloca para traçar limites está em identificar qual a conexão relevante com o Estado para definir a nacionalidade, sobretudo das pessoas coletivas, como veremos ao longo do nosso estudo, ou a localização de uma dada situação da vida no território³⁸. Entenda-se que a possível violação aos limites da soberania tem a sua génese na fragilidade e artificialismo dos elementos de conexão consagrados nas leis internas dos Estados.

Com a internacionalização, os Estados passam a ter novos desafios fiscais e com isso, novos compromissos, ou seja, a sua soberania fiscal deve ser consensualizada entre Estados e as regras aplicadas pela sua legislação interna, tendo em conta os instrumentos bilaterais e multilaterais³⁹. Neste campo, falamos respetivamente de acordos e das Convenções sobre a Dupla Tributação e da Convenção Modelo da OCDE, ambos instrumentos de *soft law*, responsáveis por emanar normas que os Estados passam a juntar à “equação” de que faz parte, o poder de decisão que mantêm.

poderes tributários relativamente a situações tributárias internas e a situações tributárias internacionais com elementos de conexão relevantes com esse Estado, bem como negociando em matéria tributária com outros estados.” em Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 69.

³⁷ ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 302.

³⁸ Para uma maior compreensão, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, p. 15 a 17. Segundo o autor, são exemplos que legitimam o poder de tributação dos Estados: a residência da pessoa no território de um Estado, a localização da fonte de produção ou pagamento no território de um Estado, o Estado onde se realizou o lucro de uma transação comercial e a tributação das pessoas coletivas domiciliadas no Estado pelos lucros por elas realizados fora do território nacional numa base ilimitada.

³⁹ Cfr. RITA CALÇADA PIRES, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 16.

No caso dos Estados-Membros, estes têm de conciliar este poder com os princípios de Direito da União Europeia, como é o caso das liberdades fundamentais e do direito à livre circulação, com vista à sua proteção e como contrapartida de fazerem parte de um mercado único comum⁴⁰.

Além de um Direito Fiscal Internacional, existe um Direito Fiscal Europeu que é o principal responsável por interpretar as soluções da Convenção da OCDE à luz das liberdades fundamentais do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Portugal, enquanto Estado-Membro da OCDE e da UE, participa na construção e, por isso, tem de se submeter a ambos os ordenamentos⁴¹. Deve mesmo integrá-los no seu ordenamento interno, como veremos mais à frente no nosso estudo.

Os Estados estão cada vez mais pressionados pelo seu enquadramento internacional e pelas opções económicas, jurídicas e políticas a que ficam expostos por essa condição, influenciando e tendo impacto no seu poder decisório em matéria fiscal.

É evidente que, também a nível da União Europeia, a soberania fiscal tenha sido obrigada a sofrer alterações. Os impostos são dos últimos redutos da soberania nacional.

No entanto, a União ainda não é detentora do poder de lançar impostos diretos para financiar os diferentes países que lhe constituem. Ou seja, no âmbito da tributação direta só lhe é conferido direitos através do que está descrito no artigo 115.º do TFUE, para isso deve o Conselho aprovar por unanimidade, diretivas com vista a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que afetem diretamente o estabelecimento ou o funcionamento do mercado interno⁴².

Como podemos verificar, isto acaba por ter impacto no processo de harmonização da legislação internacional, limitando-o.

Todavia, não é neste campo que surgem os problemas. Estes nascem, como vimos, até agora, da tributação direta que nos presenteia com uma incompatibilidade de conciliação

⁴⁰ De acordo com JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.º Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 23, o conceito de soberania na sua aceção genérica passa a referir-se, de igual modo, ao plano supranacional. Não há aqui uma supremacia da autoridade exercida a esse nível, ou até uma partilha da mesma, tudo funciona de forma a que esta seja praticada a par uma da outra e de forma concertada. Assim, as fronteiras da soberania passam a ser funcionais, deixando de parte as fronteiras que constituem os territórios. Neste domínio a competência dos Estados deixa de ser absoluta. Fazem parte agora dessas fronteiras os objetivos e as funções das entidades a que também se incumbem o exercício de poderes soberanos, ficando o território para segundo plano.

⁴¹ ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, p. 19.

⁴² De acordo com a redação do TFUE e o contributo doutrinal de JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.º Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 24.

entre a proteção da liberdade de circulação, essencial para a sobrevivência do mercado único e do exercício da soberania fiscal. O poder tributário dos Estados não deve ser infligido, mas devem, em contrapartida, ter em conta as “diretrizes” do Direito da União Europeia, já que foi uma escolha do próprio Estado tornar-se membro da UE, vinculando-se aos seus diplomas legais e, dessa forma, autolimitando a sua soberania⁴³.

A União Europeia apresenta diversas contradições no contexto fiscal, que nem a sua perspectiva fiscal ou fiscal supranacional conseguem explicar. Nesse sentido, entenda-se que as liberdades fundamentais previstas no TFUE ainda não foram totalmente asseguradas e o Tribunal de Justiça estabeleceu limites à sua própria competência, distinguindo entre as medidas nacionais discriminatórias e as medidas que são menos favoráveis ao contribuinte, mas que resultam da interação de duas ou mais legislações estaduais, dando lugar, assim, às disparidades⁴⁴.

O obstáculo da livre circulação prende-se, sem dúvida, com o facto de coexistirem diferentes sistemas fiscais. Só que esta diversidade e coexistência é aceitável, logo não há muito que seja possível fazer em relação aos confrontos entre diferentes jurisdições. Estes confrontos fiscais vão continuar a existir e muitas vezes as situações de conflito fiscal que foram surgindo poderão não ser de todo favoráveis para os sujeitos passivos, ocorrendo simplesmente por força do exercício dos seus direitos enquanto cidadãos da UE, por efeito do exercício das liberdades de circulação.

A ausência da harmonização, não para arrecadar impostos, mas sim, para promover uma desenfreada concorrência fiscal entre os Estados-Membros, acaba por ser superior no contexto da União que a nível global.

Todavia, as alterações à soberania não ficam por aqui, já que uma dessas alterações prende-se, diretamente, com o critério que serve de base à tributação. A soberania, primeiro, era justificada com base no critério da nacionalidade, mas o princípio da nacionalidade deixou de fazer sentido com a massificação da mobilidade internacional, levando a que a ligação de muitas entidades, com os respetivos países de origem, passasse a ser meramente nominal.

A partir do final do século XIX, o critério base para a criação e cobrança de impostos por parte de um Estado ou o critério de repartição de competências entre os Estados, passou

⁴³ v. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *ibidem*, p. 25.

⁴⁴ Para mais desenvolvimentos, ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, p. 202.

a ser o do interesse económico dos contribuintes naquele território e, para esse efeito, adotou-se, no contexto internacional, um misto de regras de tributação que tomam por referência a Residência e a Fonte⁴⁵. Estas novas referências tornaram-se soluções estabilizadas no Direito Fiscal Internacional ao longo do Séc. XX, sendo regras aceites pelas instituições internacionais, como a OCDE e o TJUE⁴⁶.

1.3. Os princípios que fundamentam o poder de tributar dos Estados

Como vimos, a inexistência de harmonização fiscal, na maior parte das vezes, é uma das razões que leva a distorções económicas e no mercado, o que decorre da existência de diferentes elementos de conexão⁴⁷. Estes diferentes elementos, além de legitimarem a tributação soberana por parte de um Estado, legitimam, também, quem é o sujeito passivo de imposto.

O problema da falta de concordância legal entre os Estados e os seus sistemas fiscais, traz inúmeras consequências, sendo exemplo disso situações de Dupla Tributação e de Dupla Não Tributação.

A prevenção e eliminação da Dupla Tributação, através de regras concretas relativas à justa repartição entre os Estados do poder de tributar e dos correspondentes rendimentos, segue determinados padrões que ilustram, de forma clara, os princípios do DFI. Apesar disso, as regras devem ser coordenadas para que, de forma lógica e coerente, possam ser identificados os princípios que as fundamentam.

Já identificamos supra os princípios estruturais deste ramo de direito, como é o princípio da soberania. A par destes, na sua base temos outros princípios de carácter fundamental, a estes damos o nome de princípios operativos, que se referem a aspetos substanciais da repartição entre os Estados do poder de tributar e da eliminação da dupla tributação.

⁴⁵ CHAMIR MANÉ TAVARES, “O projeto BEPS da OCDE: A coerência do Direito Internacional Fiscal”, *Dissertação de Mestrado*, Nova School of Law, 2020, p. 6.

⁴⁶ ANA PAULA DOURADO, “*Governança Fiscal Global*”, p. 206 e 207.

⁴⁷ É o elemento de conexão que é o responsável por fixar a interligação entre o facto tributável e o ordenamento jurídico interno do Estado, de modo a legitimar a tributação internacional. Os elementos de conexão são responsáveis pela limitação territorial, mas também por exigirem a conexão de forma a que o exercício da competência tributária seja feito entre o capital dos rendimentos tributáveis e a jurisdição tributária do Estado em causa. Para maior desenvolvimento ler, RUI MARQUES e PAULO MARQUES, “Direito Internacional Fiscal, Soberania e Territorialidade: Uma perspetiva Luso-Brasileira”, *RJLB*, Ano 3, 2017, n.º 3, p. 1068 e 1069.

Este tipo de princípios é mais concreto do que os princípios estruturais e é responsável por materializar as soluções reais e os regimes consagrados, no que diz respeito ao tratamento fiscal das situações tributárias internacionais. É, por isso, menos abstrato do que os princípios estruturais, não podendo deixar de ser coerente com o conteúdo daqueles e de espelhar os valores que os mesmos implementam⁴⁸.

Os princípios operativos do Direito Fiscal Internacional referem-se a três categorias de fundamentação, nomeadamente, quanto à repartição entre os Estados do poder de tributar, quanto à definição da amplitude do poder de tributar e quanto a outros aspetos substanciais da tributação.

No que concerne à primeira categoria, esta corresponde principalmente à importância dos elementos de conexão que legitimam a tributação do rendimento. Este tipo de tributação rege-se à luz dos princípios da Residência e da Fonte.

À segunda categoria de princípios fica a cargo dos princípios da Territorialidade e da Universalidade.

Atente-se que pelo facto de estas duas categorias de princípios estar intimamente ligada com o poder de tributar, iremos analisar cada um destes princípios e a sua relação em específico.

A última categoria, por sua vez, fundamenta todos estes princípios, que a par dos estruturais, constituem os princípios fundamentais do DFI.

A tributação internacional prende-se com a questão de definir que Estados estão envolvidos numa situação tributária dessa índole e por isso, que direito têm e em que medida devem cobrar impostos. Esta discussão surge entre o Estado da Residência e o Estado da Fonte e à atribuição de um direito exclusivo ou cumulativo de tributar a cada um destes Estados.

Seria possível configurar inúmeros elementos de conexão das situações internacionais mais complexas. No entanto, é essencial que estes elementos de conexão digam respeito a elementos constitutivos dos Estados, que fazem parte da situação tributária plurilocalizada e que tenham sido determinados pela sua soberania política, que delimita, em certa medida, termos que destas sejam coincidentes.

⁴⁸ PAULA ROSADO PEREIRA, “Capítulo II – Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 88.

Os elementos de conexão são a interligação entre o facto tributável e o ordenamento jurídico interno do Estado de modo a legitimar a tributação internacional. Estes elementos devem ter em conta aspetos das situações tributárias internacionais com a jurisdição tributária de um Estado. Assim, os elementos de conexão são caracterizados pela sua natureza objetiva e subjetiva, correspondendo a primeira, ao facto tributável e a segunda ao titular de rendimento⁴⁹.

Os princípios operativos responsáveis pelo fundamento para o poder de tributar dos Estados são o princípio da Residência, cujo elemento de conexão que lhe dá origem é a residência do titular de rendimento, e o princípio da Fonte, cujo elemento de conexão é a fonte do rendimento.

Ambos os princípios reuniram ao longo dos anos um notável consenso sobre a sua importância por parte da comunidade e das organizações internacionais. Por essa razão, estes princípios são considerados como basilares na criação da estrutura de um sistema fiscal internacional.

No final, tudo se resume à definição de qual é o Estado de Residência e qual é o da Fonte, que é elaborada a partir dos elementos de conexão. Ou seja, o Estado no qual reside o titular de rendimento de origem estrangeira e o Estado onde se localizam a atividade ou o investimento e no qual o rendimento é produzido⁵⁰.

Na maioria das vezes, é dado primazia ao princípio da Residência, embora os ordenamentos internos dos Estados e as Convenções de Dupla Tributação consagrem ambos os princípios e a sua aplicação cumulativa. Ou seja, não existe uma exclusividade de atribuição do poder de tributar ao Estado de Residência ou apenas ao Estado da Fonte.

Além destes princípios, importa dar especial atenção ao princípio da Universalidade e da Territorialidade, que dizem respeito à extensão do poder de tributar esse Estado, isto é, ao alcance do âmbito de incidência da legislação fiscal interna.

O princípio da Universalidade é responsável por balizar a tributação do Estado de Residência, ficando as pessoas coletivas⁵¹, residentes num Estado, sujeitas a uma obrigação tributária ilimitada, sendo tributáveis relativamente a todos os rendimentos, sejam estes

⁴⁹ PAULA ROSADO PEREIRA, “Capítulo II – Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 99.

⁵⁰ De acordo com as definições apresentadas *ibidem*, p. 100 a 114.

⁵¹ Consideramos apenas as pessoas coletivas por serem os contribuintes que fazem parte do problema a que nos propomos a estudar.

obtidos no território ou no estrangeiro. A extensão, no caso deste princípio da Universalidade, é extraterritorial da lei interna.

Porém, note-se, que em certos sistemas fiscais, a tributação dos residentes, que ocorre através do princípio da Residência, pode acontecer apenas em relação aos rendimentos de fonte interna, isto é, constituiu, por sua vez, uma obrigação tributária limitada.

É do princípio da Territorialidade que este tipo de obrigação é característico, sendo responsável por balizar a tributação do Estado da Fonte, a que corresponde a tributação dos não residentes apenas relativamente aos rendimentos obtidos de fontes localizadas no seu território.

Por sua vez, o princípio da Territorialidade passou a ser o âmbito de eficácia espacial para o poder de tributar dos Estados⁵², sendo o responsável por delimitar a soberania fiscal dos mesmos. Tradicionalmente, este é o princípio-regra, que define que as leis tributárias apenas se aplicam aos factos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem⁵³.

De entre as possibilidades de elementos de conexão, a residência, como já vimos, foi adotada pela maioria da comunidade internacional, como o critério de conexão, sendo este de cariz pessoal ou subjetivo, porque se refere ao titular do rendimento⁵⁴.

O princípio da Territorialidade está materializado e consagrado no ordenamento português no artigo 13.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária (LGT). De acordo com este, as normas tributárias aplicam-se, em regra, aos factos tributários que ocorram no território nacional. Ou seja, é através do princípio da territorialidade que cada Estado invoca a respetiva soberania para tributar pessoas, coisas ou factos com ligação ao seu território, encontrando-se, fundamentalmente, baseado em dois elementos de conexão: o da Residência e o da Fonte.

Com a globalização, o princípio da Territorialidade deixou de ser suficiente para a imputação de um dado facto tributário a um determinado território, tornando-se indispensável o critério da Residência. E, portanto, os princípios operacionais da Residência e da Territorialidade, devem ser convocados para definir de quem é o direito para o poder

⁵² Os estados modernos deixaram de tributar os seus nacionais residentes no estrangeiro, apesar de ainda existirem países, tais como os Estados Unidos e as Filipinas, que utilizam o critério de nacionalidade como fundamento do seu poder de tributar. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.º Edição, Almedina 2022, p. 22.

⁵³ *Ibidem*, p.1067 a 1069.

⁵⁴ A nacionalidade também é um elemento de conexão do mesmo cariz. Além disso, estes critérios de conexão também podem ser de cariz real ou objetivo e, exemplo disso, é a possibilidade de o critério ser a fonte produtora dos rendimentos. Estes elementos de conexão de natureza objetiva são relativos ao facto tributável. Para melhor compreensão, PAULA ROSADO PEREIRA *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 70 a 73.

de tributar, sem esquecer, a possibilidade da aplicação cumulativa do princípio da Fonte, que tem como critério de conexão e fundamento do poder tributário de um Estado, o local de origem e proveniência dos rendimentos⁵⁵.

Note-se que no quadro da economia global e do mercado interno europeu, o objetivo da convocação de elementos de conexão como o da Residência e o da Fonte é a de criar e manter fronteiras fiscais.

Com a ausência de harmonização fiscal na União Europeia, o princípio da não discriminação e as liberdades fundamentais constituem os limites às barreiras criadas por estes elementos de conexão, correspondendo à conceção do Direito Fiscal interestadual assente na soberania estadual⁵⁶.

Importa, porém, e com vista ao cerne da matéria em estudo, conhecer em detalhe o critério da Residência, os problemas associados à sua adoção e os critérios para a determinação da qualidade de residente no caso específico das pessoas coletivas e, claro, a sua tributação.

1.4. Definição da qualidade de residente no caso das pessoas coletivas e o eventual conflito de residência

O critério da Residência permite que a tributação do rendimento seja levada segundo, e independentemente, do local da fonte de tal rendimento. Dessa forma, o sujeito passivo será tributado no Estado do qual seja fiscalmente residente, por todos os rendimentos que aufera, independentemente, de obter a totalidade ou parte de tais rendimentos nesse território, ou seja, independentemente do local da fonte dos seus rendimentos⁵⁷.

Entenda-se que, para a determinação da residência das pessoas coletivas, a lei interna dos Estados fundamenta-se nos seguintes requisitos: na sede social, na direção efetiva e, em alguns ordenamentos jurídicos, também no local onde a sociedade foi constituída.

Em Portugal, no âmbito da tributação do rendimento das pessoas coletivas, consideram-se residentes, as pessoas coletivas que possuam um dos critérios alternativos consagrados no artigo 2.º, n.º 3 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC).

⁵⁵ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 84.

⁵⁶ ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.º Edição, Revista e Atualizada, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2022, p. 214 e 215.

⁵⁷ De acordo com PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, “A determinação das competências tributárias entre Estados: Análise do critério da residência”, *RCEJ* n.º 28 – 2017, p. 97 e 98.

Ou melhor, basta que uma pessoa coletiva detenha sede ou direção efetiva em determinado território, isto significa que não é necessário a cumulação dos dois requisitos, para que as pessoas coletivas sejam consideradas residentes⁵⁸.

O critério da sede não oferece grandes inconvenientes e é de fácil definição. O mesmo remete-nos para o local onde no contrato de constituição da sociedade foi indicado o local de sede⁵⁹.

Já a direção efetiva corresponde ao lugar no qual decorre a gestão global da empresa, onde se reúnem os seus órgãos sociais, onde convergem as instruções de gestão corrente e onde se concretizam o plano administrativo e as decisões de gestão⁶⁰. Este requisito, ao contrário do anterior, que pode facilmente ser elencado pela lei, levanta alguns problemas, porque é mais fluído e tem um maior número de fatores administrativos e não económicos que contribuem para a sua qualificação. Isto quer dizer, que podem ocorrer disparidades através deste requisito, porque o Estado onde se produzem os factos tributáveis, que determinam a capacidade contributiva da empresa, não corresponde com o Estado onde é administrada a empresa e, por esse motivo, não existe uma direção efetiva⁶¹.

Ora, abre-se aqui uma pequena válvula de escape para que o Estado possa estabelecer os critérios de residência que bem entender, levando a situações de dupla residência, que

⁵⁸ Veja-se como se dá a tributação das pessoas coletivas e outras entidades, que com sede e direção efetiva no território nacional, e, por isso, consideradas residentes, estão sujeitas ao imposto das pessoas coletivas – IRC – que incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os que foram obtidos no estrangeiro (artigo 4.º, n.º 1 do CIRC). Por sua vez, as pessoas coletivas, que não tenham nem sede, nem direção efetiva em território português, ficam sujeitas a IRC apenas quando os rendimentos forem obtidos nele (artigo 4.º, n.º 2 do mesmo diploma). Cfr. RUI MARQUES e PAULO MARQUES, “Direito Internacional Fiscal, Soberania e Territorialidade: Uma perspetiva Luso-Brasileira”, *RJLB*, Ano 3, 2017, n.º 3, p. 1070.

⁵⁹ Este critério é meramente formal, trazendo-nos o inconveniente de ser facilmente manipulável, o que leva a que seja necessário considerar outro critério. v. RUI DUARTE MORAIS, “*Apontamentos ao IRC*”, Almedina, 2017, p. 15.

⁶⁰ Sobre a direção efetiva, PAULA ROSADO PEREIRA *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 82 e DOMINGOS PEREIRA DE SOUSA, *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra Editora, 2013, p. 465 e 466, que nos fala um pouco mais a fundo da incidência do IRC.

⁶¹ A lei não define bem este segundo critério para considerar residente uma certa pessoa coletiva, nem a doutrina apresenta soluções claras e precisas. Por esse motivo, é necessária uma maior análise das atividades do sujeito passivo, a definição do órgão estatutário, os limites dos poderes dos sócios/administradores das sociedades, entre outros fatores. A direção efetiva corresponde ao local onde são tomadas as decisões estratégicas, decisões estas decorrentes da gestão feita pela administração da empresa que se situa no local a que chamamos direção efetiva. v. PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, “A determinação das competências tributárias entre Estados: Análise do critério da residência”, *RCEJ*, n.º 28 – 2017, p. 125.

acontecem quando a sede de uma empresa se encontra num determinado Estado e a direção efetiva num Estado diferente⁶², o que poderá resultar numa dupla tributação internacional.

São as Convenções de Dupla Tributação as responsáveis por consagrar soluções de forma a identificar o Estado com o direito a tributar ou resolver situações de duplicação da coleta. Nas situações de dupla tributação, também existe a possibilidade de ser aplicável mais do que uma CDT.

Neste momento, importa compreender que os conflitos gerados em matéria de residência fiscal põem em risco, muitas vezes, os direitos e liberdades económicas, sociais e culturais dos cidadãos da União Europeia. Entenda-se que os conflitos de residência podem ser de carácter positivo ou negativo.

O conflito positivo de residência ocorre quando dois ou mais Estados se julgam competentes para tributar esse contribuinte com base na verificação dos requisitos da qualidade de residente no seu território. A resolução deste tipo de questões terá de concebida a nível interno, europeu e internacional.

Por sua vez, o conflito negativo prende-se com situações de dupla residência em que nenhum dos ordenamentos jurídicos se julga competente para tributar, podendo aqui dar-se um caso de dupla tributação, o que potenciará situações elisão fiscal⁶³. Veremos mais adiante que já existem recomendações por parte das organizações internacionais para resolver este tipo de problema, com fundamento numa maior coordenação e harmonização fiscal entre Estados.

Sobre o conceito de residência, o Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (MC OCDE), na sua redação, contém uma definição. Está redigido no seu artigo 4.º, quem é o sujeito passivo que possa ou não beneficiar da aplicação da convenção, tal artigo deve ser articulado com o artigo 1.º do mesmo diploma. Note-se que, a Convenção não determina quem é ou não considerado como

⁶² Isto acontece porque as generalidades das legislações internas convocam, em simultâneo, o local da sede e de direção efetiva como elementos de conexão para a identificação dos sujeitos passivos como residentes. Assim, a dupla residência ocorre quando a pessoa coletiva preencha, simultaneamente, os critérios de determinação de residência previstos em mais do que Estado. Para mais detalhes, PAULA ROSADO PEREIRA *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 82 e 83.

⁶³ Com base na definição dada por PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, “A determinação das competências tributárias entre Estados: Análise do critério da residência”, *RCEJ*, n.º 28 – 2017, p. 133.

residente num determinado Estado, remetendo, assim, para a lei interna dos mesmos, a verificação em concreto desta condição⁶⁴.

No caso das pessoas coletivas, para situações de dupla residência⁶⁵, o artigo 4.º, n.º 3 da CM OCDE apresenta uma “regra de desempate”, segunda a qual prevalecerá o local de direção efetiva, de maneira a evitar a preponderância de sedes fictícias.

Em suma, importa fixar que a condição de residente é fundamentalmente definida pelas normas de direito interno. Este direito justifica-se pelas normas de funcionamento das Convenções que, na maioria das vezes, limitam o poder de tributar dos Estados, mas não definem regras para o que deve ser ou não tributado pelos mesmos. Logo, estes instrumentos jurídicos de coordenação internacional, apenas servem de repositório de normas instrumentais e, grosso modo, não oferecem soluções para os ordenamentos internos dos Estados⁶⁶.

Agora que já dominamos, o conceito de residência, importa compreender como decorre a tributação das pessoas coletivas a nível global, analisando, em específico, como acontece a tributação das empresas em Portugal.

1.5. A tributação das Empresas

Na ótica da tributação das empresas, importa distinguir a diversidade das empresas que é conhecida no ordenamento jurídico português. A Constituição da República Portuguesa e o Direito da União Europeia fazem a diferenciação entre grandes empresas, de que fazem parte as multinacionais e as pequenas e médias empresas, conhecidas como PME.

A longe deste trabalho, compreenderemos que através do fenómeno de erosão das bases tributárias e transferência de lucros, ao qual estão associadas as Assimetrias Híbridas, são as empresas multinacionais as mais privilegiadas, ou seja, as maiores beneficiárias. Isto porque os contribuintes desviam os factos tributários ou os resultados destes, diminuindo a carga fiscal de imposto de que são devedores.

⁶⁴ Cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – do Abuso Subjetivo de Convenções*, Almedina, 2015, p. 66 a 82 citado por PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, *ibidem* p. 137 e 138.

⁶⁵ Ou seja, situações em que as empresas são consideradas residentes em mais do que uma jurisdição, sendo a nível internacional denominadas como “*dual resident companies*”.

⁶⁶ Para mais detalhes, JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012 e PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios de Direito Internacional – do paradigma clássico ao Direito Europeu*, 2.º Edição, Almedina, 2010, p. 100.

Por esse motivo, a sua tributação não pode ser feita da mesma forma que a das empresas nacionais, vulgo pequenas e médias empresas, sem atividade plurilocalizada, que são tributadas através do lucro. Pelo contrário, as multinacionais, porque tendem a não obter lucro em países com efetiva tributação, acabam por recorrer a paraísos fiscais⁶⁷.

Atente-se que, neste sentido, também poderão ser beneficiários do fenómeno da erosão de bases tributárias, os Estados e territórios que previamente oferecem sistemas fiscais que acomodam esse duplo desvio das empresas. Isto quer dizer, que os Estados oferecem uma redução significativa e em alguns casos, uma quase eliminação da tributação que os corresponde pela operação que as empresas desenvolvem naquele local, apropriando-se assim do resultado da arrecadação pela tributação a que, todavia, submetem aqueles atores nos seus territórios. Há assim, uma troca por troca, estes Estados oferecem um sistema fiscal que permite o desvio de bases tributárias e, conseqüentemente, “lucro tributário” das empresas⁶⁸.

Apesar desta realidade, seria utópico pensar que todos os Estados são beneficiários deste fenómeno da erosão das bases tributárias, podendo mesmo dizer-se que são os verdadeiros prejudicados, sendo “vítimas” do fenómeno em apreço⁶⁹. De facto, este apresenta-se como um problema para muitos Estados, constituindo-se como um grave obstáculo para a economia internacional.

Os Estados são, portanto, afetados pela perda de parte significativa das receitas dos impostos, relativamente aos quais são desviadas as suas bases tributárias ou as correspondentes aos lucros.

Além destes, também alguns contribuintes poderão ser os prejudicados ou as “vítimas” deste fenómeno. É o caso de todos aqueles que, enquanto sujeitos passivos, não conseguem usufruir de um desvio de tributação semelhante, sendo que estes serão trabalhadores que não

⁶⁷ Nesse sentido, a tributação das empresas transnacionais deveria ser totalmente repensada, pois, em relação a elas, não se deve mais procurar tributá-las com base no rendimento (lucro), complexa e sofisticadamente distribuído, em termos de verdadeiro labirinto, pela rede dos múltiplos paraísos fiscais, de modo a não pagarem nada ou quase nada. Cite JOSÉ CASALTA NABAIS, “O Regime Fiscal das Pequenas e Médias Empresas”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Volume 11, n.º 2, 2016, p. 49 a 51.

⁶⁸ Note-se que, no âmbito deste estudo, importa apenas a tributação das sociedades comerciais, cujo seu objetivo primordial é a realização de lucro. RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p. 5 e 6.

⁶⁹ Note-se que nas situações de deslocalização das empresas para paraísos fiscais, quem perde é o Estado “vítima”, ao contrário dos paraísos fiscais e das empresas, que ganham. Os Estados são beneficiados por essas deslocalizações, porque os paraísos fiscais oferecem uma proteção aos investimentos das empresas, um regime especial – um *trade-off* – entre o mercado e uma legislação tributária mais favorável, isto é, uma forma de arbitragem no sentido económico.

são muito qualificados e titulares ou adquirentes de bens imóveis. Note-se que isto traz, como consequência, uma grave violação da ideia e do princípio da igualdade ou da equidade tributária, que está na base da relação entre Estados⁷⁰ e que deveria ser assegurado pelos mesmos na relação constitucional que têm com os contribuintes⁷¹.

Como sabemos, o Estado Fiscal é financiado, na sua maioria, por impostos ou tributos unilaterais. As empresas figuram-se realmente importantes no crescimento económico de um país e no seu sistema fiscal, já que este último, não existirá sem contribuintes. Como agentes económicos, estas entidades apresentam um carácter *sui generis*, enquanto contribuintes⁷² e em comparação com os verdadeiros contribuintes, as pessoas singulares, isto é, os cidadãos.

A tributação das empresas rege-se por diversos princípios constitucionais que são responsáveis por dirigir e fundamentar este tipo de tributação, que se dá ao rendimento destas, enquanto sujeitos passivos.

Assim, é fundamental compreender, de forma geral, o princípio da tributação das empresas pelo rendimento real e o princípio de gestão fiscal das empresas que se articula com o princípio da neutralidade fiscal do Estado e demais entidades públicas detentoras do poder tributário⁷³.

É importante evidenciar, como direito constitucionalmente consagrado, o princípio da liberdade de gestão fiscal⁷⁴, já que é esta regra que permite às empresas recorrerem ao planeamento fiscal.

⁷⁰ É essencial considerar o princípio da Equidade no que toca ao Direito Internacional Fiscal. Isto, porque, além de este ser um princípio estrutural deste ramo de direito, está associado à problemática da justiça material, balizando o que está certo e errado entre o universo moral e o universo jurídico. A equidade é a principal responsável por guiar a formulação das normas destinadas a concretizar a repartição do poder de tributar entre os Estados e por eliminar a dupla tributação internacional. Adicionalmente, a equidade não é só exigida entre os Estados, mas também entre os sujeitos passivos. Para mais esclarecimentos acerca da equidade, PAULA ROSADO PEREIRA, “Capítulo II – Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 91 a 94.

⁷¹ Sobre os efeitos nefastos dos fenómenos de desvio de tributação, ver JOSÉ CASALTA NABAIS, “*Problemas Nucleares de Direito Fiscal*”, p. 257 a 259.

⁷² Uma vez que as empresas, enquanto membros de uma comunidade politicamente organizada pelo Estado, impendem correspondentes deveres fundamentais ou custos, *lato sensu*, decorrentes da existência, subsistência e funcionamento da mesma comunidade. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3.ª Edição, Almedina, 2018, p. 7 a 9.

⁷³ *ibidem*, p. 33 e 34.

⁷⁴ Para mais desenvolvimentos do princípio da liberdade de gestão fiscal, *ibidem*, p. 48 a 54.

No entanto, as empresas não gozam apenas de direitos, também têm, naturalmente, deveres, que se encontram igualmente consagrados na constituição, nomeadamente, o dever de pagar impostos⁷⁵.

Como contribuintes, serão tributadas pelo seu rendimento, sobretudo o imposto sobre as sociedades, ou seja, em Portugal, o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas - IRC.

Na verdade, são sujeitos passivos deste imposto, não apenas as sociedades comerciais, mas qualquer pessoa coletiva. Assim, o referido imposto incide sobre o rendimento das empresas que tenham uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola em Portugal, como também poderá ser cobrado, a empresas não residentes, mas que tenham obtido rendimentos no território português.

Atente-se que o princípio da capacidade contributiva é condição para que exista imposto, mas também é critério e parâmetro da tributação⁷⁶. Este princípio constituiu-se como a concretização do princípio da segurança jurídica e da justiça fiscal.

O IRC é um imposto que se rege pelo rendimento real, que poderá ser efetivo ou presumido, de acordo com o que está presente no artigo 104.º, n.º 2 da CRP.

Segundo este preceito constitucional, o nosso sistema de tributação das empresas deve se aproximar, tanto quando possível do ideal, que é a tributação dar-se pelo rendimento real, isto é, o rendimento revelado pela contabilidade organizada⁷⁷. A regra da contabilidade organizada fundamenta a tributação empresarial de lucros e as regras de determinação da matéria tributável, pois é considerada, pela teoria, como a forma mais justa de tributar os contribuintes. Porém, esta última é bastante complexa, conferindo às empresas uma panóplia de possibilidades de planeamento fiscal em relação aos impostos que lhe são afetos, tornando-se muito difícil o controlo do recurso a esta regra⁷⁸.

⁷⁵ O dever de pagar impostos é assegurado pela cidadania fiscal, “(...) como um dever que constitui o preço que pagamos e devemos pagar de bom grado por vivermos em uma comunidade assente na ideia de liberdade, uma vez que como escreveu Olivier Wendell Holmes: “os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada”, cit. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Sobre a educação e cidadania fiscal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 149.º, 2019/2020, p. 3 a 27.

⁷⁶ JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 1998, p. 462 citado por RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p. 5.

⁷⁷ Sobre o princípio da tributação das empresas pelo rendimento real, consultar JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3.º Edição, Almedina, 2018, p. 42 a 48.

⁷⁸ Efetivamente, é perceptível que esta liberdade e possibilidade de planeamento fiscal traz consequências. Por esse motivo e para que a tributação das empresas se torna menos permeável aos fenómenos da elisão e planeamento fiscais, alguma doutrina propõe uma nova alternativa: um imposto sobre o destino. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 387

Não obstante, existem empresas que não são tributadas por este tipo de rendimento, mas sim pelo rendimento normal, isto é, o rendimento médio de uma série de anos, que uma empresa poderia obter operando em condições normais ou o rendimento obtido em determinado ano que uma empresa poderia ter obtido, se tivesse operado em condições normais do exercício da sua atividade empresarial.

CASALTA NABAIS afirma que o próprio rendimento real não deixa de ser, em alguma medida, um rendimento normal, uma vez que integra importantes componentes apurados mais em termos de normalidade, o que resulta do recurso de diversas e variadas padronizações, do que em termos de uma exata e rigorosa realidade. Nomeadamente, que a contabilidade organizada tem, na sua base, múltiplos pressupostos mais construídos ou ficcionados do que efetivamente verificados na realidade⁷⁹.

A escolha da tributação das empresas pelo rendimento real deu-se por opção do legislador constituinte aquando da reforma fiscal e de maneira a estabelecer um modelo de tributação das empresas que se encontrasse em conformidade com o grau de desenvolvimento em que se encontrava Portugal, na altura.

À luz do Direito Fiscal Internacional e do critério de Residência, é fundamental fazer uma distinção entre empresas residentes e não residentes no nosso ordenamento jurídico para efeitos de tributação, compreendendo que, no caso dos residentes que desenvolvem atividades empresariais, o objeto do IRC é o lucro tributável. Por definição, este é o valor dos rendimentos obtidos através da sua atividade, subtraindo os gastos que tiveram as empresas.

No caso dos não residentes, estes serão tributados de forma semelhante aos residentes, isto é, também através do lucro, mas apenas se tiverem um estabelecimento estável em território português, o que se traduz no exercício da sua atividade com carácter de permanência⁸⁰.

Porém, temos visto que os direitos em articulação com os novos desafios fiscais, ou seja, as liberdades de gestão fiscal, na atualidade, têm vindo a limitar a tributação do rendimento das empresas⁸¹.

⁷⁹ Cite *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, p. 43.

⁸⁰ ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 387.

⁸¹ JOSÉ CASALTA NABAIS, “Direitos fundamentais e tributação”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCVI, Tomo II, 2020, p. 667 a 695.

O Código do IRC foi introduzido em 1988, entrando em vigor em 1989, por força da reforma fiscal dos anos 80. Efetivamente, além de vir satisfazer uma exigência constitucional, veio também colocar os impostos societários dos Estados da OCDE e da então CEE, como parte integrante do sistema fiscal português.

A nível da tributação das empresas importa ver a posição relativa em que se encontra Portugal. Atualmente, o nosso país apresenta uma das mais altas e efetivas taxas de imposto sobre as empresas na União Europeia. Assim, a taxa marginal máxima de imposto sobre os lucros das empresas é de 31,5% (21% + 1,5% + 9%)⁸², o que faz com que Portugal apresente em 2021 uma das taxas mais elevadas da UE a 27 e a taxa mais elevada de todos os países europeus pertencentes à OCDE.

Com esta taxa de IRC de 21%, implementada em 2017, o nosso país torna-se um dos países menos competitivos a nível fiscal em relação aos outros 37 países da OCDE, encontrando-se na 33.º posição, segundo o *International Tax Competitiveness Index* – um dos rankings de referência a nível internacional⁸³.

No entanto, a taxa de IRC no nosso país é variável, consoante a localização das empresas no território português. Se as empresas estiverem sediadas nas ilhas, o valor do IRC é diferente. Na Madeira a taxa é de 20% e nos Açores a taxa corresponde a 16,8%. Se estivermos a falar de PME – pequena e média empresa – a taxa de IRC é reduzida a 17%, mas apenas sobre os primeiros 15 mil euros de matéria coletável.

Em Portugal, como já foi possível compreender, as empresas com sede no território encontram-se sujeitas a uma elevada carga fiscal e, por esse motivo, estas acabam por se fazer valer do princípio da liberdade de gestão fiscal.

Lato sensu, este princípio confere uma maior amplitude à livre decisão dos indivíduos em todos os domínios da vida, admitindo-se a limitação desta livre decisão apenas quando o seu exercício, sem entraves, confira danos para a coletividade ou quando o Estado se veja obrigado a tomar providências, de forma a preservar essa mesma liberdade individual⁸⁴.

⁸² Este valor integra a derrama municipal e estadual, ou seja 21% corresponde à taxa do IRC, 1,5% à taxa da derrama municipal e 9% à taxa da derrama estadual.

⁸³ Este índice pretende medir a capacidade do sistema tributário de um país e promover, de forma sustentável, o crescimento económico e o investimento, analisando mais de 40 variáveis da política fiscal em cinco categorias: impostos sobre o rendimento das pessoas coletivas, impostos sobre pessoas singulares, impostos sobre o consumo, impostos sobre o património e impostos sobre rendimentos de fonte estrangeira. Cite ANTÓNIO AMÉRICO COELHO e ANA MARGARIDA OLIVEIRA, “A Reforma Fiscal do IRC: o mais importante ainda está por fazer...”, *Uma Reforma Fiscal para o séc. XXI*, CEN e PSD, 2021, p. 106 e 107.

⁸⁴ Em relação à liberdade de gestão fiscal, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, p. 49.

As empresas, através deste princípio constitucionalmente consagrado, adquirem a possibilidade de planificar a sua atividade económica sem preocupações com as necessidades financeiras da comunidade estadual, com o único objetivo de conseguirem melhores resultados económicos e vantagens a nível fiscal, no sentido de uma diminuição da carga fiscal de que são devedores, que é garantida por estratégias de planeamento fiscal.

É a própria Constituição que garante às empresas direitos económicos que permitem a utilização do planeamento fiscal. É o caso da livre iniciativa económica presente no artigo 61.º, n.º 1 da CRP⁸⁵ ou a liberdade de iniciativa e organização empresarial, artigo 80.º, alínea c) e artigos 86.º e 87.º do mesmo diploma. Note-se que estes direitos da Constituição económica são de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, artigo 17.º da CRP, e constituem a “trave-mestra” do Direito da União Europeia, sendo fundamentais para os seus Estados-Membros.

Atente-se também que as pessoas coletivas não nacionais, que não tenham sede em Portugal, mas que tenham como pretensão exercer uma atividade económica ou investir no país, beneficiam do princípio da equiparação, ficando, assim, a ser titulares do direito fundamental à iniciativa económica privada.

O Estado deve incentivar a atividade empresarial e cumprir a sua função como detentor do poder de tributar, no entanto, tanto estes deveres do Estado como a liberdade de gestão fiscal das empresas, devem concretizar-se na prática do princípio da Neutralidade Fiscal.

A redação do artigo 81.º, alínea e) da CRP subscreve que é função do Estado garantir o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral. Assim, fica o Estado português, por força do princípio da neutralidade, obrigado a não provocar, e a contrariar que outros provoquem, distorções na concorrência entre as empresas.

⁸⁵ A iniciativa económica privada a que se refere o n.º 1 deste artigo, inclui a prática de qualquer ato ou exercício de qualquer atividade de índole económica, por parte de pessoas privadas, singulares ou coletivas. Neste caso, referimo-nos, em específico, a uma iniciativa económica-produtiva das empresas, no âmbito do nosso trabalho, às pessoas coletivas – às empresas multinacionais. Estas envolvem a produção e comercialização de bens, assim como o fornecimento de serviços para o mercado, através da organização autónoma constituída para o efeito, funcionalmente adequada e conveniente implantada nos mercados relevantes dos bens e/ou serviços. Esta iniciativa económica privada inclui a liberdade empresarial, cujo modo de exercício deve ser individual e coletivo. De acordo com o comentário do artigo 61.º da CRP, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO I, Introdução Geral e Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra Editora, 2006, p. 1181 a 1183.

É o princípio de liberdade de gestão fiscal que suporta o Planeamento Fiscal, tornando-se este o princípio constitucional com maior importância e alcance em sede da tributação das empresas. Apesar disto, o seu alcance tem limites⁸⁶, ou seja, o planeamento fiscal é um direito, mas não poderá ser exercido através de manifestações que constituam abusos de configuração jurídica dos factos tributários, provocando situações de evasão fiscal ou situações de fuga aos impostos através de mecanismos ou manobras que partam de disfarces jurídicos da realidade económica⁸⁷.

Por esse motivo é essencial conhecermos de forma criteriosa os limites ao planeamento fiscal averiguando a sua compatibilidade com a moralidade fiscal e compreendendo que existe uma linha muito ténue entre o planeamento fiscal agressivo e abusivo.

1.6. O Planeamento Fiscal e os seus limites

Observar a gestão e o Planeamento Fiscal no campo da fiscalidade internacional tornou-se cada vez mais complexo, graças ao crescimento, na razão direta, da intensificação das trocas globais de bens e serviços e da interligação crescente das economias e dos agentes económicos no comércio internacional. Daqui resulta o aparecimento de práticas de gestão de interesses por parte das empresas e de planeamento das suas ações com o único objetivo de minimizar os encargos fiscais que em condições normais estariam sujeitas. Os indivíduos e as empresas, enquanto agentes económicos, procuram alcançar posições de vantagem, de uma forma que os beneficie a nível económico e tributário.

Os sistemas fiscais encontram-se em constante mutação devido aos desafios emergentes como os fenómenos da globalização, da desintermediação, da desmaterialização e da deslocalização dos fatos tributários, que levam a que os Estados percam a centralidade e vejam-se obrigados a alterar o paradigma e a arranjar soluções para combater a perda das receitas dos impostos.

De facto, o Planeamento Fiscal é um instituto que contribui para o fenómeno da erosão das bases tributárias das empresas e o desvio de lucros. Por outro lado, é um direito e uma liberdade da gestão fiscal das empresas, que se traduz na autonomia privada, ligado à

⁸⁶ Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo estas restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos como dispõe o artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Assim, as restrições ao planeamento fiscal devem respeitar o princípio da proporcionalidade.

⁸⁷ Para uma maior compreensão dos limites à liberdade de gestão fiscal, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, p. 49.

liberdade de determinar o próprio comportamento a nível da celebração de negócios jurídicos e contratos, isto é, a liberdade contratual⁸⁸.

Em termos terminológicos, o planeamento é uma ação voluntária e programada, dirigida para atingir determinados objetivos. No campo do Direito Fiscal, normalmente este é um instituto que está ligado aos contribuintes, em especial às empresas, destinado à obtenção de uma diminuição da carga fiscal, ou seja, garantindo uma poupança a nível do pagamento de impostos.

Já conseguimos compreender que as empresas com atividade plurilocalizada se aproveitam de uma falta de harmonização e coordenação fiscal internacional para obtenção de vantagens⁸⁹.

O Planeamento Fiscal é o exercício de uma liberdade de conteúdo económico, traduzindo-se na escolha do negócio jurídico e na determinação do seu resultado fiscal, porém sujeito a restrições ou limites. Acontece, que como qualquer direito ou liberdade, este pode dar lugar a um comportamento abusivo. Pode ser legítimo, mas também pode ser ilegítimo e, isto acontece quando as situações de planeamento se afigurem em situações de fraude fiscal e de fraude à lei fiscal.

Estamos perante situações de fraude fiscal quando estamos a braços com um comportamento que viole um dever de cooperação do sujeito passivo, ao qual corresponde uma sanção penal ou contraordenacional. Por sua vez, a fraude à lei fiscal, conhecida também como elisão fiscal, refere-se a comportamentos que consistem em contornar a lei fiscal sem expressamente a infringir. Assim, o planeamento fiscal constitui uma dimensão essencial do planeamento económico e o seu limite é a fraude à lei⁹⁰.

O que acontece em muitas situações é um aproveitamento da liberdade de conceção de contratos e da escolha da forma negocial para alcançar o único e principal objetivo de reduzir ou eliminar a carga fiscal, o que se poderá traduzir em situações de abuso do direito.

⁸⁸ Sobre gestão e planeamento fiscal internacional, JOÃO RICARDO CATARINO, “Capítulo I - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 22 a 47.

⁸⁹ Uma vantagem fiscal é a redução, eliminação ou deferimento temporal de imposto ou de obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema de planeamento fiscal. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu labirinto”, *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 38, diretor: J. L. Saldanha Sanches, abril-junho 2009, Instituto Superior de Gestão, p. 91.

⁹⁰ De acordo com as considerações feitas por SALDANHA SANCHES sobre este instituto, citado por ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *ibidem*, p. 62.

A internacionalização da economia veio dificultar a tributação segundo o princípio da capacidade contributiva, tornando-se este apenas um índice indicativo de alguma tributação.

É o fenómeno da globalização que abre portas para novas técnicas de planeamento fiscal, envolvendo o uso de sofisticados produtos financeiros, arbitragem fiscal e até centros financeiros conhecidos como *off-shores*. Por esse motivo, foi necessário mobilizar esforços para a existência de uma efetiva coordenação fiscal internacional com o propósito primordial de combater a evasão e fraude fiscal e controlar o planeamento fiscal agressivo. Entenda-se que este último é um fenómeno global que requer uma resposta e para isso, talvez seja necessário a alteração de conceitos tomados como chave, sendo exemplo disto, uma necessária reponderação dos conceitos de Fonte e Residência.

O Planeamento Fiscal empresarial dá-se a nível interno e a nível internacional. O primeiro ocorre através do aproveitamento de lacunas existentes na legislação interna dos Estados. O segundo acontece através do aproveitamento de lacunas intencionais ou não intencionais, que resultam da interação de legislações de dois ou mais ordenamentos.

No âmbito deste estudo, é essencial compreender que as lacunas não intencionais são as “famosas” disparidades, utilizadas pelo Planeamento Fiscal e que, conseqüentemente, criam situações de Dupla Não Tributação.

Assim, o planeamento ocorre através da escolha de uma forma jurídica específica para a realização de negócios jurídicos, tendo como última finalidade, evitar as normas de incidência, a redução e eliminação da matéria tributável ou da coleta do imposto. Este planeamento será legítimo ou lícito, se a finalidade não for exclusiva, nem uma das principais, e se existirem razões económicas válidas para a forma escolhida que vão para além das razões fiscais. Tal facto significa que poderá não ser ilegal, mas será, sem dúvida, imoral.

No quadro da União Europeia e do exercício das suas liberdades fundamentais, a forma jurídica escolhida para os atos ou negócios jurídicos, com referida finalidade de eliminar ou reduzir o imposto, tem de ter correspondência com o exercício de uma atividade comercial e não pode existir artificialidade, mas sim uma necessária substância económica, para que exista planeamento fiscal de forma legítima⁹¹.

⁹¹ Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 292 e 293.

Nestas circunstâncias, quando se trate de um “esquema artificial”, porque não existe correspondência entre a forma jurídica adotada, que é lícita, e a substância do negócio, estamos perante situações de elisão ou abuso fiscal.

Este tipo de planeamento fiscal agressivo apresenta um “conceito chapéu”, que abarca a elisão ou abuso fiscal, eventualmente de evasão fiscal, e as lacunas causadas pela interação de mais de um ordenamento⁹².

Para efeito do estudo a que nos propomos desenvolver, importa tentar clarificar e delimitar estes conceitos que já mencionamos e que se apresentam de três formas: “*extra legem*”, “*contra legem*” e “*intra legem*”. É este último tipo de situações que realmente é importante na matéria em apreço, uma vez que é através das situações “*intra legem*” que se dá o fenómeno da erosão de bases tributárias.

A fraude à lei fiscal, elisão fiscal ou *tax avoidance* apresenta-se como uma situação “*extra legem*”, quando o ganho fiscal é obtido através da utilização de negócios jurídicos que não estão previstos nas normas de incidência fiscal e/ou que, estando previstos nessas normas, têm um regime menos oneroso. Os agentes económicos, através deste tipo de estratégias, materializam as suas opções económicas da prática de atos jurídicos, orientando-se por critérios de evitação fiscal ou até mesmo de poupança fiscal.

Por sua vez a fraude à lei fiscal, evasão fiscal ou *tax evasion*, consubstancia-se como uma situação “*contra legem*” e define-se através de atos ou omissões que são especificamente orientados para a obtenção de uma situação tributária mais favorável, uma poupança fiscal, que resulta da prática de atos intencionalmente contrários à lei, ou seja, ilícitos⁹³. Nestas situações em específico a lei fiscal é violada e existe o abuso da liberdade de conformação jurídica dos negócios ou dos factos tributários em que intervêm⁹⁴.

Foquemo-nos no Planeamento Fiscal ou *tax planning*, já que através deste, as empresas têm a liberdade de planear a sua vida económica, seja a individual ou da coletividade, sem tomar em consideração as necessidades financeiras, sendo o objetivo obter o melhor resultado no que toca à minimização dos impostos a pagar de um modo totalmente legítimo e lícito, querido até pelo legislador ou deixado à liberdade e opção do contribuinte.

⁹² v. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal*, p. 57.

⁹³ Atente-se que a ilicitude não pode ser confundida com a falta de ética nos comportamentos de planeamento fiscal ou com a cobrança de receitas tributárias.

⁹⁴ Definições dadas por JOÃO RICARDO CATARINO, “Capítulo I - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 55.

Apesar disso, com a globalização e a expansão das multinacionais, foi gerada uma discussão em torno do planeamento sobre a sua compatibilidade com a moralidade fiscal, que não é um princípio jurídico, nem pode ser utilizado como princípio interpretativo da lei. Aqui a moralidade serve para exigir a transparência na elaboração das leis fiscais.

É de frisar que, tanto na perspectiva do Direito Europeu, segundo o princípio da tributação fiscal no mercado interno e na perspectiva do Direito Internacional Fiscal, nos referimos aqui ao mercado globalizado, recomendando-se que o imposto seja devido pelo menos uma vez, como consagrado pelo princípio da tributação singular. Isto significa que quer a dupla tributação internacional, quer a dupla não tributação são sempre indesejáveis e, é claro, que devem ser eliminadas.

O princípio da tributação singular constitui o padrão ambicionado a nível internacional e europeu, pelo que a OCDE e a UE têm unido esforços para a concretização do mesmo, através de uma maior coordenação e de uma ideal harmonização fiscal, já que a falta de coordenação e a ausência de harmonização conjugada com a livre circulação de bens, pessoas e capitais é o fator que mais favorece o Planeamento Fiscal, através do aproveitamento de disparidades, pois a livre circulação permite escolher os regimes fiscais mais vantajosos, alcançando, assim, a dupla não tributação ou duplas deduções, como acontece quando recorremos a Assimetrias Híbridas.

O Planeamento Fiscal não existe apenas para as empresas, mas também para os Estados. As primeiras como já referimos pretendem através deste, a diminuição da fatura fiscal, por sua vez os Estados visam a maximização da receita tributária.

Usemos o nosso país como referência: deve Portugal, como Estado-Membro de instituições como a OCDE e a União Europeia, ter em conta os propósitos essenciais do DFI que incluem, para além da prevenção e eliminação da dupla tributação, a justa repartição entre os Estados do poder de tributar e das correspondentes receitas.

A nível de Planeamento Fiscal, Estados e empresas são sujeitos ativos e, por isso, a responsabilidade deve ser de ambos.

Note-se que as empresas devem ter regras de boas condutas a nível laboral, ambiental e obviamente, fiscal e isto significa que, no campo do planeamento fiscal, devem ter atenção aos mecanismos que utilizam para obtenção de uma vantagem fiscal, tendo em conta os seus limites, de forma que estas tentativas de otimização, não se tornem “*extra legem*” ou “*contra*

legem”. Podem e devem exercer o seu direito de liberdade de gestão e autonomia privada, mas sem nunca esquecer o seu dever de pagar impostos.

Devemos fazer uma chamada de atenção para a responsabilidade dos Estados, uma vez que são os primeiros atores no que toca à obtenção de receitas através do exercício da sua soberania fiscal. É de fácil entendimento que estes, estando envolvidos numa situação tributária internacional, têm direito de tributar, mas é necessário definir em que medida, já que com a globalização, o mundo ficou cada vez mais dividido em territórios de alta tributação e territórios de baixa tributação.

Ora, a concorrência e a competitividade fiscal entre Estados serão benéficas, porque estimulam o crescimento económico, dinamizando-o, mas dentro de certos limites, para a promoção de uma maior harmonização de soluções nos sistemas fiscais.

Não obstante, a concorrência fiscal poderá, através dos impostos que vigoram numa dada jurisdição, produzir externalidades que impactam outras jurisdições. O que importa é que esta concorrência seja contida, para que não se torne prejudicial e, concludentemente, não ocorra a erosão de bases tributárias, gerando a perda de receitas e agravamento dos défices públicos⁹⁵.

Quando abordarmos a matéria das Assimetrias Híbridas, estamos a falar de uma modalidade de planeamento fiscal. No entanto, não estaremos a falar de PF abusivo, mas sim, de PF agressivo, uma vez que este fenómeno cumpre plenamente a função visada pela lei e é, nessa medida, inatacável à luz dos cânones clássicos de PF abusivo. As Assimetrias baseiam-se e limitam-se a cumprir o desiderato das normas fiscais que, nas mais variadas circunstâncias, vão sendo criadas pelas diferentes jurisdições com vista a promover um determinado comportamento: evitar a dupla tributação económica, prevenir a dupla tributação jurídica, facilitar a remuneração dos investidores estrangeiros e assegurar a outorga da condição de residente, entre outros.

Atente-se que estes qualificativos são responsáveis pela obtenção de uma dupla vantagem fiscal e não se consideram inaceitáveis quando são avaliados numa perspetiva bilateral ou global⁹⁶.

⁹⁵ JOÃO RICARDO CATARINO e SARA DIOGO, “Capítulo III – BEPS, Boa Governança, Concorrência e Competitividade fiscal”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 166 a 167.

⁹⁶ Sobre os limites do planeamento fiscal através das Assimetrias Híbridas, de acordo com GUSTAVO LOPES COURINHA, “Capítulo VIII – As Diretivas Europeias Anti-Abuso” *Fiscalidade Internacional– Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 414 e 416.

O que acontece é que estas estratégias do fenómeno de erosão de bases tributáveis e da transferência de lucros poderiam qualificar-se como “menos lícitas” ou mesmo ilícitas, mas de uma forma geral, configuram-se apenas como formas de tirar proveito da fraca evolução da coordenação fiscal internacional através da legislação fiscal dos diferentes Estados e de lei fiscais nacionais desajustadas face ao quadro global das relações económicas.

De uma forma genérica, iremos também conhecer as cláusulas ou regras gerais anti abuso que surgiram com o objetivo de combater o Planeamento Fiscal Agressivo, são uma tendência relativamente recente e constituem um último reduto para quando não existem outras regras a serem aplicadas como solução para a problemática da erosão de bases e transferência de lucros ou *base erosion and profit shifting*⁹⁷.

Chegados a este ponto, depois de entendermos a origem do problema da erosão de bases tributárias e transferências de lucros, resta-nos conhecer e analisar, o conceito e definição das Assimetrias Híbridas.

⁹⁷ Para um maior desenvolvimento sobre a Cláusula Geral Anti Abuso, v. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 403 a 409.

2. Assimetrias Híbridas

2.1. Definição

As Assimetrias Híbridas ou *Hybrid Mismatches Arrangements* têm como objetivo a obtenção de uma vantagem fiscal para os contribuintes e são constituídas por toda e qualquer estrutura que se apoie na oportunidade originada por um conflito de qualificação de um dado elemento, figura ou de imputação de pagamentos⁹⁸.

Assim, apesar de aparentarem ser uma temática relativamente recente, conhecida até mesmo como novidade, as AH são do interesse da doutrina que se dedica ao estudo do Direito Fiscal Internacional, uma vez que, tanto para este ramo de direito, como para o Direito Internacional Privado, os conflitos de qualificação sempre foram uma matéria a que estes ramos do direito se dedicam.

Os híbridos, como também é conhecido este instituto que nos encontramos a estudar, surgem dos conflitos de qualificação decorrentes de um tratamento fiscal diferenciado, a que estas figuras estão sujeitas. Isto acontece pelo facto de duas ou mais jurisdições tratarem a mesma situação legal de forma distinta ou inconsistente, o que culmina em resultados discrepantes e, dessa forma, permite que seja auferido um benefício fiscal que, de outra maneira, não seria possível, traduzindo-se de uma forma positiva para o sujeito passivo, que diminui a sua carga fiscal, provocando a erosão da sua base tributária.

As Assimetrias estão intimamente ligadas com situações de dupla tributação⁹⁹ e dupla não tributação internacional¹⁰⁰, como também com a chamada arbitragem fiscal transfronteiriça¹⁰¹. E esta ligação verifica-se, porque todas estas realidades podem ser

⁹⁸ De acordo com a definição dada por MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, “A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial”, *Monografias CIDEFF* n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, p. 77.

⁹⁹ Este conceito é designado, pelo Direito Tributário, como os casos de concurso de normas, que ocorrem quando o mesmo facto se integra na previsão de duas normas diferentes, normas tributárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto. Cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, p. 31. Veja-se ainda, que a Dupla Tributação ocorre se se verificarem quatro elementos em dois ou mais Estados que são, nomeadamente, os impostos semelhantes, aplicáveis ao mesmo período, sobre o mesmo sujeito passivo e o mesmo facto tributário. Como já vimos, são celebrados acordos bilaterais com o objetivo de evitar a dupla tributação nos impostos sobre o rendimento e o património, dada a impossibilidade política de serem celebrados multilateralmente, ficando o Estado da Residência responsável por atenuar a dupla tributação. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 37.

¹⁰⁰ A dupla não tributação é definida, por alguns autores, como o fenómeno oposto à dupla tributação internacional, isto é, ausência de incidência sobre um facto tributário, o que determina a ausência de tributação aplicável em situações que envolvem mais do que um Estado. v. JOÃO OCHÔA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 335.

¹⁰¹ Por sua vez, a arbitragem fiscal transfronteiriça é o aproveitamento, pelos sujeitos passivos, de diferenças ou de conflitos entre a legislação fiscal dos dois estados, de modo a obter vantagens fiscais, incluindo situações

geradas por conflitos de qualificação, que ocorrem através do tratamento diferenciado que é dado a instrumentos, entidades e transações que sucedem em Estados distintos¹⁰², abrindo porta ao abuso de forma a obter uma poupança fiscal¹⁰³. O conflito de qualificação resulta da falta de harmonização entre as jurisdições fiscais internacionais e não de qualquer comportamento fraudulento por parte do sujeito passivo. Ou seja, numa dinâmica de causa-efeito, a vantagem é obtida por causa da falta de harmonização que existe em sede de legislação fiscal.

Veremos em detalhe que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, conhecida como a OCDE e também o G20 deram um enorme contributo para o estudo destas figuras, através do Relatório *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, publicado em março de 2012 e uns anos mais tarde, através da Ação 2 do Plano BEPS, que apresenta medidas para o combate desta problemática. Note-se que estas duas entidades internacionais não definiram um conceito de Assimetrias Híbridas.

Porém, das recomendações da OCDE no referido plano, resultou a pretensão de eliminar as situações que dão origem à dupla não tributação, do mesmo modo, que se pretende também que não ocorram situações de dupla tributação. Ambas são situações indesejáveis, assim, as regras destinadas a neutralizar os híbridos não deverão servir, de modo algum, para criar situações de dupla tributação, apenas para eliminar as situações de dupla não tributação.

Outro contributo importante, foi o da União Europeia, que de maneira a adotar as recomendações dadas pela OCDE, criou um pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal, composto por duas diretivas: ATAD I e ATAD II.

de dupla não tributação. JOÃO OCHÔA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 334 e 335.

¹⁰² A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), afirma que os híbridos são mecanismos que aproveitam estas diferenças no tratamento ao nível fiscal de instrumentos, entidades ou transferências em duas ou mais jurisdições e, pela sua natureza, desempenham um papel fundamental nas estratégias de planeamento fiscal internacional. OCDE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, Paris, 2012.

¹⁰³ Esta diminuição na carga fiscal, a ser cobrada pelos Estados às empresas, poderá, no limite, ser conseguida através do recurso da dupla não tributação por parte destes contribuintes. Cfr. JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspetivas futuras*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018, p. 25 e MARIA REBELO AFONSO D’ ALBUQUERQUE, “A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial”, *Monografias CIDEEFF*, p. 77, “Estes fenómenos são designados por híbridos, em virtude de serem caracterizados de forma diferente, para efeitos fiscais, à luz do direito interno de duas ou mais jurisdições e resultarem em situações de dupla não tributação”.

E assim, surge uma noção distinta de AH relevante, que compõe a Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016¹⁰⁴, que no seu artigo 9.º, n.º 2, consagra que as 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 uma maneira simples, importa compreender que 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 imposto¹⁰⁵.

A palavra “híbrido” tem o significado de “o que resulta da junção de coisas diferentes”¹⁰⁶, sendo mesmo o que acontece, já que a razão de surgimento destas disparidades no sistema fiscal internacional é, sem dúvida, a falta de aproximação das legislações que compõem as jurisdições internacionais¹⁰⁷.

Compreenderemos através de uma abordagem sistemática do conceito de Assimetrias Híbridas e conforme este aparece nos relatórios da OCDE e nas Diretivas Anti Elisão Fiscal da UE, que estas figuras se refletem em três características genericamente. A primeira, prende-se com a existência de um elemento “híbrido”, decorrente de um conflito de qualificação, a segunda é a existência de um “pagamento” e a terceira é a produção de um “resultado” de dupla não tributação¹⁰⁸.

Como sabemos, os Estados têm o seu direito interno próprio e é normal que uma mesma figura não seja legislada, isto quer dizer, definida da mesma forma. Este direito acaba também por ser uma razão para o aparecimento destas figuras, uma vez que, a uma mesma realidade é outorgado um tratamento diferenciado, contribuindo para o elemento ou carácter híbrido destas figuras.

¹⁰⁴ A Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016, a Diretiva Anti Elisão Fiscal, também conhecida como ATAD I é a primeira diretiva que compõe o pacote Anti Elisão Fiscal apresentado pela União Europeia.

¹⁰⁵ Cfr. MARIA EDUARDA MARQUES, *Combate às Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, 2020, p. 3

¹⁰⁶ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/h%C3%ADbrida>

¹⁰⁷ Note-se que a existência de disparidades dá lugar a conflitos de qualificação que proporcionam a dupla não tributação de certos elementos, aquando da incidência simultânea de normas provenientes de sistemas fiscais distintos. Para um melhor entendimento, MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, “A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial”, *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, p. 84.

¹⁰⁸ JOÃO OCHÔA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 338.

Destarte, este tratamento diferenciado está reservado a figuras tais como: os instrumentos financeiros da dívida e de capital próprio, que surgem com os juros e dividendos, as transferências financeiras e, por último, as entidades.

Nesse sentido, é essencial desmistificar estes conceitos. Começamos pelos instrumentos financeiros que são explicados pela utilização de contratos, que por serem muito bem redigidos, permitem explorar as lacunas jurídicas, derivadas da forma diferenciada como os Estados-Membros e, no caso, o Estado do pagador, definem instrumento de dívida e instrumento de capital, incluindo ainda uma transferência híbrida¹⁰⁹. Assim, gera-se um conflito de qualificação de um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro, interpretado como dívida e, simultaneamente, capital ou contrato de derivados.

Dessa forma, através da exploração da dualidade na classificação fiscal destes regimes, procura-se obter uma redução de imposto num país através da dedução de um gasto cujo rendimento respetivo não é tributável ou que originou outra dedução noutro país¹¹⁰.

Importa atentar que a distorção no tratamento fiscal acontece por causa dos juros e dos dividendos, sendo estes ambos instrumentos de financiamento. Nesta medida, é relevante diferenciar que os primeiros, os juros, são fiscalmente dedutíveis na esfera da entidade pagadora e assumem-se como rendimentos tributáveis na esfera da entidade que os recebe. Já para os segundos, os dividendos, será o Estado de Residência da entidade responsável por os distribuir e estes não serão considerados como custo fiscalmente dedutível. Em relação ao plano da entidade que os recebe, apesar de serem frequentemente sujeitos a uma retenção na fonte, esta pode ser limitada, se aplicável o artigo 10.º da Convenção Modelo da OCDE, ou até mesmo eliminada, se aplicável o regime da *participation exemption*¹¹¹ ou, no plano comunitário, o regime da Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas¹¹².

¹⁰⁹ v. CHAMIR MANÉ TAVARES, “O projeto BEPS da OCDE: A coerência do Direito Internacional Fiscal”, Dissertação de Mestrado, Nova School of Law, 2020, p. 48 e 49.

¹¹⁰ L. JOGENJANS, “OECD’s Recommendation a (Hybrid) Mismatch Itself?” Tilburg University, 2014 citado por JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspectivas futuras*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018, p. 26.

¹¹¹ O regime da *participation exemption* consagra a não tributação dos dividendos recebidos. ANA MIRANDA, *Assimetrias Híbridas - A resposta da OCDE e da UE*, Dissertação de Mestrado, UCP, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018, p. 16 e 17.

¹¹² O regime da Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas estabelece a não inclusão na matéria coletável da sociedade-mãe dos lucros distribuídos por uma sociedade sua afiliada, ou, a sua tributação, seguida de uma dedução do montante de imposto sobre as sociedades, pago no seio da sociedade afiliada. ANA MIRANDA, *ibidem*, p. 16 e 17

Outra figura híbrida são as transferências financeiras que se consubstanciam como uma subcategoria dos instrumentos financeiros, pois tratam-se de transferências destes e acabam por gerar posições incompatíveis dos contribuintes a respeito de um determinado pagamento, originando discrepâncias quanto aos direitos de propriedade sobre os bens, objeto destas transferências.

Estes conflitos de qualificação assumem uma natureza objetiva, uma vez que a divergência de tratamento fiscal tem origem na análise das características do instrumento ou da transferência financeira, resultando na subsunção dos mesmos factos a normas diferentes, excluindo-se, para o efeito, os conflitos de qualificação atinentes ao Estado do contribuinte ou às circunstâncias em que o instrumento é detido¹¹³.

Em relação ao tratamento fiscal diferenciado dado às entidades pelas várias jurisdições, este ocorre pela divergência dos critérios utilizados para a qualificação das mesmas, que acaba por originar a dupla não tributação de um pagamento, por estas entidades, emitido ou recebido.

Significa isto, que o tratamento fiscal diferenciado se define, sobretudo, pela natureza das entidades, ou seja, se estas são fixadas como transparentes ou opacas. Esta disparidade é de mais fácil compreensão e ocorre quando num sistema tributário interno uma entidade é considerada transparente, sendo por isso desprovida de personalidade tributária passiva, não sendo sujeito passivo de imposto. Porém, em outro ordenamento jurídico, a mesma entidade é considerada opaca, detentora de personalidade tributária passiva estando, dessa forma, sujeita a pagar imposto, tornando-se assim uma figura híbrida¹¹⁴.

Neste contexto, encontramos-nos perante uma situação de conflito de qualificação de natureza subjetiva, já que estes híbridos têm na sua origem uma divergência interpretativa quanto às características inerentes à situação fiscal do contribuinte, que se prende, por exemplo, com o seu estatuto em relação à transparência, à residência ou à imputação de pagamentos¹¹⁵. O que acontece nestas disposições é que a entidade, que recebe ou emite o pagamento, acaba por desconsiderar o mesmo por causa dos efeitos fiscais e em

¹¹³ Sobre os instrumentos e transferências híbridas, consultar MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, "A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial", *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022. p. 84 e seguintes.

¹¹⁴ Para um melhor entendimento, ver CHAMIR MANÉ TAVARES, *O projeto BEPS da OCDE: A coerência do Direito Internacional Fiscal*, Dissertação de Mestrado, Nova School of Law, 2020, p. 51.

¹¹⁵ MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, "A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial", *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, p. 77.

consequência da própria entidade também não ser considerada para os mesmos efeitos. Se isto não ocorrer, pode, em alternativa, o pagamento que emite ou recebe, ser atribuído a uma outra entidade desde que esta seja membro do mesmo grupo de consolidação. Em outros casos, pode ainda suceder que o mesmo pagamento seja dedutível ao abrigo da jurisdição do ordenante e, por essa razão, despolete uma dupla dedução na jurisdição onde se encontra a entidade que o recebe.

Ora, existem dois tipos de entidades híbridas: as clássicas e as inversas. No primeiro caso, a entidade é tratada como opaca pelo Estado onde se encontra incorporada e como transparente pelo Estado dos seus sócios. No segundo caso, passa-se o inverso, a entidade é tratada como transparente pelo Estado onde se encontra incorporada, mas como opaca pelo Estado dos sócios¹¹⁶.

Para além disso, também se entendem por entidades híbridas, as entidades de dupla residência. Estas, numa ótica um pouco distinta, assentam também em um conflito de qualificação de natureza subjetiva, mas este provém de um conflito de residência positivo. Como vimos anteriormente, este tipo de conflito culmina com situações em que a mesma entidade é considerada para efeitos fiscais residente à luz do direito interno das diferentes jurisdições em que opera.

Estas entidades de dupla residência são detentoras de um carácter *sui generis* a par das outras figuras híbridas anteriormente explanadas, e por isso, merecem lugar de destaque, sendo o cerne do nosso estudo. Particularmente, este tipo de híbridos são objeto de sobreposição de disposições legais emanadas por diferentes Estados que resultam na sua sujeição ao mesmo tratamento jurídico, isto quer dizer, à sua qualificação como residente. Logo, de forma contrária às outras assimetrias, os conflitos de qualificação provêm da sujeição de disparidades dos sistemas fiscais dos diferentes Estados.

Note-se que pelo facto de serem qualificadas como residentes para efeitos fiscais em duas ou mais jurisdições onde operam, os pagamentos emitidos por estas entidades são considerados para efeitos fiscais e, uma vez tidos como despesas e gastos, são dedutíveis nas jurisdições envolvidas¹¹⁷.

¹¹⁶ De acordo com a definição dada por MATILDE DE SEABRA PAULO BARROSO, *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Dissertação de mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2017, p. 11.

¹¹⁷ Definição de entidades duplamente residentes em MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, “A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial”, *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, p. 85.

Em suma, estas figuras híbridas estão sujeitas a quatro elementos significativos que se constituem como características comuns, tornando a sua natureza jurídico-fiscal compreensível. É o caso da existência de disparidades, o conflito de qualificação, o alcance de um resultado e a existência de um nexo de causalidade entre as partes.

É através do nexo de causalidade que se procede à adequada identificação dos sujeitos ou entidades que se encontram por detrás dos esquemas, que dão origem ao instituto de que nos ocupamos neste trabalho, bem como se permite estabelecer uma conexão entre os resultados obtidos e a existência de um esquema previamente concebido com vista ao alcance desses resultados, incorrido por um conjunto de contribuintes que objetivam beneficiar dos resultados proporcionados por tal estrutura¹¹⁸.

2.2. Modalidades, Resultados e Efeitos

Agora que já conhecemos a natureza das Assimetrias Híbridas, é fundamental destacar as modalidades mais comuns no panorama internacional e que foram consideradas pelo primeiro relatório que compôs a Ação 2 do Plano BEPS, dedicado inteiramente a esta temática.

Foi no contexto deste relatório e da ação, que se procedeu a um organizado estudo orientado para a criação de medidas de combate para fazer face à problemática decorrente da utilização de figuras híbridas, como técnica de planeamento fiscal agressivo.

De acordo com ANA PAULA DOURADO, este tipo de planeamento está intrinsecamente ligado ao comportamento adotado pelos grupos de empresas multinacionais com vista a tirar máximo partido das oportunidades existentes que permitem diminuir a carga fiscal, fruto da globalização e da interação entre os diferentes sistemas fiscais e, por conseguinte, aumentar o lucro marginal¹¹⁹.

À luz do contributo da OCDE, através do plano BEPS, além de terem sido desenvolvidas regras anti-híbridos que se focam na existência de pagamentos dedutíveis¹²⁰, também foram explanadas quatro categorias de Assimetrias. A União Europeia também deu um importante

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 91.

¹¹⁹ Cfr. ANA PAULA DOURADO, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, Vol.43, *Intertax*, Issue 1, 2015, p. 42 a 44.

¹²⁰ O elemento “pagamento” é dos três que compõe a definição de Assimetria Híbrida. Sobre os pagamentos dedutíveis, consultar OCDE/G20, *Neutralising the effects of Hybrid Mismatches Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OCDE Publishing, 2015, p. 17.

contributo através da extensão das figuras híbridas a mais uma modalidade como veremos de seguida.

Desta forma, a primeira categoria são os instrumentos financeiros híbridos, em que os Estados envolvidos tratam deles de uma maneira completamente diferente, mais especificamente, considerando-os como instrumentos de dívida para um Estado e como instrumentos de capital próprio para o outro Estado.

Em segundo lugar, temos uma subcategoria da primeira, as transações híbridas, que se encontram intimamente relacionadas com as diferentes conceções que podem ser utilizadas pelos Estados para a qualificação de um negócio jurídico. Esta conceção pode ser puramente formal e, nesse caso, acaba apenas por atender à forma legal do negócio ou pode ser uma conceção material que realça os efeitos produzidos pelo mesmo. Deste tipo de Assimetria, temos como exemplo a transferência de um ativo através de um contrato que, para um dos Estados, é um contrato de compra e venda com reserva de propriedade e para o outro Estado um contrato de empréstimo com garantia.

A terceira categoria, Entidades Híbridas, consiste em entidades que por um ordenamento são consideradas transparentes para efeitos fiscais tendo, por isso, imputação dos rendimentos por ela gerados à matéria coletável da sociedade-mãe, independentemente de haver ou não distribuição de dividendos ou alienação de partes sociais e opacas para o outro Estado, tributadas pelos rendimentos gerados no seio da sua própria esfera.

Estas entidades podem ainda possuir duas qualificações, uma clássica, que é aquela entidade que é tratada como opaca no seu Estado de residência e, simultaneamente, transparente no Estado de residência dos sócios, e uma inversa, esta contrariamente à primeira qualificação, é aquela que é tratada como transparente no seu Estado de residência e, simultaneamente, opaca no Estado de residência dos sócios. Note-se que este tipo de distorções é mais comum em países em que a tributação é consideravelmente mais elevada, por essa razão as empresas procuram transferir os seus lucros para países de tributação claramente mais favorável, obtendo assim benefício económico e para isso, recorrem a *holdings* ou a *letterbox*.

E por fim, mas não menos importante, temos as Entidades que possuem dupla residência, o que significa que são consideradas residentes em dois Estados. Este tipo de distorção decorre da existência de elementos de conexão diferentes para a atribuição do critério de residência. Em termos internacionais, são utilizados de forma muito comum, os critérios da

sede estatutária e o da direção efetiva, o que leva a que uma entidade que tenha a sua sede num Estado e a direção efetiva noutro Estado, seja considerada residente em ambos. Estas são conhecidas como as Assimetrias de Residência Fiscal, que iremos analisar de uma forma mais exaustiva.

Atente-se que, as Assimetrias Híbridas foram ampliadas com as Diretivas Anti Elisão Fiscal, a diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016 e a diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017, que vêm reforçar o combate a estas disparidades emergentes no sistema fiscal internacional. Ambas as diretivas compõem o pacote de medidas adotadas pela UE para combater, para além dos fenómenos da Elisão, também as Assimetrias.

Assim, a Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio vem apresentar outra modalidade de AH que é gerada por meio de Estabelecimentos Estáveis Híbridos, sendo que esta figura passa a ser uma nova e quinta modalidade de Assimetrias Híbridas. É claro, que mais uma vez esta, tal como as outras, decorre das diferentes qualificações que são dadas ao instituto de estabelecimento estável por dois ou mais ordenamentos jurídicos. A definição de Estabelecimento Estável¹²¹ está plasmada no Art. 5.º, n.º 1 da CM OCDE e “*Para efeitos da presente Convenção, a expressão "estabelecimento estável" significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade*”.

Afirma-se que existe uma certa harmonização, a este nível, ainda que subsistam definições algo distintas nas diversas Convenções sobre a dupla tributação. Algumas delas inspiradas pelo alargamento do conceito de EE, previsto no Modelo de Convenção da ONU, para evitar a dupla tributação entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento, em resposta às especificidades destes últimos. Estas interpretações díspares e as mudanças sentidas no comércio internacional, nos últimos anos, levam à necessidade de adequar o conceito de EE nos diferentes modelos de Convenção.

O direito comparado é fértil em dar-nos exemplos de países em que a existência de um EE é condição *sine qua non* – ou quase – para sujeitar um não residente a imposto no Estado. Fonte, isto na medida em que se considera que apenas tal presença é, suficientemente digna, para justificar uma tributação para o financiamento da despesa pública.

¹²¹ A existência de um estabelecimento estável implica a acumulação de três pressupostos: a existência de uma instalação onde é exercida toda ou parte da atividade, a localização noutro Estado contratante e o grau de permanência. MARIA EDUARDA MARQUES, *Combate às Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, 2020, p. 7.

Por outro lado, não é raro encontrar jurisdições onde a noção de estabelecimento estável está longe de esgotar o elenco de situações, ao abrigo das quais, os não residentes podem encontrar-se sujeitos a tributação no Estado da Fonte, bastando, para o efeito, uma ligação muito mais ténue para despoletar factos tributários. Por isso mesmo, o conceito de estabelecimento estável é suscetível de ser entendido como um limiar mínimo de presença, exigindo-se um mínimo de substrato para que o não residente se torne sujeito passivo no Estado Fonte e, ao mesmo tempo, como uma regra de imputação geográfica de rendimento, na medida em que se considera que os rendimentos, que lhe são imputáveis, têm origem no Estado onde o estabelecimento estável está localizado. Importa salientar que o estabelecimento estável das empresas não interessa só ao Estado Fonte. Na verdade, existe uma exigência para que o Estado da Residência faça a isenção de imposto sobre o rendimento do EE, ou, em alternativa, a permissão de dedução de imposto pago no estrangeiro, em virtude da existência de tal Estabelecimento Estável.

Mesmo que exista uma Convenção sobre a dupla tributação, ainda se abre algum espaço para dúvidas sobre a definição dada pela OCDE, devido aos avanços que se têm sentido a nível do comércio internacional e a uma mudança de paradigma para uma era em que o comércio é cada vez mais digital. Assim, torna-se mais fácil existirem diferenças na qualificação do EE por dois ou mais ordenamentos jurídicos, afirmando-se que os problemas de qualificação jurídica podem surgir, tendo em conta que o artigo em questão é de difícil concretização.

Esta “nova” modalidade aparece relacionada com o conceito de entidades transparentes e opacas, que vimos anteriormente, na medida em que ao Estabelecimento Estável se encontra reservado o tratamento fiscal das entidades transparentes, o que significa que os lucros gerados por este são imputados à esfera dos seus sócios, sejam pessoas singulares ou coletivas, na proporção das respetivas participações sociais, ocorrendo a tributação na esfera destes.

As Assimetrias Híbridas, além de terem modalidades, são responsáveis pela produção de quatro tipo de resultados. Ao explicitarmos os mesmos, perceberemos que, da conjugação das modalidades com os resultados, surgem os efeitos que analisaremos, com maior detalhe, quando conhecermos as soluções que a União Europeia adotou para as Assimetrias, com influência nas recomendações da OCDE.

Importa analisar os diferentes resultados das Assimetrias Híbridas, porém, convém compreender que, do terceiro elemento que compõe a definição das figuras híbridas, é o elemento “resultado” que consiste na situação de dupla não tributação¹²². Esta situação ocorre nas relações entre dois ou mais Estados, quer estes estejam ligados entre si por tratados tributários ou não. Na inexistência de tratado tributário, este resultado dá-se quando há um desencontro, em ambos os Estados em presença, de normas tributárias que se considerem aplicáveis a uma determinada situação da vida. Portanto, este resultado sucede pela ausência de tributação em qualquer um dos Estados em causa. No caso de existir um tratado entre os dois Estados, a dupla não tributação, pode ocorrer das próprias regras convencionais.

Neste tipo de situações poderá este fenómeno acontecer ao abrigo de dois tipos de disposições presentes no tratado. O primeiro tipo prende-se com o facto de, por vontade expressa convergente dos dois Estados, tenham estes acordado que nenhum tributará certo tipo de rendimento ou capital, pelo que, o rendimento não será tributado nem pelo Estado da Residência, nem pelo Estado da Fonte¹²³.

O segundo tipo de normas, originará este resultado quando digam respeito à repartição de competência tributária entre Estados, em presença, que conduzem ao reconhecimento da competência exclusiva de um deles para tributar certo rendimento, seja ele o Estado de Residência ou o Estado da Fonte. É consequência automática do reconhecimento da competência exclusiva de um Estado e é a exclusão da competência do outro Estado, a qual é vulgarmente denominada, ainda que erroneamente, de isenção.

Em situações de conflito de interpretação, a dupla não tributação respeita à qualificação de certas figuras jurídicas do direito interno dos Estados envolvidos e não tanto à interpretação das regras dos tratados em si mesmas¹²⁴.

¹²² Note-se que ao contrário da dupla tributação, que é originada por um concurso positivo de normas, a dupla não tributação dá-se ao abrigo de um concurso negativo. Este fenómeno respeita a situações em que nas relações de dois ou mais Estados, as leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida e esta não é efetivamente abrangente por nenhuma delas. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2022, p. 44 a 49.

¹²³ Para uma exemplificação da situação, consultar ALBERTO XAVIER, *ibidem*, p. 45 e 46.

¹²⁴ O artigo 23.º - A da Convenção Modelo da OCDE que assegura ao Estado da Residência não aplicar o método de isenção, se o Estado da Fonte interpreta o tratado no sentido de não se considerar tributariamente competente. Para mais desenvolvimento, *ibidem*, p. 48 e 49. Também PAULA ROSADO PEREIRA em *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 210 a 225, desenvolve, com rigor, os métodos de eliminação da Dupla Tributação, presentes nos artigos 23.º - A e 23.º - B do MC OCDE, referindo-se que estas soluções servem para quando os Estados se encontram em falta de acordo, no que toca à consagração de um único método, permitindo que estes possam escolher o mais adequado aos seus interesses, ou seja, a nível de política fiscal e de arrecadação de receita pública, uma vez

Este “resultado” é o elemento mais importante da definição de AH, uma vez que não se verifica a existência deste tipo de figuras, se não se apurar este elemento.

A Dupla Não Tributação pode verificar-se quando ocorra um resultado de Dupla Dedução, isto é, quando é considerado dedutível em ambos os Estados, ou então uma Dedução Sem Inclusão, quando determinada transferência de capitais é dedutível na esfera da entidade que a efetua, e não tributada na esfera da entidade beneficiária de tal rendimento. Também estas derivações constituem resultados das Assimetrias Híbridas.

Assim, compreenda-se que a Dupla Dedução dos custos manifesta-se, geralmente, através de acordos, onde ocorre uma dedução relacionada com a mesma obrigação contratual, sendo esta reivindicada para fins de imposto de renda em dois países diferentes.

Já a Dedução de Gastos Sem Inclusão de rendimentos ocorre quando os acordos criam uma dedução num país, que é tipicamente uma dedução para as despesas de juros, mas que evita uma inclusão correspondente no lucro tributável noutro país.

Por fim, no que toca aos resultados dos híbridos, temos a criação de crédito imposta por Dupla Tributação internacional, que ocorre quando acordos que geram créditos fiscais estrangeiros que, de outro modo, não estariam disponíveis, pelo menos não na mesma extensão, sem a correspondente renda estrangeira tributável¹²⁵.

Em suma, as Assimetrias Híbridas contribuem, em grande medida, para a diminuição do rendimento tributável do Estado, na forma em que despoletam Duplas Deduções de encargos, Deduções de Gastos Sem Inclusão do respetivo rendimento, além de proporcionarem a criação de créditos de imposto, conduzindo assim a graves distorções na concorrência e pondo em causa a eficiência económica do Sistema, pois sempre que o investimento for mais atrativo, se concretizado em outra jurisdição que não a doméstica, as empresas vão procurar realizá-lo no Estado onde este seja mais benéfico para as mesmas.

Segundo a Comissão Europeia, o Planeamento Fiscal Agressivo é suscetível de assumir várias formas, sendo que as suas consequências incluem Duplas Deduções e Dupla não Tributação¹²⁶.

que a Convenção apresenta ambos os métodos em alternativa. É relevante ainda referir que o artigo 23.º - B do MC OCDE consagra o método da imputação normal.

¹²⁵ Cfr. CÍNTIA VAZ LIMA, *As Assimetrias Híbridas e os desafios ao legislador português para o combate impostos pelas Diretiva (UE) 2016/1164 e Diretiva (UE) 2017/952*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, p. 29

¹²⁶ Sobre as formas de Planeamento Fiscal Agressivo, ANA PAULA DOURADO, “The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Law” in Joachim Englisch (ed.) *International Tax Law: New Challenges to and from*

Não existe uma definição legal realmente elucidativa do conceito de PF Agressivo, porém, é possível esclarecer que este visa abranger as situações que não consubstanciam abuso, que não correspondem a evasão, mas que ainda assim constituem práticas inaceitáveis, quase imorais até, na medida em que são prejudiciais, dado que proporcionam a redução da carga fiscal global de certos contribuintes. No entanto, a fronteira entre o que se qualifica como aceitável ou inaceitável, e que, no fundo, corresponde à questão fundamental, não se encontra definida, e o grau de incerteza é reforçado dada a ausência de uma referência que permita discernir que tipo de situações são enquadráveis no conceito de PF Agressivo¹²⁷.

Apesar disso, o que podemos ao certo afirmar é que as Assimetrias Híbridas são um dos tipos de estruturas que definem o conceito de Planeamento Fiscal Agressivo, numa tentativa de delimitação positiva desta noção.

Não obstante as disparidades existentes não serem um resultado do incumprimento de qualquer disposição legal tributária ou desrespeito à lei de qualquer uma das jurisdições em causa, o recurso aos híbridos conduz a resultados indesejáveis, pelo que se torna necessário estabelecer medidas de combate a estes mecanismos.

Contudo, antes de conhecermos os contributos da OCDE e da União Europeia para combater estas figuras, vamos conhecer a fundo a Assimetria Híbrida a que nos propomos a estudar.

2.3. Assimetrias de Residência Fiscal

Sendo as Assimetrias Híbridas dotadas de diferentes modalidades, cada vez mais abrangentes, pelas suas especificidades, optamos por analisar com rigor as Assimetrias de Residência Fiscal, que mereceram especial atenção por parte da União Europeia nas diretivas que emanaram e, por esse motivo, também receberam lugar de destaque na legislação portuguesa por transposição das normas europeias.

Este tipo de assimetrias é originado por Entidades Duplamente Residentes, o que ocorre pelo reconhecimento de residência fiscal à mesma entidade jurídica, por parte de dois

Constitutional and Legal Pluralism, IBFD Publications, Amsterdam, 2016, p. 257 citada por MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, "A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial", *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, p. 22.

¹²⁷ Sobre o planeamento fiscal e a moralidade fiscal, ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 294 a 296, como também sobre o abuso fiscal, p. 301 e 302.

ordenamentos jurídicos distintos. Isto acontece por causa da inexistência de um critério universal e uniformizado para a atribuição de residência fiscal por parte de um Estado.

Como já vimos, a maioria dos Estados recorre para a definição de residência societária e para a atribuição de residência efetiva fiscal das sociedades, aos critérios da sede e da direção efetiva¹²⁸, o que leva a que em situações em que uma mesma empresa tenha sede em um Estado e direção efetiva em outro, seja considerada como residente em ambos os Estados¹²⁹.

É da sobreposição de diferentes conflitos de qualificação da residência para efeitos fiscais que surgem as divergências quando à residência fiscal de um contribuinte. Da existência de uma política fiscal internacional pode resultar dois tipos de conflitos de residência, que poderão ser negativos ou positivos. Serão conflitos de residência negativos, sempre que o mesmo contribuinte não seja considerado residente fiscal em nenhum Estado. Já os conflitos positivos de residência dizem respeito às situações em que o contribuinte é considerado residente fiscal em mais que um Estado¹³⁰.

Este tipo de assimetrias, que compõem o cerne do nosso estudo, decorrem da existência de um conflito de residência positivo.

Em matéria de dupla residência de pessoas coletivas ou *dual resident companies* pode suceder que mais do que um ordenamento jurídico, considere uma pessoa coletiva localizada no seu território tornando-se, assim, necessário fixar um critério de preferência na repartição dos poderes de tributação¹³¹ e, no caso das relações internacionais, as Convenções contra a Dupla Tributação estabelecem que prevalece o critério do local da direção efetiva¹³².

¹²⁸ Cfr. MATILDE DE SEABRA PAULO BARROSO, *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2017, p. 13 e 14.

¹²⁹ No nosso país, as multinacionais têm liberdade de iniciativa económica e da empresa, que se materializa em diversos vetores, como é o caso da escolha do local de sede e do exercício da atividade da empresa. Por essa razão, estas podem escolher o local onde querem exercer a sua atividade com objetivo de obter uma vantagem fiscal.

¹³⁰ Para uma melhor compreensão das Entidades Duplamente Residentes, ver MARIA REBELO AFONSO D'ALBUQUERQUE, "A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial", *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, p. 118 e 119.

¹³¹ Veja-se a título de exemplo, o que sucede no caso de estarmos perante uma sociedade incorporada sob as leis de um dos Estados dos EUA, sendo, porém, controlada e gerida no Reino Unido ou quando a Austrália considera domiciliadas no seu território, sociedades incorporadas em jurisdições estrangeiras, mas que são controladas por residentes deste país. São os chamados *residence-residence conflicts*, por oposição aos *residence-source conflicts*. Cite ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, p. 294 a 296.

¹³² Como explicado por ALBERTO XAVIER, *ibidem*, p. 295, em coordenação com os comentários ao artigo 4.º do Modelo de Convenção da OCDE, o local de direção efetiva (*place of effective management*) corresponde ao lugar onde os negócios são dirigidos ou fiscalizados, isto é, onde são praticados os atos de gestão global da empresa (*center of top level management*).

É através deste tipo de situações que uma entidade fica sujeita a ser tributada pelo seu rendimento global mais do que uma vez.

Apesar disso, engana-se quem ache que isto é apenas negativo para as empresas. Através da Dupla Residência, a sociedade tem possibilidade de poder deduzir seus custos e incentivos em mais do que um Estado, o que acarretará um benefício à pessoa coletiva em causa. O que acontece é que as entidades apenas possuem dupla residência para fins de obtenção de vantagem fiscal, ou seja, é esta qualidade de residente que lhes permite reduzir a base tributária em ambos os países onde é considerada como tal. Dito de outro modo, a redução da sua base tributária, por via de dupla residência, opera através de pagamentos que são tidos como dedutíveis para ambas as jurisdições e esta é, como já havíamos visto, a principal razão da utilização das Assimetrias Híbridas: a obtenção de uma vantagem fiscal.

Neste sentido, é perceptível que o problema da Dupla Residência está longe de ter uma resolução definitiva, uma vez que nem todos os Estados celebraram Convenções de Dupla Tributação, e o conceito de direção efetiva não se encontra definido pela CM OCDE. Na verdade, a ausência de um conceito autónomo que permita aplicação da Convenção por todos os países que a assinaram, leva a que os Estados tenham de recorrer ao seu direito interno para concretizar este conceito, o que conduz a problemas de aplicação prática, pela inexistência de harmonização das normas fiscais.

Vejamos que esta figura híbrida tem como resultado típico situações de Dupla Dedução. Além deste tipo de assimetrias, as duplas deduções podem ser alcançadas através estabelecimentos estáveis híbridos e pagamentos efetuados por entidades transparentes.

O resultado de Dupla Dedução permite que certos pagamentos, para além de serem dedutíveis no Estado do emissor, beneficiem igualmente de uma dedução ou um alívio fiscal equivalente no Estado do destinatário aquando do cálculo da matéria coletável¹³³.

Ora, percebe-se que é possível obter este efeito através do recurso de uma entidade híbrida, isto é, cria-se uma mesma estrutura que permite que duas entidades distintas possam deduzir as devidas despesas em duas jurisdições, ou seja, os resultados da Dupla Dedução surgem quando o mesmo item de despesa é tratado como dedutível na legislação das duas jurisdições. Normalmente, a legislação dessas jurisdições permite que as despesas sejam

¹³³ De acordo com a definição dada pela OCDE no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 165.

deduzidas do lucro tributável, sendo compensada com o rendimento que não será tributado¹³⁴.

O que ocorre neste tipo de híbridos é semelhante ao que acontece na situação de Dupla Dedução através de entidades transparentes, pois também neste contexto o resultado aqui produzido é despoletado através da realização de um único pagamento, o qual será compensado por rendimento que não é duplamente incluído em ambos os Estados. Para tal será necessário apurar o tratamento fiscal a que se encontra sujeito nas jurisdições onde é residente¹³⁵.

Este resultado de Dupla Dedução será evidenciado quando a despesa é incorrida, não sendo aqui relevantes as diferenças de *timing* ou de quantificação de dedução. Por sua vez, estes pagamentos dedutíveis correspondem normalmente a gastos e despesas associados a juros, *royalties*, serviços, rendas, estando também incluídas depreciações e amortizações¹³⁶.

Para entendermos o resultado das Duplas Deduções com recurso a uma Entidade Duplamente Residente, veja-se um exemplo que envolve um Estado-Membro, um Estado terceiro e três entidades, designadas como Entidade A, B e C, respetivamente.

A entidade A é a *sociedade-mãe* e a entidade C reside num Estado-Membro. Esta última é uma entidade híbrida, porque é qualificada pelo Estado-Membro como transparente e por um país terceiro como opaca. Já a entidade B é considerada duplamente residente para efeitos fiscais, pois é considerada residente nos dois Estados, ou seja, no Estado-Membro e, simultaneamente, no país terceiro. Isto acontece, porque a entidade B tem a sede estatutária da sociedade no Estado terceiro e a sua gestão e direção é levada a cabo, em outro país, que é o Estado-Membro¹³⁷.

¹³⁴ Cfr. OECD/G20, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, 2012, p. 46 e seguintes, CÍNTIA VAZ LIMA, *As Assimetrias Híbridas e os desafios ao legislador português para o combate impostos pelas Diretiva (UE) 2016/1164 e Diretiva (UE) 2017/952*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, p. 30 e 31, ANA MIRANDA, *Assimetrias Híbridas - A resposta da OCDE e da UE*, Dissertação de Mestrado, UCP, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018, p. 26 e 27 e MATILDE DE SEABRA PAULO BARROSO, *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Dissertação de estrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2017, p. 35 e 36.

¹³⁵ OCDE/G20, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, 2012, p. 80.

¹³⁶ OCDE/G20, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 79 e 336.

¹³⁷ ANA MIRANDA, “*Assimetrias Híbridas - A resposta da OCDE e da UE*”, Dissertação de Mestrado, UCP, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018, p. 27.

Esta entidade B pede um empréstimo a uma entidade exterior, que é independente, pelo qual paga juros e, por isso, tem um resultado negativo. Apesar da entidade C apurar um resultado positivo, esta verá a sua matéria coletável imputada à esfera da entidade B, uma vez que a entidade C é considerada transparente no Estado-Membro. Atente-se que através de dedução de juros, por parte da entidade B, dá-se a compensação do resultado positivo da entidade C, reduzindo-se, assim, e, de uma forma significativa, o montante de imposto a pagar. O Estado terceiro, por sua vez, deparando-se com esta situação em concreto, não imputa o resultado positivo da entidade C na esfera da entidade B, pois este qualifica C como uma sociedade opaca. Não obstante, por considerar a entidade B como sua residente, permite que haja uma dedução de juro à matéria coletável do grupo de entidades A e B, que constituem uma *sociedade-mãe e filha*. Por esse motivo, é deduzido o mesmo custo em ambos os Estados¹³⁸.

Se ao invés desta situação, estivéssemos perante um caso em que, em ambos os Estados vigorasse o Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (RETGS), a entidade B não seria titular de quaisquer rendimentos consideráveis e os gastos decorrentes dos empréstimos, contraídos em qualquer um dos Estados, seriam dedutíveis tanto na esfera tributária da entidade A como na da entidade C. Para isso acontecer, a entidade C não poderia estar abrangida por um conflito de qualificação, ou seja, ser uma entidade híbrida considerada transparente para o Estado-Membro e opaca para o Estado terceiro.

Importa ainda considerar que neste último exemplo, entre os dois países, não vigora nenhuma CDT e por isso, não pode ser aplicada a solução dada pelo artigo 4.º, n.º 3 da Convenção Modelo da OCDE. O artigo 4.º da CM OCDE, trata da definição de quem é residente para um Estado contratante. Para que seja perceptível a solução dada no seu n.º 3 é necessário convocar o n.º 1. Esta norma diz-nos que “*Para efeitos da Convenção, a expressão "residente de um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais. Todavia, esta expressão não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado apenas*

¹³⁸ Cfr. MATILDE DE SEABRA PAULO BARROSO, “*Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*”, Dissertação de mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2017, p. 35 e 36

relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou ao património aí situado.”.

O n.º 3 apresenta a seguinte solução: *“Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direção efetiva.”.*

É fácil compreender que esta disposição se apresenta como solução para o problema da residência, mas apenas para os Estados que subscreveram a este instrumento jurídico de coordenação internacional.

Como solução para este problema, a OCDE recomendou que o Estado onde o contribuinte é qualificado como residente recusasse a Dupla Dedução aproveitada. Uma vez que o contribuinte é considerado residente em duas jurisdições diferentes, ambas deverão recusar a dedução do pagamento, na medida em que a dedução seja aposta a rendimento não incluído no rendimento tributável dessas jurisdições. Tal, deve-se ao facto de, em situações de conflito de residência, não ser possível autonomizar a figura da entidade ordenante. Assim, seria recomendável que ambas as jurisdições recusassem a sua respetiva dedução, permitindo que o excesso de dedução seja utilizado em períodos subsequentes, na condição de ser compensado o rendimento duplamente incluído.

Porém, esta solução tem um grave problema, uma vez que potencializa situações de Dupla tributação, sempre que ambas as jurisdições desencadeiem conjuntamente a aplicação dessa mesma norma. A OCDE, apesar de ter definido desde o início dos seus trabalhos de neutralização e combate das Assimetrias Híbridas, que o objetivo era eliminar a Dupla Não tributação, sem criar situações de Dupla Tributação, deixa claro, nesta situação em apreço, que isso é o ideal, não sendo possível aqui em específico. A potencialização de uma situação de Dupla Tributação é a solução mais viável para esta instituição internacional, dada a dificuldade em estabelecer uma hierarquia de normas a convocar na presente situação jurídica.

Neste sentido, analisaremos a partir de agora, as medidas de combate apresentadas pela OCDE através das recomendações do Relatório final da Ação 2 que estão incluídas no plano BEPS e, claro, das soluções dadas pela União Europeia ao abrigo do pacote de diretivas que apresentaram as Diretivas Anti Elisão Fiscal, conhecidas como DAE ou, a nível internacional, como ATAD – *The Anti Tax Avoidance Directive*. Este pacote é composto por duas diretivas distintas e de relevante importância (ATAD I e II), que iremos conhecer com

rigor mais adiante. A ATAD II apresenta uma norma concreta que versa sobre as Entidades de Dupla Residência e, por isso, a sua análise será fundamental para o nosso estudo.

3. Medidas de Combate: as soluções dadas pela OCDE e pela União Europeia

3.1. O Plano BEPS da OCDE

A propósito desta matéria, é muito importante estudar as recomendações dadas pelas organizações internacionais, como a OCDE/G20, que constituem medidas de *soft law*, e as emanadas nas diretivas da União Europeia para os Estados Membros¹³⁹.

Desde já, é essencial destacar que atualmente muitos dos conceitos que encontramos na lei fiscal portuguesa provêm das recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e abrangem factos tributários meramente internos. A este fenómeno damos o nome de pluralismo jurídico, que se constituiu pela influência do direito supranacional aos direitos nacionais e vice-versa.

Antes de analisarmos as soluções tomadas pela OCDE, é de frisar que o problema da erosão de bases e transferência de lucros foi formalmente detetado no relatório sobre práticas fiscais prejudiciais feito por esta organização internacional em 1998. De acordo com este relatório, a procura por territórios fiscalmente mais favoráveis teria também fortes implicações a nível interno dos Estados, uma vez que faria com que todos estes diminuíssem as taxas de imposto para ganhar atratividade, aumentando a competitividade fiscal internacional. Isto veio determinar, como já sabemos, uma alteração na distribuição da carga entre atividades económicas e/ou grupos de contribuintes¹⁴⁰.

Em 2008, o G20 e o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE começaram por dar respostas às disparidades, que já demos a conhecer, originadas pela globalização e pela possibilidade de passarmos a ter factos tributários plurilocalizados, dos quais saíram a ganhar as empresas que ficaram com as “portas abertas” para a sua internacionalização, podendo também obter mais lucros.

Em conjunto, traçaram dois grandes objetivos: o da transparência e justiça fiscal, que se efetivou pela criação de mecanismos de troca de informação para efeitos fiscais, a vigorar deste de 2009, e o do combate ao fenómeno da erosão das bases fiscais e transferência dos lucros, através da criação do Plano BEPS – “*Base Erosion and Profit Shifting*”¹⁴¹, aprovado

¹³⁹ Para mais desenvolvimentos, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 264

¹⁴⁰ JOÃO RICARDO CATARINO e SARA DIOGO, “Capítulo III – BEPS, Boa Governança, Concorrência e Competitividade fiscal”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 153.

¹⁴¹ “*Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) é o nome dado às estratégias de evasão fiscal utilizadas pelos sujeitos que exploram lacunas e disparidades na lei fiscal para artificialmente transferirem os lucros para*

em 2013, que veio tentar desenvolver soluções estratégicas para diversos problemas originados pelo desenvolvimento da economia mundial através de quinze ações recomendadas a adotar pela OCDE aos Governos, de forma que estas sejam incluídas nos seus ordenamentos jurídicos internos.

Os trabalhos e a discussão relativa ao Projeto BEPS desenrolaram-se entre 2013 e 2015. Neste ano, foram concluídos o conjunto de relatórios relativos às 15 ações que incidem sobre as situações que mais facilitam a erosão das receitas tributárias e o Planeamento Fiscal Agressivo¹⁴². O plano BEPS faz uma breve enunciação das 15 ações e dos resultados alcançados, através de um instrumento de *Soft Law* e, quanto à sua natureza, convém realçar que este plano tem um alcance limitado¹⁴³.

Falamos aqui de um direito brando, utilizado há largos anos por esta organização, atendendo que a OCDE não possui ordenamento jurídico próprio independente dos ordenamentos internos dos Estados-Membros, sendo esta organização responsável por um trabalho de cooperação.

Veja-se que o objetivo principal do projeto BEPS¹⁴⁴, além do combate do PF Agressivo, é assegurar que a tributação ocorra no Estado onde se realiza a atividade económica e no

países de baixa ou nula tributação. Apesar de determinados esquemas serem ilegais, a verdade é que alguns deles não o são, pelo que não será ilícito o recurso aos mesmos. É, no entanto, prejudicial na medida em que compromete a parcialidade e a integridade dos sistemas tributários, já que empresas que operem num âmbito internacional, poderão fazer uso do BEPS para obter uma vantagem fiscal e, com isso, tornarem-se mais competitivas do que as empresas que, dada a sua pequena dimensão, operem apenas a nível doméstico.” ANA MIRANDA, *Assimetrias Híbridas - A resposta da OCDE e da UE*, Dissertação de Mestrado, UCP, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018, p. 33. A OCDE afirma que o fenómeno do BEPS, resulta em perdas de receita fiscal para os estados afetados que poderiam ser investidos no crescimento resiliente e equilibrado, v. OCDE, “*Base Erosion and Profit Shifting, Final Reports - Information Brief*”, 2015.

¹⁴² Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.ª Edição, Almedina, 2022, p. 35 a 39.

¹⁴³ Sucintamente, o plano BEPS resultou nas 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. OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting. Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

¹⁴⁴ Como já compreendemos, o Plano BEPS é um macroinstrumento de *soft law*, porém, este apresenta um *modus operandi* que à semelhança do que acontece com outros instrumentos semelhantes de organizações internacionais, poderá adquirir potencialidades de um instrumento de *hard law*, o que de algum modo tem vindo acontecer mediante a atuação de outras organizações, como a União Europeia, e a obrigação de adoção

qual se verifica a criação de valor, evitando assim a transferência dos lucros de uma forma artificial¹⁴⁵, contribuindo para a promoção da transparência. O Plano BEPS assenta, assim, em três pilares chave: introduzir coerência nas regras internas que afetam as atividades transfronteiriças, reforçar os requisitos de substância nas normas internacionais e melhorar a transparência¹⁴⁶.

É essencial compreender que este projeto tem por base o combate à evasão e elisão fiscais internacionais e que, para que este dê frutos e seja realmente eficiente, necessita que haja um esforço articulado e conjunto por parte dos Estados, não sendo possível apenas através de medidas individuais dos mesmos, nem sequer através das medidas bilaterais que compõem as Convenções de Dupla Tributação.

O projeto BEPS traz uma mudança de paradigma para o Direito Fiscal Internacional, demonstrando a importância do multilateralismo, como solução para a prevenção de alterações do mundo físico que ocorrem influenciadas pela globalização e digitalização da economia e que influenciam, de modo determinante, a arrecadação de receitas pelos Estados através dos impostos sobre o rendimento das empresas¹⁴⁷.

A OCDE tem um Modelo de Convenção cuja sua primeira versão remonta ao ano de 1963. Esta Convenção sofreu, ao longo dos anos, diferentes revisões à sua redação e aos seus comentários, de forma a se aproximar do que se foi alterando no panorama da fiscalidade internacional. Atualmente, a CM OCDE é o *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE*, que teve a sua última revisão a 21 de novembro de 2011. Desta atualização, fazem parte um relevante conjunto de alterações que provêm de medidas aprovadas no âmbito do Projeto BEPS e que versam sobre a matéria contida nos

de medidas unilaterais pelos Estados-Membros e mesmo por Estados não membros da OCDE. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 265

¹⁴⁵ CÍNTIA VAZ LIMA, *As Assimetrias Híbridas e os desafios ao legislador português para o combate impostos pelas Diretiva (UE) 2016/1164 e Diretiva (UE) 2017/952*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, p. 46

¹⁴⁶ Cfr. JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspetivas futuras*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018, p. 50.

¹⁴⁷ v. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 49 e 50, PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.ª Edição, Almedina, 2022, p. 36 e JOSÉ CASALTA NABAIS e MARIA MATILDE LAVOURAS, “Reforma do Sistema Fiscal”, *Uma Reforma Fiscal par o séc. XXI*, CEN e PSD, 2021, p. 29.

relatórios finais das ações ou de medidas que provêm do aprofundamento de algumas das ações do Plano BEPS¹⁴⁸.

No cerne da questão em estudo, encontramos a Ação 2 do BEPS, responsável por emanar as recomendações criadas para neutralizar os efeitos dos instrumentos, entidades híbridas e arbitragem, designada por “*Neutralise the effects of hybrid mismatch Arrangements*”, que funciona como regra de salvaguarda, ou seja, que contém uma abordagem comum e que só funcionará com um esforço de coordenação entre medidas¹⁴⁹.

3.1.1. A Ação 2 do Plano BEPS

A Ação 2 passou por examinar as provisões domésticas existentes, mas também por equacionar possíveis soluções a adotar no plano unilateral. Vem definir recomendações, com o objetivo de neutralizar os efeitos das Assimetrias Híbridas, como forma de desenvolver disposições convencionais e recomendações que devem ser transpostas para o ordenamento interno dos diferentes Estados com o fim de neutralizar o efeito dos mecanismos e das entidades híbridas. No caso em específico das Entidades de Dupla Residência, neutralizar o efeito da Dupla Dedução.

Apesar da Ação 2 versar sobre todas as figuras híbridas que já conhecemos, analisaremos, em particular, as soluções criadas para as Entidades Duplamente Residentes.

Vejamus que esta Ação propõe, essencialmente, dois tipos de resposta. Por um lado, uma solução mais primária, definindo que os Estados devem negar as deduções de um encargo decorrente de um pagamento, na medida em que este não seja incluído na matéria coletável do beneficiário efetivo do rendimento, tendo em conta a jurisdição do Estado de Residência. Por outro lado, uma resposta mais defensiva, que implica aqui uma reação do Estado de Residência do beneficiário efetivo do rendimento, requerendo a tributação do rendimento em questão qualificável como isento neste Estado, sempre que o Estado da Fonte autorizar a dedução desse gasto.

¹⁴⁸ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA na sua obra *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 183 a 185 e 207 a 210.

¹⁴⁹ Para um maior desenvolvimento sobre as principais causas do fenómeno BEPS, JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspetivas futuras*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018, p. 17 a 20.

Na sua segunda parte, a Ação 2 vem explorar as alterações efetuadas na Convenção Modelo da OCDE e, onde se destaca a adição de um n.º 2 ao artigo 1.º ¹⁵⁰ e a alteração do n.º 3 do artigo 4.º. O objetivo destas alterações passa por garantir que entidades transparentes e Entidades com Dupla Residência obtenham, de forma ilegítima, benefícios decorrentes da aplicação de Convenções e, por outro lado, articular as disposições da CM OCDE com as recomendações domésticas propostas na primeira parte do relatório.

São as alterações aos referidos artigos da CM OCDE que são fundamentais no âmbito das Entidades com Dupla Residência para efeitos fiscais. A alteração do n.º 3 do artigo 4.º, prende-se, efetivamente, com o problema causado por esta figura híbrida. Assim, saliente-se que esta norma vem estabelecer uma regra de desempate para os casos de entidades residentes em dois Estados¹⁵¹, como vimos, quando caracterizamos as Assimetrias de Residência Fiscal.

Além da Ação 2, também a Ação 6 tem propostas importantes para garantir que entidades e instrumentos híbridos, bem como Entidades com Dupla Residência não sejam manipuladas com o objetivo de obter, de forma inapropriada, vantagens em termos fiscais.

A Ação 6 consubstancia-se na prevenção da utilização abusiva de Convenções para prevenir a Dupla Tributação, com o objetivo de desenvolver disposições convencionais relativas ao desenho de normas internas que impeçam a concessão dos benefícios das Convenções, em circunstâncias inapropriadas.

Também a Ação 4 constitui um dos necessários resultados do plano BEPS, já que trata de uma matéria que constituiu o cerne deste instrumento de *soft law* e do estudo a que nos propusemos realizar. Esta ação é responsável por desenvolver recomendações no âmbito da limitação da erosão de bases tributárias através da dedução de juros e rendimentos equivalentes, com o objetivo de melhorar as práticas de elaboração de normas para evitar este fenómeno. Exemplo disto são as situações em que entidades relacionadas entre si ou

¹⁵⁰ A criação desta norma e adição à convenção tem por base, a situação das entidades transparentes e o rendimento por estas obtido ser considerado como rendimento de um residente do Estado contratante, ao nível da CDT, mas apenas na medida em que o rendimento seja tratado, para efeitos de tributação nesse Estado, como rendimento de um residente do Estado. Releve-se que Portugal reservou o direito de não incluir este artigo nas suas Convenções de Dupla Tributação, fundamentando a sua decisão pelas dificuldades técnicas associadas à solução. Segundo PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.º Edição, Almedina, 2022, p. 208.

¹⁵¹ ANA MIRANDA, *Assimetrias Híbridas - A resposta da OCDE e da UE*, Dissertação de Mestrado, UCP, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018, p. 36.

com terceiros emitem dívida, de maneira a obterem uma dedução de juros ou a financiarem a obtenção de rendimentos isentos economicamente equivalentes ao pagamento de juros¹⁵².

Em relação aos resultados alcançados pela adoção do plano BEPS, estes são díspares e limitados atendendo aos objetivos desejados. Quanto à Ação 2 que pretende neutralizar os efeitos dos híbridos e que possui uma abordagem comum, tal como Ação 4, é de realçar que estas não atingiram os resultados mínimos, e tal aconteceu porque foi dada uma maior flexibilidade à administração tributária para adotar as medidas e soluções dadas pela OCDE. Estas medidas e soluções foram exploradas por algumas multinacionais de forma a obter a Dupla Não Tributação do rendimento e, assim a organização internacional optou por soluções simples e eficazes para evitar esse resultado.

No que concerne à Ação 2, conseguiu-se um resultado significativo no que respeita à política da consolidação das empresas que fazem parte do mesmo grupo e das estruturas organizadas que, de certa forma, podem causar complexidade ao sistema fiscal internacional e, conseqüentemente, podem surgir situações de Dupla Tributação. Porém, através do relatório final da Ação 2 chegamos à conclusão de que existem inúmeras questões que ficaram por resolver o que, de certa forma, não deixa de gerar incerteza jurídica.

Não podemos deixar de evidenciar que uma das recomendações mais úteis e inovadoras da OCDE ocorre no seio desta Ação e prende-se com os “híbridos importados”, para os quais a sua aplicação uniforme não se centra na legislação nacional, mas na legislação de países terceiros, já que, aquando da aplicação das diferentes modalidades de assimetria, tem de se aplicar na legislação da correspondente jurisdição.

Abre-se aqui um problema quando se considera que já existem jurisdições que têm legislação para combater as Assimetrias Híbridas adaptada ao seu sistema tributário. Esta efetivação de legislação, para combater estas disparidades nesses Estados, pode pôr em causa, não só a uniformidade na prossecução dos resultados, como a flexibilidade característica desta Ação, que não será respeitada pelos mecanismos dos países. Daí que haja um esforço da OCDE para a implementação destas medidas relativas a esta Ação e isso conduza a uma inquietação sobre o futuro das Assimetrias Híbridas, não sendo este totalmente claro, seja por falta da execução de medidas, seja por estas já terem sido implementadas por muitos países¹⁵³.

¹⁵² Cite JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 266 e 267.

¹⁵³ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 273

A Ação 2 constituiu uma recomendação de melhores práticas fiscais, segundo o Plano BEPS e tem como objetivo final a prevenção da Dupla Não Tributação, refletindo a tentativa da OCDE de promover o conceito da “soma zero”, no qual o resultado fiscal, numa transação entre duas ou mais partes, terá de ser igual a zero. Isto é, se uma das partes reconhece um rendimento e suporta imposto sobre essa quantia, a outra parte deverá reconhecer um gasto e a respetiva dedução ao resultado fiscal¹⁵⁴.

Note-se que Plano BEPS é muito importante não só a nível da União Europeia, como veremos, mas também, a nível internacional, já que a sua Ação 15 é responsável por efetivar a necessidade da criação de um instrumento multilateral, o que está a acontecer, prevendo esta também a modificação das Convenções Bilaterais de Dupla Tributação.

3.2.As soluções adotadas pelas União Europeia: o Pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal

A 28 de janeiro de 2016, a Comissão Europeia apresentou um pacote de medidas contra elisão fiscal que tinha como objetivo ajudar os Estados-Membros a combater este fenómeno. Só podemos compreender estas medidas propostas pela UE, tendo em conta as preocupações existentes no contexto da OCDE, do plano BEPS e das ações que o compõem.

Assim, a União Europeia adotou como solução, o Pacote Anti Elisão Fiscal, como parte da proposta da Diretiva do Conselho que estabeleceu regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno¹⁵⁵, acabando por ser aprovada e constituindo hoje a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (ATAD I)¹⁵⁶.

Impõe-se que nos debrucemos sobre a matéria que versa esta diretiva, como também a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 (ATAD II), que se traduz,

¹⁵⁴ v. JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspectivas futuras*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018, p. 49 a 53.

¹⁵⁵ Juntamente com a proposta de diretiva fazem parte do pacote de medidas contra a elisão fiscal: a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva, a proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, que também foi aprovada e por fim, a Recomendação da Comissão sobre a implementação de medidas contra o abuso de convenções sobre dupla tributação. Segundo, JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “*Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*”, 2.º Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 245 e 246.

¹⁵⁶ The Anti Tax Avoidance Directive como é conhecida a nível internacional, a nível nacional a denominação é Diretiva Anti Elisão (DAE).

numa importante alteração da primeira diretiva, para a superação de uma limitação espelhada na sua própria designação, como veremos, de uma forma detalhada.

Estas diretivas baseiam-se no reflexo de uma nova abordagem económica e política da tributação das sociedades, tendo como principais objetivos: prevenir o Planeamento Fiscal Agressivo, fomentar a transparência fiscal e criar um ambiente de maior justiça e equidade no seio da UE.

Através destas diretivas, a União Europeia veio adotar algumas das mais indispensáveis recomendações dadas pela OCDE presentes nas suas ações. Assim, a Comissão Europeia elaborou um plano de ação com o propósito de alcançar a tributação mais justa e coordenada das sociedades a nível da União Europeia.

3.2.1. A Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (ATAD I)

A primeira Diretiva do Pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal, conhecida como ATAD I, foi aprovada pelo Conselho da União Europeia em 2016. Trata-se da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, tem por objetivo estabelecer um regime uniforme para todos os Estados-Membros das ações do BEPS e integra medidas incidentes sobre cinco domínios específicos: i) a limitação à dedutibilidade fiscal dos juros pagos por entidades do mesmo grupo empresarial; ii) a tributação das mais-valias quando ocorra a transferência da residência fiscal ou de ativos das empresas para jurisdições de baixa tributação, a tributação à saída; iii) a adoção de uma cláusula geral anti abuso; iv) a imputação de rendimentos obtidos por entidades localizadas em territórios de baixa tributação, também conhecida por transparência fiscal internacional ou o regime das Controlled Foreign Companies; e v) obstar a que o apuramento do lucro tributável de grupos empresariais que tenha lugar através de uma Dupla Dedução ou de Dedução Sem Inclusão, com o objetivo de poder evitar as Assimetrias Híbridas. Assim esta diretiva é composta por medidas que correspondem às Ações 2, 3 e 4¹⁵⁷.

A ATAD I estabelece regras contra a prática da elisão fiscal com impacto direto no funcionamento do mercado interno, com o objetivo evidente de estabelecer soluções que ponham em prática os compromissos assumidos no âmbito do BEPS e, desta forma, garantir

¹⁵⁷ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 278

uma tributação mais justa, eficaz e coordenada para UE¹⁵⁸. Logo, a ligação não se limita apenas às semelhanças terminológicas, mas a encontrar soluções comuns.

A Diretiva obrigou a que os Estados-Membros transpusessem o seu teor 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”.

Este instrumento comunitário em apreço apenas estabeleceu uma regra quanto às Assimetrias Híbridas que resultam de Dupla Dedução, situações em que a dedução é apenas concedida ao Estado-Membro em que esse pagamento teve origem. No caso de híbridos que têm como resultado a Dedução Sem Inclusão, acontece que o EM do pagador cede, recusando a dedução do pagamento, segundo o artigo 9.º deste diploma¹⁵⁹.

Para as Assimetrias Híbridas resultantes de diferenças na qualificação jurídica de dois ou mais Estados-Membros 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, continuava a inexistir solução na Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.

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-Membros tinham regras resolutivas¹⁶⁰, colocando, dessa forma, os países terceiros à margem de regulação. Tal situação fazia com que as empresas multinacionais utilizassem ainda o Planeamento Fiscal Agressivo para obter vantagens a nível fiscal, utilizando os sistemas fiscais de países terceiros, que não estavam preparados para neutralizar os efeitos que os híbridos poderiam causar na relação entre os Estados-Membros e os países terceiros¹⁶¹.

¹⁵⁸ Com o objetivo de diminuir os efeitos nefastos de uma implementação puramente unilateral e que poderia ter, como consequência, o aumento das disparidades entre os vários sistemas fiscais dentro da União. v. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 247.

¹⁵⁹ Esta diretiva estabelece um mínimo de proteção dos sistemas nacionais de tributação das sociedades contra as práticas de elisão fiscal em toda a União Europeia. Apesar disso, esse nível mínimo de proteção não impede que os Estados-Membros possam introduzir regras contra a elisão mais rígidas do que as que constam na diretiva. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *ibidem*, p. 247.

¹⁶⁰ Para um maior desenvolvimento, MARIA EDUARDA MARQUES, *Combate às Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, 2020, p. 27

¹⁶¹ Cfr. CÍNTIA VAZ LIMA, *As Assimetrias Híbridas e os desafios ao legislador português para o combate impostos pelas Diretiva (UE) 2016/1164 e Diretiva (UE) 2017/952*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, p. 88.

Assim, bastava que o fenómeno envolvesse um país terceiro para que a problemática permanecesse. É certo, sempre se dirá, que o Estado-Membro poderia recusar a dedução. Todavia, nada no Direito Comunitário o obrigaria a tal. Foi, portanto, esta a principal motivação para o reajuste posterior, que ocorreu através da Diretiva Anti Elisão Fiscal II (ATAD II).

3.2.2. A Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 (ATAD II)

A Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 (ATAD II) veio, então, alterar a Diretiva (UE) 2016/1164 (ATAD I), no que respeita a Assimetrias Híbridas com países terceiros, estabelecendo diversas regras apresentadas para os diferentes tipos de assimetria, segundo os resultados expectáveis. Desde logo, na definição de “Assimetria Híbrida”, a diretiva que estabelece a ATAD II deixou de se referir ao termo “Estado-Membro” e passou a referir-se ao “contribuinte”, para que as regras redigidas em sede de transposição encontrassem aplicação tanto no que respeita à atuação dos contribuintes nos Estados-Membros em si, como na atuação destes mesmos contribuintes em países terceiros.

Nesta diretiva, além da alteração da definição, também foram explicitadas as modalidades de híbridos que existem, esclarecendo como é que estes se formam. Assim, este diploma estabelece quatro possibilidades deste tipo de disparidades: as AH que advêm de pagamentos efetuados ao abrigo de um instrumento financeiro (artigo 2.º, n.º 9, alínea a) da ATAD II); as que resultam de dissemelhanças na imputação de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável (artigo 2.º, n.º 2, alínea c) e d) do mesmo diploma); as que emergem de pagamentos efetuados por uma entidade híbrida ao sócio, entre a sede e o estabelecimento estável ou entre pelo menos dois estabelecimentos estáveis (artigo 2.º, n.º 9, alínea e) e f)); e, por último, mas não menos importante, as AH que resultam de Dupla dedução decorrentes de pagamentos efetuados por uma entidade híbrida ou um estabelecimento estável (artigo 2.º, n.º 9, alínea g)).

É perceptível que a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 altera a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, prescrevendo que sempre que de uma AH resulte uma Dedução Sem Inclusão, isto é, quando é deduzido um pagamento no Estado-Membro onde o pagamento é tratado como efetuado – jurisdição ordenante – a

correspondente inclusão, para os efeitos fiscais, do mesmo pagamento no outro Estado-Membro – jurisdição do beneficiário¹⁶².

Foquemo-nos, no artigo 9º deste diploma que elenca que através das 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 ATAD II, as regras iniciais mantiveram-se, no entanto, passou a permitir-se a compensação quando a assimetria envolva mais do que duas entidades. O que acontece é que 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. A este regime dá-se o nome de *Limited Liability Partnerships*¹⁶³.

De acordo com as quatro categorias de Assimetrias Híbridas apresentadas, é expectável um dos seguintes resultados, como já tivemos oportunidade de referir, Dupla Dedução, Dedução Sem Inclusão e ainda a redução do imposto retido na fonte.

Tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 9.º, o efeito de Dupla Dedução poderá ser originado por entidades híbridas, estabelecimentos estáveis híbridos e Entidades com Dupla Residência Fiscal.

Já o efeito da Dedução Sem Inclusão, considerando o disposto no n.º 2 do artigo 9.º, pode ser originado por instrumentos financeiros híbridos e entidades híbridas, podendo ainda ser alcançado, tendo em consideração o disposto no artigo 9.º - A, através da utilização de entidades híbridas inversas. Os estabelecimentos estáveis híbridos, por sua vez, seriam abrangidos, em sede de Dedução Sem Inclusão, por resultado do disposto na norma geral contida no n.º 5 do artigo 9.º da diretiva.

¹⁶² Cfr. Artigo 2.º, n.º 9, alíneas a), b), c), d), e) e f) da ATAD II e de acordo com o que é explicitado por JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, em *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, p. 260.

¹⁶³ De acordo com a explicação dada, poderia concluir-se que a partir destas regras seriam: no caso das AH que envolvam dois Estados-Membros, o que ocorre é que 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. Já se estivermos perante AH que envolvam um Estado-Membro e um país terceiro, aqui independentemente de obter Dupla Dedução ou Dedução Sem Inclusão, deverá o Estado-Membro recusar a dedução, sempre que o país terceiro não o faça. Na situação das AH 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. Cfr. MARIA EDUARDA MARQUES, *Combate às Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, 2020, p. 30 e 31.

Também existem regras nesta diretiva relativas a situações de criação de créditos de imposto por aplicação de uma Convenção para evitar a Dupla Tributação com recurso a uma transação híbrida e ainda relativas às assimetrias importadas.

É, portanto, inequívoco o objetivo primordial desta diretiva em alargar o seu âmbito de aplicação às relações dos Estados-Membros com países terceiros e neutralizar outro tipo de assimetrias, de forma a aproximar-se do quadro normativo do BEPS. Este diploma passa a contemplar os estabelecimentos estáveis híbridos e as transferências híbridas, as assimetrias importadas e assimetrias híbridas inversas, procurando abranger todo o tipo de resultados de Dupla Dedução e de Dedução Sem Inclusão, no sentido de evitar que os contribuintes explorem lacunas que subsistem.

No seu regime, esta diretiva apresenta um maior tratamento de quatro grandes categorias de assimetrias híbridas, a saber: i) as que sobrevêm de pagamentos efetuados ao abrigo de instrumentos financeiros; ii) as que decorrem de diferenças na imputação de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável, incluindo as que resultam de pagamentos efetuados a EE não tidos em conta, isto é, estabelecimentos estáveis híbridos; iii) as que resultam de pagamentos concretizados por uma entidade híbrida, pagamentos esses não tidos em conta ao abrigo da jurisdição do seu beneficiário efetivo, bem como as que sobrevêm de pagamentos teóricos efetuados entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis; e, por fim, iv) as que dão origem a resultados de Dupla Dedução, subsequentes a pagamentos efetuados por uma das entidades híbridas ou instrumentos financeiros híbridos;

Atente-se que estas regras também são inspiradas nas recomendações do Plano BEPS, mas que esta Diretiva representa uma novidade em relação ao Plano de Ações do BEPS que, à data da aprovação deste diploma, ainda não estabelecia quaisquer recomendações relativamente às assimetrias geradas por estabelecimentos estáveis híbridos.

Destarte estas particularidades da ATAD II, sabemos que o enfoque do nosso trabalho se prende com as Assimetrias de Residência Fiscal. Este tipo de assimetrias, gerado por Entidades de Dupla Residência, tem direito a um tratamento próprio no artigo 9.º - B, que analisaremos, com maior detalhe, quando tratarmos da transposição desta diretiva em específico para o ordenamento português, no qual mereceu especial menção. Neste momento, não nos vamos ater ao que esta norma consagra em particular. No entanto, é

essencial expormos, desde já, a definição desta assimetria e o resultado típico que a caracteriza.

No preâmbulo da diretiva, no seu ponto 26, é dada a definição desta assimetria¹⁶⁴ como: *“Uma assimetria de dupla residência poderá levar a uma dupla dedução se um pagamento efetuado por um contribuinte com dupla residência for deduzido ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições em que o contribuinte é residente. Uma vez que as assimetrias de dupla residência poderão dar origem a resultados de dupla dedução, deverão ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente diretiva. Os Estados-Membros deverão recusar a dedução em duplicado que sobrevenha em relação a empresas com dupla residência na medida em que este pagamento for compensado com um montante que não seja tratado como rendimento ao abrigo da legislação da outra jurisdição.”*¹⁶⁵.

Das três características que compõem as AH, destaque-se, no âmbito da diretiva ATAD II, que o elemento “híbrido”, decorrente de um conflito de qualificação, foi tido como essencial na aplicação desta diretiva e das disposições nacionais que procederam à sua transposição, é tido como secundário, no que toca às recomendações da Ação 2 do BEPS, podendo a sua verificação nem ser exigida¹⁶⁶.

A Dupla Dedução é definida, para efeitos de consideração para os artigos referentes às AH, caso dos artigos 9.º, 9.º- A e 9.º - B, juntamente com outros conceitos, como do outro resultado possível no ceio das assimetrias – caso da Dedução Sem Inclusão – das modalidades e outros conceitos jurídicos no âmbito da matéria.

A noção dada pela diretiva é que uma Dupla Dedução, é *“uma dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas na jurisdição onde o pagamento tem origem, as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas (jurisdição do ordenante) e noutra jurisdição*

¹⁶⁴ Bem sabemos que os preâmbulos não têm valor normativo, *vide*, a este propósito, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180. Ainda assim constituem importantes elementos de interpretação, na procura do real sentido das normas do diploma em que se inserem. E se isto é assim, para a generalidade dos ramos de Direito, é ainda mais verdade quando estamos no âmbito do Direito da União Europeia, enquanto *Law in action* que é, em que, não raras vezes, obrigam a transpor para o ordenamento jurídico dos Estados-Membros não apenas a regulação em si, mas também o exato sentido que detêm no contexto jurídico e institucional da União, *vide*, F. PEREIRA COUTINHO e L. M. P. MADURO, “A Aplicação do Direito da União Europeia na Ordem Jurídica Portuguesa”, In M. COSTA LOBO e P. LAINS (Eds.), *Em nome da Europa – Portugal em Mudança (1986-2006)*, Principia, 2007, p. 147 a 172. É, por isso, que aqui dizemos, sem maiores pudores, que a definição é dada pelo preâmbulo da Diretiva.

¹⁶⁵ Segundo a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 (ATAD II), L 144/5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=EN>

¹⁶⁶ JOÃO OCHÓA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 338.

*(jurisdição do investidor). No caso de um pagamento efetuado por uma entidade híbrida ou um estabelecimento estável, a jurisdição do ordenante é aquela onde a entidade híbrida ou o estabelecimento estável estão estabelecidos ou situado;*¹⁶⁷.

Por sua vez, a Dedução Sem Inclusão é “*a dedução de um pagamento ou de um pagamento teórico entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, em qualquer jurisdição em que esse pagamento ou pagamento teórico é tratado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem a correspondente inclusão para efeitos fiscais desse pagamento ou pagamento teórico na jurisdição do beneficiário. A jurisdição do beneficiário é aquela onde esse pagamento ou pagamento teórico é recebido, ou é tratado como sendo recebido ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição;*”¹⁶⁸.

A ATAD II apresenta, para eliminar os efeitos fiscais dos híbridos, a existência de duas regras ou de dois níveis de defesa. Esta diretiva refere-se à “regra primária”, responsável por negar todas e quaisquer deduções, e uma “regra secundária”, subsidiária ou defensiva, que nega a isenção da tributação ao rendimento recebido. Esta deve ser aplicada quando a primeira não o for, a fim de abordar efetivamente as discrepâncias na transposição e implementação das disposições, apesar de todos os Estados-Membros agirem em conformidade com esta diretiva. No entanto, a regra secundária também deve ser usada quando um Estado terceiro participe de situação de AH e não tenha previsão para a neutralizar¹⁶⁹.

Chegados a este ponto, iremos agora debruçar-nos sobre o contexto das Assimetrias Híbridas em Portugal, especificamente sobre as Assimetrias de Residência Fiscal, mas para isso, é primordial conhecermos sobre o processo de transposição do pacote de diretivas contra a elisão fiscal e a criação do regime português de combate a estas figuras.

É relevante também conhecer mais sobre a política fiscal do nosso país, a nível nacional, e claro, a nível internacional, com o objetivo de apreciar os meandros do nosso Estado Fiscal

¹⁶⁷ Segundo a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017 (ATAD II), L 144/8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=EN>

¹⁶⁸ *Ibidem*

¹⁶⁹ Estas duas regras de vinculação, conhecidas como *linking rules*, significam que existe uma primeira jurisdição que deve resolver a assimetria fiscal e uma segunda jurisdição que responde à situação apenas quando a primeira não o faça, v. SATURMINA MORENO GONZÁLEZ, “Implementation of the UE ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition”, *INTERTAX*, volume 49, Issue 12, general editor: Ana Paula Dourado, December 2021, LUCHTERHAND/Wolters Kluwer, p. 1007 e 1008.

e a sua relação com as ordens jurídicas das quais fazemos parte, já que não é novidade, que somos Estado-Membro da OCDE e da UE.

4. A implementação das regras sobre as Assimetrias Híbridas no Ordenamento Fiscal Português

Chegados a este ponto, é necessário compreender que o próximo passo para a solução do problema da erosão de bases tributárias e, em específico das Assimetrias Híbridas, passa pela incorporação das recomendações da OCDE e das diretivas do Pacote Anti Elisão Fiscal da União Europeia nos ordenamentos jurídicos nacionais de forma ordenada e proporcional. É obvio que esta incorporação também constituiu uma diretriz a ser efetivada no nosso ordenamento interno por sermos um Estado-Membro.

Atualmente, o Direito Fiscal Português, é um ramo de direito muito aberto a influências dogmáticas e a avanços da política fiscal externa ao território português, e de onde vamos encontrar princípios e conceitos transferidos e influenciados por ordenamentos jurídicos de diferentes Estados e de diferentes instâncias internacionais, como é o caso da OCDE e da União Europeia¹⁷⁰.

Este fenómeno intensificou-se, como já tínhamos constatado, com a integração de Portugal como um Estado-Membro da então Comunidade Económica Europeia, tendo em conta a inerente livre circulação de pessoas e capitais, bem como por via da globalização e liberalização da economia mundial, caracterizada pela redução de obstáculos às trocas comerciais, emergentes da chamada Nova Ordem Económica Mundial, particularmente no que se refere aos acordos decorrentes da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Os problemas que o nosso país enfrenta são essencialmente os mesmos que os restantes Estados-Membros da União Europeia e da OCDE, designadamente no que se refere ao dilema da subsistência do Estado Fiscal¹⁷¹, gravado que foi pelos fenómenos da livre circulação de capitais e desenvolvimento da especialização de funções das multinacionais, que tornaram ainda mais difícil aos Estados manterem os seus objetivos nacionais de arrecadação de receitas. Em consequência, os Estados enfrentam um grande conflito e existe mesmo uma contradição entre o objetivo de manterem a sua soberania, de que dependem a maior parte das suas receitas decorrentes dos impostos e, ao mesmo tempo, serem capazes de atrair o investimento através de políticas fiscais competitivas, isto é, fazem-no através da

¹⁷⁰ Para mais esclarecimentos, *vide* ANA PAULA DOURADO, “*Direito Fiscal*”, Almedina, 2020, p. 41

¹⁷¹ Este problema está intimamente ligado com o fenómeno da internacionalização, da integração regional e da globalização económica que vieram questionar a evolução do Estado originando problemas nos sistemas fiscais. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Que sistema fiscal para o século XXI?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCV, Tomo I, 2019, p. 1 a 41.

redução ou eliminação dos impostos, conseguido através de uma estratégia genérica ou seletiva.

Assim, a política fiscal de cada Estado-Membro fica circunscrita às diferentes estratégias responsáveis pela constante mutação dos sistemas fiscais vigentes. Esta adoção de uma multiplicidade de estratégias tem origem na necessidade de reestruturação da política fiscal, com vista a atingir determinados objetivos que são estipulados pela União Europeia para os seus Estados-Membros e esta é uma competência que deve ser exercida pelos próprios, a nível interno.

No entanto, é de frisar que a política fiscal constitui, ainda assim, uma importante competência de cada Estado, apesar da adaptação que estes devem e acabam por ter de fazer a nível europeu e claro, internacional. E veja-se que a nível dos desafios fiscais, como é o caso da falta de harmonização no domínio da tributação direta, jamais os Estados-Membros poderiam estar obrigados a adaptar os seus sistemas fiscais em relação aos diferentes sistemas fiscais dos outros Estados-Membros, ou o Tribunal de Justiça da UE poderia forçar um Estado-Membro a fazê-lo, a modificar a sua lei interna para uma melhor articulação com a lei de outro EM, pois isto constituiria uma verdadeira violação da soberania dos Estados¹⁷².

Como vimos, a falta de harmonização fiscal constitui um grave problema à atividade plurilocalizada das empresas e aos movimentos intracomunitários, isto é, à livre circulação de capitais, o que não se afigura de fácil resolução, já que a tributação direta faz parte da competência dos Estados-Membros, que são os únicos detentores do poder para determinar a base e a taxa dos impostos diretos. Esta competência constitui um dos últimos resquícios de soberania fiscal dos Estados, ainda que a integração na União a tenha vindo a mitigar.

Conseguimos compreender que as liberdades fundamentais representam um papel primordial na concretização do mercado único, sendo que as cinco liberdades económicas, elencadas no TFUE, são particularmente: a livre circulação de mercadorias (artigos 28.º e seguintes), a livre circulação de trabalhadores (artigos 45.º e seguintes), a liberdade de estabelecimento (artigos 49.º e seguintes), a liberdade de prestação de serviços (artigo 56.º e seguintes) e a livre circulação de capital (artigos 63.º e seguintes)¹⁷³.

¹⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Containers Services*, § 51 e Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.5.1998, C-339/96, *Mr. and Mrs. Robert Gilly*, § 48, citados por MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, "A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial", *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, p. 79 e 80.

¹⁷³ Sobre as Liberdades Fundamentais e a Tributação Direta, JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 29 e 30.

É através da proteção de cada uma destas liberdades, que deve ocorrer a harmonização jurisprudencial e é para a proteção e concretização dos objetivos do mercado comum, que é necessário que exista, também, uma harmonização dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros em matéria de impostos. Algo que os Estados pertencentes à UE, se têm visto relutantes em alterar, no seu atual quadro de competências, uma vez que os tratados não elencam qualquer referência expressa sobre a necessidade de harmonização das normas fiscais em matéria de impostos diretos, nem em específico, de impostos sobre os lucros das empresas¹⁷⁴.

De facto, a fiscalidade direta é competência exclusiva dos Estados Membros, mas o TJUE tem sustentado, através das suas decisões, que estes devem exercê-la em conformidade com o Direito da União Europeia.

Até então, os pequenos progressos no processo de harmonização fiscal efetuados, neste domínio, tinham sido feitos ao abrigo do artigo 115.º do TFUE em articulação com a vontade dos Estados, revelada pelo “poder de veto” decorrente da regra da unanimidade¹⁷⁵.

A fiscalidade direta aparece, assim, como um instrumento eficiente para a eliminação das barreiras da liberdade de circulação, em articulação com princípio da não discriminação, que na ausência de normas em matéria de impostos diretos nos Tratados da UE, permitiu eliminar as formas mais evidentes de protecionismo estatal, incentivando o compromisso político entre interesses estatais e comunitários com vista ao bem do mercado interno comum¹⁷⁶.

O princípio da não discriminação tributária, além de estar previsto nas normas do Tratado da União, no artigo 58.º, é um dos princípios operativos do Direito Internacional Fiscal e diz

¹⁷⁴ MARIA MATILDE LAVOURAS, “Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 211 a 214 e ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 27, citada por MARIA REBELO AFONSO D’ ALBUQUERQUE, “A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial”, *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, p. 80.

¹⁷⁵ Veja-se que a disposição seguinte do tratado, a norma prevista no artigo 116.º do TFUE prevê que as distorções causadas por disparidades sejam eliminadas, numa primeira fase, por acordo entre os Estados, após consultados pela Comissão Europeia ou, numa segunda fase, mediante iniciativa das Instituições Europeias no sentido de adotar medidas com vista à eliminação destas distorções, sendo estas, por sua vez, adotadas à maioria qualificada prevista no artigo 117.º do TFUE – o que constitui uma “válvula de escape” à regra da unanimidade e afigurar-se-ia uma boa solução no combate à eliminação de disparidades. No entanto, trata-se de uma disposição que, até então, assume muito pouca relevância em matéria fiscal, uma vez que nunca foi utilizada neste contexto. V. BEN J.M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax Law*, 6.ª edição, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, p. 20 citado por MARIA REBELO AFONSO D’ ALBUQUERQUE, *ibidem*, p. 80.

¹⁷⁶ MARIA MATILDE LAVOURAS, “Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 222 e 223.

respeito aos aspetos substanciais da tributação¹⁷⁷. Assim, este conceito de não discriminação surge como o princípio por excelência responsável pela delimitação da atuação do Estado, já que surge como critério e limite das normas internas dos Estados-Membros.

Entenda-se que, ainda no domínio da tributação direta, estamos diante de um processo de integração negativa. A análise de uma eventual situação discriminatória afigura-se essencial para garantir o regular funcionamento do mercado comum, onde a livre circulação apenas pode operar, sem obstáculos, diante da existência de tratamento não discriminatório ou de restrições com base na nacionalidade dentro do espaço económico europeu.

Contudo, nos últimos anos, foram feitos muitos avanços no ceio da regulamentação comunitária e da harmonização do direito dos impostos diretos por impulso da OCDE e do Plano BEPS. No âmbito do Direito da União Europeia, o pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal constituiu uma mudança de paradigma, tanto a nível da harmonização da tributação direta, como da atuação do TJUE. Assim, a jurisdição do Tribunal passou a ter a seu cargo um vasto conjunto de competências, como é o caso da faculdade de submeter as disposições internas a uma análise de compatibilidade, não apenas com o regime instituído por via das diretivas, mas também à luz das liberdades fundamentais e do Direito Europeu¹⁷⁸.

As Assimetrias Híbridas, como sabemos, têm por base para a sua formação disparidades existentes nos ordenamentos jurídicos e que, por isso, causam grandes entraves às liberdades fundamentais da União Europeia. Com as diretivas ATAD I e II, estes mecanismos de Planeamento Fiscal Agressivo passaram a ter uma intensa regulamentação que deve ser implementada pelos Estados-Membros, através deste novo regime que os vincula.

As diretivas foram transpostas para o ordenamento jurídico de cada um dos EM, como é o caso de Portugal, já que o nosso ordenamento jurídico prevê que as diretivas têm que ser transpostas por lei, decreto-lei ou decreto-legislativo regional, segundo o n.º 8 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

¹⁷⁷ O princípio da não discriminação, por ser um princípio operativo, refere-se a aspetos substanciais da repartição entre os Estados do poder de tributar e da eliminação da dupla tributação. Sendo que estes, em relação aos princípios estruturais do Direito Internacional Fiscal, como é o caso do princípio da soberania, têm um grau de abstração inferior e por isso, a sua proximidade relativamente às normas é maior, como também o seu reflexo nas regras jurídicas é mais concreto. v. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.ª Edição, Almedina, 2022, p. 44 e 45.

¹⁷⁸ O TJUE, no seu campo de atuação, fica muito limitado, estando apenas responsável pelas situações que originam Dupla Não Tributação em casos muito específicos, com recurso a figuras que produzem certos resultados, excluindo-se as situações de disparidades que decorrem da Dupla Tributação e da Dupla Não Tributação, mantendo-se excluídas as que não se encontram abrangidas no regime de combate às Assimetrias Híbridas. Cfr. MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, "A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial", *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022 p. 83 e 84.

No processo de transposição das diretivas, os Estados-Membros encontram-se vinculados aos fins estabelecidos pelas mesmas, mantendo a sua liberdade de conformação legislativa nos meios de direito interno adequado para os prosseguir, e de adaptação das normas às eventuais especificidades dos respetivos ordenamentos jurídicos¹⁷⁹.

Importa ainda referir que o direito primário da União Europeia, isto é, o direito dos tratados, aplica-se não só aos Estados-Membros, como também aos nacionais de cada um desses Estados. Segundo a doutrina do *ato claro*, as normas do Tratado aplicam-se diretamente aos cidadãos, dado que constituem mais do que um acordo internacional, não sendo necessária a transposição por ato de direito interno ou qualquer outro ato jurídico do Estado-Membro para garantir a sua eficácia na ordem jurídica interna. Esta lógica aplica-se não apenas às normas dos tratados da UE, mas também aos regulamentos, que se caracterizam igualmente por terem efeitos diretos na ordem jurídica interna. Já em relação às diretivas, a sua aplicação, na ordem jurídica interna, está dependente de um ato jurídico transpositivo dos Estados-Membros, a menos que seja ultrapassado o prazo de transposição, caso em que passam a ter efeito direto nas ordens jurídicas internas. É, pois, neste contexto – de ultrapassagem do prazo de transposição ou de deficiente transposição – que as previsões das diretivas podem ser invocadas pelos cidadãos, na medida em que suscetíveis de ter um efeito direto na relação dos Estados-Membros com os cidadãos. Note-se, ademais, que, mesmo nestas situações, os cidadãos só podem invocar as disposições das diretivas contra um determinado Estado-Membro, quando estas disposições se apresentem claras e incondicionais¹⁸⁰. Certo é que os Estados-Membros jamais poderão invocar diretivas não transpostas ou deficientemente transpostas contra os seus próprios cidadãos, porquanto isto representaria uma espécie *de venire contra factum proprium* dos Estados contra os seus

¹⁷⁹ MATILDE DE SEABRA PAULO BARROSO, *Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*, Dissertação de mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2017, p. 40.

¹⁸⁰ O efeito direto da União Europeia foi introduzido pelo caso *Van Gend & Loos* (Proc. C-26/62 de 5 de fevereiro de 1963), pois na altura reconheceu-se que a Comunidade Económica Europeia tinha natureza de uma nova ordem jurídica dirigida não só aos Estados-Membros, mas igualmente aos seus nacionais. Por sua vez, a doutrina do *ato claro*, invoca que, para que isso seja possível é estritamente necessário que as normas em concreto, estivessem redigidas de forma clara e precisa, mas que também fossem incondicionais e independentes de qualquer medida nacional da transposição. O TJUE tem vindo a confirmar esta regra através das suas decisões no âmbito desta matéria. No entanto, para que se verifique o efeito direto, é necessário que os tribunais e as administrações nacionais consigam resolver os diferendos sem necessidade de qualquer ato de transposição. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.^a Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 30.

cidadãos, na medida em que seriam aqueles primeiros os únicos responsáveis pela dita não transposição atempada ou transposição deficiente¹⁸¹.

Além disso, o Primado da União Europeia regula a relação entre o direito europeu e o direito nacional. Existe a possibilidade de que as suas normas entrem em conflito, quando regulem as mesmas situações da vida, mas apresentem resoluções que se mostrem incompatíveis entre si. O princípio do Primado determina que, em caso de conflito, prevalece o Direito da União Europeia em relação ao direito interno dos Estado-Membros.

Este princípio foi reconhecido pelo TJUE através do seu posicionamento no caso *Costa v E.N.E.L*¹⁸² e consagra a necessidade de homogeneidade na aplicação do direito europeu e da sua prevalência em todo o caso, mesmo que a disposição de direito nacional seja anterior à disposição de direito europeu. Assim, os Estados-Membros nunca podem invocar direito nacional para fundamentarem o incumprimento das suas obrigações europeias, fazendo-se notar que, enquanto se mantiver a situação de desconformidade entre normas nacionais e europeias, a consequência será sempre a desaplicação do direito interno dos EM a favor da aplicação da normação europeia.

Efetivamente, o Primado do Direito da União Europeia vincula todas as entidades públicas, incluindo toda a administração pública e os tribunais nacionais. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem mantido que todo o Direito da União Europeia prevalece sobre todo o direito nacional, incluindo as respetivas normas constitucionais, mas esta é uma questão que ainda se mantém controversa. Dessa forma, a Constituição da República Portuguesa prevê que o DUE é aplicável em Portugal nos termos definidos pelo próprio direito da União Europeia (artigo 8.º, n.º 4 da CRP), o que inclui o primado, nos termos declarados pelo TJUE¹⁸³. Independentemente desta discussão, inequívoco é, como atrás se disse, que a partir do momento em que diretivas devessem ser transpostas, a desconformidade do direito interno com disposições claras e inequívocas das diretivas europeias determinam a desaplicação da legislação nacional e o consequente efeito direto das referidas disposições das diretivas.

¹⁸¹ De acordo com o processo *Van Duyn* (Proc. C-41/74 de 4 de dezembro de 1974) e os Acórdãos Becker (Proc. C-8/81 de 19 de janeiro de 1982), *Denkavit*, *VITIC* e *Voormer* (Proc. C-283/94, C-291/94 e C-292/94 de 17 de outubro de 1996), sem esquecer o Acórdão *Ratti* (Proc. 148/78 de 5 de abril de 1979), cfr. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *ibidem*, p. 30 e 31.

¹⁸² Proc. 6/64 de 15 de julho de 1964, cit., JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “*Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*”, 2.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 31.

¹⁸³ Definição do Princípio do Primado da União Europeia de acordo com o Diário da República <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/principio-primado-direito-uniao-europeia>.

4.1. Caracterização da política fiscal e do sistema fiscal português

Antes de conhecermos como se desenvolveu o processo de transposição do Pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal da União no nosso país, é relevante entendermos um pouco mais sobre a política fiscal de Portugal e sobre os desafios que enfrentamos.

A política fiscal fundamenta-se na definição e na utilização do sistema fiscal e dos impostos, taxas e contribuições com determinados objetivos de política económica e, por isso, o seu papel é cada vez mais preponderante nas políticas públicas de qualquer país.

O facto de sermos um país que se encontra na zona Euro e, por essa razão, não possuímos política monetária e cambial própria, fez com que a política fiscal assumisse uma relevância crucial no desenvolvimento do nosso país e da competitividade da economia nacional¹⁸⁴.

Por esse motivo, a política fiscal tornou-se um instrumento central de política pública ao serviço do aumento da competitividade e do crescimento potencial da economia portuguesa, promovendo idealmente uma redistribuição eficaz, através de impostos justos que respeitem o princípio da capacidade contributiva, sem que sejam confiscatórios e muito menos que promovam a elisão e a evasão fiscais¹⁸⁵. Além disso, deverá sempre ser possível e de forma facilitada, identificar os benefícios decorrentes do pagamento de impostos.

Ao longo dos últimos anos, foi se desenvolvendo uma ideia sobre a multifuncionalidade dos sistemas fiscais, como se estes fossem “pau para toda a obra”, isto é, solução para tudo. Esta ideia resulta errada, uma vez que esta realidade vem dispersar, em vez de concentrar, a real função primordial dos sistemas fiscais.

A fiscalidade tornou-se uma disciplina da imaginação sem limites, uma vez que passou haver um pensamento geral de que os sistemas fiscais resolvem a maioria dos problemas, tais como o abandono e desertificação do interior do país, a escassez do investimento externo, a redistribuição da riqueza e do rendimento, a reestruturação empresarial, a escassez da poupança ou a criação de emprego, entre outros. Estes são apenas alguns exemplos, porém, isto não é tão verdade assim, uma vez que o sistema fiscal não possui densidade dogmática para produzir a esperada diferença nos comportamentos dos cidadãos e dos agentes económicos. A única coisa que tem verdadeiramente para oferecer e que foi

¹⁸⁴ JOAQUIM MIRANDA SARMENTO e JOÃO SILVA, “Uma Reforma Fiscal para o Séc. XXI”, *Reforma Fiscal para o Século XXI*, PSD e CEN, 2021, p. 7.

¹⁸⁵ ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, Almedina, 5.ª Edição, 2020, p. 408.

desenvolvida ao longo dos séculos, através do aperfeiçoamento de diversos mecanismos, é a produção de receita pública, sendo esta o seu principal fim. Existe uma clara saturação do imposto ao Estado pós-fiscal e, com isso, uma iniquidade na distribuição dos encargos fiscais¹⁸⁶.

Sabemos que o nosso país é um Estado-Membro da OCDE, mas também da União Europeia. Desde a sua adesão em 1986, Portugal passou a ter o dever de assegurar que prossegue os objetivos da política económica comum da UE, com o objetivo de assegurar o cumprimento das suas obrigações de equilíbrio orçamental. A União Europeia não tem um orçamento próprio que elenque como devem ser asseguradas as funções de estabilidade e redistribuição, o que significa que cabe aos Estados assegurar estas funções, além de terem de garantir a necessária obtenção de receitas tributárias.

O sistema fiscal português tem a sua gênese na Constituição da República Portuguesa em 1976. Entre 1983 e 1985 inicia-se o processo, por parte do Governo, para uma reforma global do sistema fiscal, por exigência constitucional¹⁸⁷, mas também, depois, por exigência da Comunidade Económica Europeia, a atual União Europeia¹⁸⁸, já que o nosso país acaba por se tornar Estado-Membro em 1986.

Entre os anos 80 e 90 do século passado, o sistema fiscal passou por diferentes reformas, no que respeita aos impostos que o caracterizam até aos dias de hoje. No âmbito do nosso trabalho, apenas importa referir que o Imposto do Rendimento sobre as Pessoas Coletivas foi aprovado entre 1988 e 1989.

Destarte, é fundamental perceber que o facto de sermos um Estado-Membro da União, tem um enorme impacto no nosso sistema fiscal, já que Portugal passa a ter de cumprir as diretrizes que esta entidade supranacional impõe, sendo obrigado a cooperar com a mesma.

Em consequência, passamos a ter uma política tributária a curto prazo, refém das normas emanadas pela UE, o que leva à inexistência de um verdadeiro ordenamento jurídico e consequentemente à ausência de um sistema fiscal coerente.

As imposições da União – da necessidade e da exigência de um equilíbrio orçamental –

¹⁸⁶ JOÃO RICARDO CATARINO, “Capítulo I - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, Almedina, 2023, p. 34 e 35.

¹⁸⁷ Artigo 107.º da CRP segundo a versão consolidada de 1982.

¹⁸⁸ Veja-se, esta exigência da Comunidade Económica Europeia fundamentava-se na norma do artigo 98.º do Tratado da CEE e prende-se com a matéria do imposto sobre o valor acrescentado – o IVA. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 373.

entram em conflito com o objetivo de atrair investimento na economia globalizada e com a mobilidade de investimento e dos contribuintes, em geral, com maior capacidade contributiva¹⁸⁹. Isto torna-se incompatível, porque para atingirmos o equilíbrio orçamental, necessitamos de obtenção de receitas tributárias, o que leva ao aumento dos impostos e isso, conseqüentemente, torna um sistema tributário menos atraente. Gera-se assim, um “efeito de bola de neve”, porque a nossa economia passa automaticamente a ser menos competitiva, o que nos afeta a nível da concorrência fiscal entre Estados, regra existente na economia internacional.

Os desafios fiscais atuais contribuem para a existência de sistemas fiscais nacionais incoerentes e que diferem bastante entre si. Uma vez que cada Estado tem desafios, particularidades e pontos fortes que, naturalmente, têm diversos impactos e se traduzem em diferentes formas de ação, o que acaba por revelar se estes Estados têm uma boa ou má governança. Portugal não é exceção.

A OCDE considera que o nosso país ainda tem um longo caminho a percorrer no que toca à boa governança fiscal e que este requer, essencialmente, um reforço da comunicação, mais transparência e uma melhor troca de informações dentro e fora da esfera pública¹⁹⁰.

A internacionalização da economia e a sua conseqüente desmaterialização, como a crescente mudança para a economia digital causam constrangimentos de tributação ao nosso país.

Como vimos, a globalização e o quadro de liberdades fundamentais, as liberdades de circulação no domínio de capitais, bens e em certa medida de pessoas, vieram potencializar a concorrência entre os Estados, mas, por seu turno, limitar a sua soberania em diversos domínios, com particular importância na tributação. Porém, a soberania dos Estados tornou-se mais limitada, pois estes deixaram de, no seio de uma economia aberta, instituir ou manter os impostos, segundo os seus interesses próprios de governação interna e com fundamento no que o seu quadro constitucional lhes permite¹⁹¹.

A estes constrangimentos acrescem os objetivos eleitorais a curto prazo que também condicionam a política tributária. Esses objetivos são influenciados pelos interesses próprios

¹⁸⁹ ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 409.

¹⁹⁰ A cerca da boa governança fiscal em Portugal, ver JOÃO RICARDO CATARINO e SARA DIOGO, “Capítulo III – BEPS, Boa Governança, Concorrência e Competitividade fiscal”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, Almedina, 2023, p. 164 a 166.

¹⁹¹ JOSÉ CASALTA NABAIS, “Que sistema fiscal para o século XXI?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCV, Tomo I, 2019, p. 1 a 41.

dos diferentes grupos sectoriais que compõem a nossa sociedade, mas também pelos próprios objetivos políticos, que ocorrem por força da representação nacional ou da representação na União Europeia. O primeiro tem como último *ratio* a redução sectorial da carga fiscal, os segundos têm como objetivo a moralização da tributação

Assim, é posto em risco o bem-estar social nas democracias generalistas por força das políticas tributárias a curto prazo e de todas as suas condicionantes, como também pela concorrência fiscal¹⁹².

É perceptível que, com o fenómeno da globalização, surge a concorrência e a competitividade fiscal, aliadas à emergência de novos atores concorrentes no mercado de investimento global e de uma certa perda de centralidade da ação dos Estados soberanos. A concorrência e a competitividade fiscal são usadas como instrumentos de política geral através da qual os Estados lutam por maiores níveis de arrecadação das receitas fiscais.

A concorrência fiscal torna-se, assim, um fator relevante no seio da política fiscal, em específico por causa do incremento da mobilidade de algumas bases tributárias e dos riscos da sua erosão¹⁹³.

O nosso sistema fiscal alicerça-se nos seguintes princípios constitucionais: o princípio da legalidade fiscal, sobretudo na sua componente do princípio da tipicidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da justiça tributária e o princípio da igualdade tributária que se manifesta através da capacidade contributiva.

Do extenso corpo normativo que integra a nossa constituição fiscal¹⁹⁴, para efeitos do estudo que nos encontramos a realizar, assume particular relevância o disposto nos artigos 103.º e 104.º da CRP: O artigo 103.º da CRP consagra as finalidades fiscais e extrafiscais, nomeadamente de angariação da receita e da redistribuição da riqueza; e o artigo 104.º tipifica os diferentes tributos que compõem o nosso sistema fiscal. Neste último âmbito, o n.º 2 do artigo 104.º prescreve, no que aqui nos interessa, o princípio de que a tributação das empresas incide sobre os rendimentos reais, fazendo-se notar, a este propósito, que existe a possibilidade da introdução de esquemas de tributação por presunção ou estimativa, ditadas por razões de simplificação ou pela falta de cooperação do próprio contribuinte no apuramento da verdade fiscal.

¹⁹² ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 410.

¹⁹³ JOÃO RICARDO CATARINO e SARA DIOGO, “Capítulo III – BEPS, Boa Governança, Concorrência e Competitividade fiscal”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 167.

¹⁹⁴ Sobre o Direito Fiscal Nacional, v. SÉRGIO VASQUES, *Direito Fiscal*, Almedina, 2011, p. 125 a 129.

É necessário frisar que a concorrência fiscal também pode ser prejudicial, apresentando-se como um obstáculo à realização dos princípios constitucionais materiais, provocando um desajustamento entre os interesses estaduais em atrair investimentos e residentes qualificados e o princípio da capacidade contributiva. Assim, através da concorrência fiscal geram-se impostos regressivos, por meio de políticas de agravamento fiscal para atrair os fatores produtivos com maior mobilidade e maior capacidade contributiva e o agravamento da carga fiscal junto da comunidade imóvel ou menos imóvel, possivelmente que tem menor capacidade contributiva¹⁹⁵.

Importa referir que em questão de residência, os regimes fiscais, como é exemplo o português, trata nacionais e estrangeiros como residentes, segundo o princípio da igualdade. Nestas condições, estes partilham os bens públicos. Apenas os regimes especiais como o dos residentes não habituais e os regimes territoriais ou de isenção de lucros obtidos no exterior através de afiliadas e sucursais introduzem uma rutura nesta visão comunitarista de igualdade fiscal.

É a nível nacional que têm de ser assegurados os princípios constitucionais materiais, uma vez que não existe, a nível internacional nem a nível europeu, um orçamento supraestadual, que fosse suscetível de garantir, por si, as funções de redistribuição e concretização da sustentabilidade fiscal global ou europeia.

4.2. O Regime Português: a Lei n.º 32/2019 de 3 de maio de 2019 e a Lei n.º 24/2020 de 6 de julho de 2020

No âmbito das obras emanadas pelas Diretivas da União Europeia, influenciadas pelas recomendações do plano BEPS da OCDE, o Estado Português começou por tomar algumas medidas por forma a criar, no seu ordenamento interno, normas que legitimassem a neutralização e o combate às Assimetrias Híbridas. Apesar das diretivas¹⁹⁶ deixarem cada vez menos margem de discricionariedade legislativa aos Estados-Membros, tendo em conta o nível de concretização das respetivas disposições a transpor, a verdade é que é sempre

¹⁹⁵ ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, p. 37.

¹⁹⁶ “As diretivas comunitárias são atos normativos que: i) vinculam os Estados-Membros a uma obrigação de resultado, deixando discricionariedade de valoração aos Estados quando á forma e meio de alcançar os resultados; ii) por isso, fornecem aberturas para regimes particulares nacionais, assegurados que sejam princípios uniformes que devem informar os resultados.” Cite J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.º Edição (Reimpressão), Almedina, 2018.

deixada alguma liberdade de conformação por parte dos legisladores nacionais, nem que seja de adaptação aos respetivos ordenamentos jurídicos nacionais. Noutros casos, são fixados pelas diretivas apenas determinados limiares ou pressupostos mínimos, deixando aos Estados a liberdade de ir além, mas nunca de ficar aquém. Exemplo disto mesmo são as disposições *ad minis*, que permitem aos Estados a previsão de um regime de combate às práticas elisivas mais agressivas, diretamente decorrentes da diretiva, que funciona apenas como base de partida para as opções legislativas nacionais¹⁹⁷.

É essencial evidenciar que antes de se tornar uma prioridade a transposição do pacote de Diretivas Anti Elisão Fiscal, Portugal já havia tomado pequenas medidas ao nível da sua legislação com via à neutralização dos Híbridos.

Estas figuras começaram a ser abordadas pela doutrina em 1993, graças ao contributo de ALBERTO XAVIER, que alertou para questões de conflitos de qualificação geradoras de situações de Dupla tributação e de Dupla Não Tributação, decorrentes da teoria da competência cumulativa de qualificação, defendendo que a competência para proceder à qualificação deveria ser exclusiva “*de um dos dois estados em função da natureza da questão a que respeita.*”¹⁹⁸.

Em termos legislativos, o primeiro Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – CIRC – previa no n.º 8 do artigo 4.º, atualmente no seu n.º 11 do artigo 5.º, uma regra que, apesar de ter um alcance mais limitado, uma vez que poderia ser afastada em caso de aplicação de Convenção de Dupla Tributação, impede alguns efeitos dos híbridos inversos. Porém, só em 2014, aquando da reforma do CIRC é que se introduz uma norma especificamente destinada a neutralizar os efeitos de instrumentos híbridos inversos, presente na alínea a) do n.º 10 do artigo 51.º. E ainda no n.º 1 do artigo 54.º-A, do mesmo Código, apresenta-se uma norma que configura um obstáculo e que impede possíveis situações que poderiam dar um Estabelecimento Estável não considerado. Apesar de não ser

¹⁹⁷ Da transposição das diretivas anti elisão fiscal para o direito interno português, MARIA MATILDE LAVOURAS, “Regulamentação das Assimetrias Híbridas na União Europeia: Uma oportunidade perdida?”, *Temas Atuais em Direito Tributário Internacional*, Estudos no PPGD/UFSC, organizadores: Carlos Araújo Leonetti, Carolina Sena Vieira, Gilson Wessler Michels, Humberto Pereira Vecchio, Habitus Editora, 2021, p. 261 e 262.

¹⁹⁸ ALBERTO XAVIER, *O Problema das qualificações no Direito Internacional Privado*, 1993, p. 27 e em *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 159 e seguintes citado por JOÃO OCHÔA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, Almedina, 2023, p. 331 e 332.

uma regra com uma finalidade especial de neutralização das Assimetrias Híbridas, parecidos que contribuí para evitar situações que causam estes conflitos de qualificação.

Conhecidas estas tentativas de neutralização, podemos finalmente conhecer e organizar as principais iniciativas para a transposição das normas constantes das diretivas que compõem o pacote Anti Elisão Fiscal da UE¹⁹⁹ e que apresentam verdadeiras regras para a neutralização das figuras híbridas em três momentos cruciais.

Vejamos que o primeiro momento, consubstanciou-se na transposição da Diretiva Anti Elisão Fiscal – a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (ATAD I)²⁰⁰ – para o ordenamento jurídico português. Esta iniciativa teve a sua génese em 2019, com a aprovação da Lei n.º 32/2019, de 3 de março, cujas disposições abrangeram a generalidade dos mecanismos de combate à Elisão Fiscal previstos na Diretiva, com especial destaque para as alterações introduzidas à Cláusula Geral Anti Abuso²⁰¹, realizando-se com o objetivo de abranger lacunas que possam existir nas regras anti abuso específicas, ou seja, sempre que se esteja perante expediente puramente artificial e não seja possível aplicar uma cláusula especial. Assim, a transposição nacional desta cláusula consagrou-se no artigo 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária²⁰². Esta cláusula encontra-se prevista no artigo 6.º da ATAD I e serve para ser aplicada a todas as situações para as quais não se encontra prevista uma regra anti abuso específica ou sectorial, que tenha, como finalidade, combater a utilização de operações abusivas para beneficiar de uma determinada vantagem fiscal.

O legislador português optou pela consagração de regras *minimis*, obrigando sempre à comprovação por parte das entidades competentes de resultado elisivo, uma vez que esta

¹⁹⁹ Segundo ANA PAULA DOURADO, a elisão ocorre porque a substância de atos ou negócios jurídicos que assumem formas jurídicas que não são abrangidas pelas normas de incidência ou que evitam certas normas de determinação da matéria tributável, ou seja, porque a substância desses atos ou negócios não é conforme ao espírito nem ao fim da lei. Cfr. *Direito Fiscal*, Almedina, 5.º Edição, 2020, p. 301

²⁰⁰ Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

²⁰¹ Esta alteração acontece com o objetivo de dotar o ordenamento jurídico português de mecanismos que permitam fazer face aos comportamentos de Planeamento Fiscal Abusivo e resulta das discussões parlamentares relativas aos pagamentos a entidades sediadas em *off-shores* não cooperantes e a delimitação e definição do conceito de “regime fiscal claramente mais favorável”, v. MARIA MATILDE LAVOURAS, “Regulamentação das Assimetrias Híbridas na União Europeia: Uma oportunidade perdida?”, *Temas Atuais em Direito Tributário Internacional*, Estudos no PPGD/UFSC, p. 264.

²⁰² “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 frustrate 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.” – artigo 38.º, n.º 2 da LGT.

norma visa assegurar um nível mínimo de harmonização nas práticas de combate à elisão fiscal no seio da UE²⁰³.

No entanto, esta Lei n.º 32/2019 de 3 de maio, não incluiu as regras previstas para as denominadas Assimetrias Híbridas, cuja transposição o legislador entendeu diferir no tempo. A mencionada lei alterou vários diplomas legais, como o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – CIRC – com alteração dos artigos 46.º, 54.º - A, 66.º, 67.º, 83.º e 84.º e a revogação das disposições contidas nos artigos 54.º - A, n.º 7, 66.º, n.º 2 e 10, 83.º, n.º 2, alínea b) e o n.º 5 e 6 do mesmo diploma, como também do artigo 38.º da Lei Geral Tributária e do artigo 63.º do Código de Procedimento e Processo Tributário.

Assim num segundo momento, que ocorreu a 30 de janeiro de 2020, e após auscultação do Banco de Portugal, o Governo apresentou a Proposta de Lei n.º 10/XIV, relativa a Assimetrias Híbridas, propondo a transposição para o direito interno de parte da ATAD I, com as alterações introduzidas pela ATAD II, a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017. A Proposta de Lei mencionada veio prever o aditamento, ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), com a inclusão de novas regras destinadas a neutralizar os efeitos das Assimetrias Híbridas, que se vieram a materializar nos artigos 68.º -A, 68.º- B, 68.º- C e 68.º- D.

A presente proposta consubstancia-se, essencialmente, na transposição do teor dos artigos referentes às Assimetrias Híbridas previstos na Diretiva (UE) 2016/1164, em consonância com as regras recomendadas no relatório final da Ação 2 do Plano BEPS.

Por fim, temos um terceiro momento, que é sem dúvida nenhuma, o mais importante no que se refere à formulação da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho. Neste contexto, esta lei é a verdadeira responsável pela efetivação das alterações e aditamentos ao CIRC, que vieram definir o âmbito de aplicação do regime, quer para as situações em que as entidades híbridas que não são consideradas residentes, para efeitos fiscais, em Portugal, como para a situação inversa. Estes artigos procedem, ainda, ao elenco dos gastos que devem ser desconsiderados para efeitos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas - IRC, assim como dos rendimentos que devem concorrer para a determinação do lucro tributável em sede deste imposto.

²⁰³ Acerca da cláusula geral anti abuso, DINIS TRACANA e JOÃO CARMONA LOBITA, “A Soberania Fiscal dos Estados face à Coordenação Fiscal Internacional: Enquadramento Jurídico dos Instrumentos da Cooperação Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 235 e 236.

Cabe-nos agora analisar, em detalhe, as soluções dadas pela Lei n.º 24/2020, de 6 de julho, e explicitar as disposições que constituem o aditamento ao CIRC. Desta forma, comecemos por analisar as datas em que cada uma das normas aditadas deve entrar em vigor. Os artigos 68.º- A, 68.º- B e 68.º- D do Código do IRC tiveram início de vigência em ou após 1 de janeiro de 2020. Logo, neste momento, já se encontram a vigorar no ordenamento jurídico português.

Já o artigo 68.º- C do Código do IRC apenas entrou em vigor nos períodos de tributação após publicação do diploma alterador, isto é, em ou após, 1 de janeiro de 2022. Como percebemos, a entrada em vigor das novas regras foi efetivada de forma diferenciada e, neste momento, já se encontram todas em vigor no nosso ordenamento interno.

Atente-se que não existe qualquer tipo de prejuízo no facto de as normas terem entrado em vigor em tempo diferente, até porque o próprio artigo 68.º- C teve diferentes momentos de entrada em vigor, dependendo da situação concreta, tendo o mesmo vindo a ser aplicável apenas nos períodos de tributação que se iniciaram após 31 de dezembro de 2022, relativamente a Assimetrias Híbridas resultantes de um pagamento de juros efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro a uma empresa associada, quando se verificarem cumulativamente as condições previstas na Lei n.º 24/2020, de 6 de julho.

O então Ministro das Finanças, Mário Centeno, aquando da alteração do CIRC, referiu, na conferência de imprensa, em que anunciou as alterações, que a transposição deste regime "*terá seguramente um impacto relevante na capacidade de receita fiscal dos países, em particular de Portugal, porque limita a erosão da base fiscal proporcionada pelas diferenças entre jurisdições*"²⁰⁴. Esta alteração veio, desta forma, assegurar aqueles que eram os objetivos das organizações internacionais, como a OCDE e União Europeia e que já explicitámos anteriormente.

A fim de ficarmos a par do novo regime referente às figuras híbrida, façamos uma breve descrição do que foi elencado pelas novas disposições do CIRC.

A primeira norma aditada que encontramos no Código é o artigo 68.º-A, com epígrafe “Definições”, que vem refletir sobre o que foi estatuído pelos artigos 4.º e 9.º das Diretivas Anti Elisão Fiscal, incluindo definições em linha com o que foi convencionado pela Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017. Das diversas definições que esta norma

²⁰⁴ In *Dinheiro Vivo/Lusa*, 16 de janeiro de 2020, <https://www.dinheirovivo.pt/economia/governo-avanca-com-medidas-contras-fuga-ao-fisco-e-para-empresas-em-bolsa-12686413.html>

vem abranger no nosso ordenamento interno, a mais importante é a definição de Assimetrias Híbridas, como situações que ocorrem e dão origem a Dedução Sem Inclusão ou Dupla Dedução, empresa associada e entidade híbrida.

O novo artigo 68.º- B com epígrafe “Assimetrias Híbridas” também reflete o previsto nos artigos 4.º e 9.º da diretiva da União Europeia, elencando os gastos que foram desconsiderados para efeitos fiscais relativos a pagamentos, mesmo que ficcionados, ou que financiem despesas dedutíveis.

Nesta matéria, Portugal preferiu optar pela possibilidade prevista na ATAD II, conferindo a hipótese de permitir que a dedução transite para um período de tributação subsequente, até ao momento em que seja efetivamente compensada com um rendimento que não seja um rendimento de dupla inclusão na outra jurisdição. Este artigo elenca ainda os rendimentos considerados para efeitos de apuramento do lucro tributável, resultantes de Assimetrias Híbridas.

Esta disposição já se encontra em vigor e, tal como foi permitido pela ATAD II, excetuam-se as Assimetrias Híbridas resultantes de um pagamento de juros efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro a uma empresa associada, em certas condições, caso em que as disposições do novo artigo 68.º-B são aplicáveis aos períodos de tributação que se iniciaram após 31 de dezembro de 2022.

O novo artigo 68.º- C é relativo às Assimetrias Híbridas Inversas que é decorrente da transposição do artigo 9.º - A da ATAD II. Esta norma refere-se a situações em que entidades híbridas não residentes são consideradas residentes para efeitos fiscais em Portugal e, dessa forma, serão tributadas no nosso país.

Por fim, mas não menos importante, até porque o nosso estudo se dedica a este tipo de assimetrias, temos o artigo 68.º- D cuja substância é relativa a Assimetrias de Residência Fiscal. Aqui o legislador ocupou-se de transpor a solução consagrada no artigo 9.º-B da ATAD II, cujo âmbito normativo corresponde ao elenco das situações de desconsideração, para efeitos fiscais, dos gastos incorridos ou suportados por sujeito passivo com sede ou direção efetiva em território português, quando este seja considerado como residente para efeitos fiscais em outra jurisdição e esses gastos sejam dedutíveis ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições.

Estas foram as deliberações adotadas pelo Governo português, em resposta ao dever de transposição das soluções dadas pela União Europeia e à sua participação no combate e neutralização das Assimetrias Híbridas, através das recomendações dadas pela OCDE.

O objetivo da adoção destas normas prende-se com a realização de uma maior harmonização, de forma a evitar o Planeamento Fiscal Agressivo realizado pelas empresas que passaram a ter factos tributários plurilocalizados, graças à globalização da economia, o que, conseqüentemente, permitiu a que muitas destas empresas se tornassem multinacionais.

4.3. Análise das soluções adotadas pelo Regime Português das Assimetrias Híbridas

4.3.1. O artigo 68.º - D e as Assimetrias de Residência Fiscal em concreto

Como vimos, o Código do IRC foi aditado em quatro artigos, pela Lei n.º 24/2020, de 6 de julho, que apresentam as normas de combate e neutralização das Assimetrias Híbridas, em concreto. Poderíamos analisar todas em específico, mas, como sabemos, a finalidade do nosso trabalho é a caracterização e conhecimento dos aspetos que definem as Assimetrias de Residência Fiscal, também conhecidas como Assimetrias de Dupla Residência.

Aqui chegados e depois de termos conhecido os meandros deste mecanismo, é essencial apreciarmos as soluções que foram adotadas no Regime Português para neutralizar este tipo de híbrido em específico.

Evidencie-se que o legislador português criou duas normas especificamente destinadas a regular, correspondentemente, as Assimetrias Híbridas Inversas e as Assimetrias de Residência Fiscal – o artigo 68.º - C e o 68.º - D do CIRC – respetivamente, uma vez que estas situações não se enquadram no extenso regime genérico apresentado no artigo 68.º - B do referido código. Apesar de serem situações análogas às do regime, estes dois fenómenos são provocados por circunstâncias muito particulares e, por isso, foram merecedores de soluções legais ligeiramente distintas, com reflexos ao nível da legística dos requisitos da previsão legal para cobrir a dupla vantagem²⁰⁵. Aqui, apenas nos interessa desenvolver e destringir a matéria contida no artigo 68.º - D, que corresponde ao disposto no artigo 9.º - B da Diretiva ATAD II, que é exclusivamente dedicado à neutralização dos resultados produzidos por entidades duplamente residentes.

²⁰⁵ GUSTAVO LOPES COURINHA, “Capítulo VIII – As Diretivas Europeias Anti-Abuso”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, Almedina, 2023, p. 424.

Ora, as situações de Assimetrias de Dupla Residência ocorrem, segundo a mencionada disposição, quando um sujeito passivo com sede e direção efetiva em território português, seja considerado como residente fiscal num outro Estado ou jurisdição. Estes casos em apreço pressupõem que, à luz de critérios de conexão próprios (ou no limite, do mesmo critério interpretado com sentidos distintos nas duas jurisdições), duas jurisdições reconhecem a condição de residente à mesma entidade e daí extraíam os normais corolários associados. Neste tipo de situações, verificar-se-á uma dupla residência da pessoa coletiva²⁰⁶.

Se um determinado sujeito passivo é considerado residente fiscal em Portugal é porque tem a sua sede ou direção efetiva no nosso país. Não obstante, se for considerado residente para efeitos fiscais noutra jurisdição, os gastos ou as perdas não serão dedutíveis fiscalmente se se verificarem duas conjunturas: i) foram dedutíveis em ambas as jurisdições; e ii) na medida em que, nos termos da legislação da outra jurisdição, essa Dupla Dedução possa ser compensada com rendimento que não seja rendimento de dupla inclusão.

O artigo 68.º - D do CIRC tem a seguinte redação:

“1 - Não concorrem para a determinação do lucro tributável os gastos ou perdas incorridos ou suportados por um sujeito passivo com sede ou direção efetiva em território português, quando este seja considerado como residente para efeitos fiscais em outra jurisdição e esses gastos sejam dedutíveis ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições, na medida em que, nos termos da legislação da outra jurisdição, essa dupla dedução possa ser compensada com rendimento que não seja rendimento de dupla inclusão.

2 - Quando a outra jurisdição referida no número anterior for outro Estado-Membro, o disposto nesse número apenas é aplicável quando o sujeito passivo seja considerado como residente para efeitos fiscais nesse outro Estado-Membro, nos termos de convenção para evitar a dupla tributação em vigor.”²⁰⁷

Esta redação consagra assim um âmbito de aplicação mais amplo, uma vez que não é necessário a existência de qualquer relação de participação, basta que uma entidade seja considerada como residente fiscal em mais do que uma jurisdição²⁰⁸.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 426

²⁰⁷ Segundo a redação presente na Lei n.º 24/2020 de 6 de julho.

²⁰⁸ Cfr. JOÃO OCHÔA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, p. 364, 374 e 375.

Atente-se que o n.º 1 do artigo 68.º - D é aplicado quando outra jurisdição for Estado-Membro e quando o sujeito passivo seja considerado como residente para efeitos fiscais nesse Estado, nos termos da Convenção de Dupla Tributação em vigor.

Destaca-se aqui, o reconhecimento do direito a uma tributação pelo rendimento líquido com a consequente dedução dos encargos incorridos pela empresa no âmbito da sua atividade, os quais, num cenário bilateral, se revelarão duplamente considerados para efeitos fiscais: ocorre, deste modo, a formação de uma dupla dedução da mesma quantia despendida.

Este tipo de assimetrias constituiu uma matéria de importante relevo no que toca ao combate da elisão fiscal. Para efeitos fiscais, no caso destas figuras em específico, são desconsiderados os gastos incorridos por sujeitos passivos com sede ou direção efetiva em território português, desde que esse sujeito passivo seja considerado residente por outro ordenamento jurídico e esses gastos sejam dedutíveis ao abrigo das disposições dos dois países. Ora, o n.º 1 do artigo, em análise, apresenta-se como a regra geral e procura criar obstáculo a esta dupla vantagem, contrariando assim, a dedução de um gasto que já tenha sido deduzido na outra jurisdição. Além disso, para que se possa falar de uma dupla vantagem, um resultado de Dupla Dedução não pode ser acoplado de uma situação de dupla inclusão dos ganhos a que essa despesa se encontra destinada. Significa, dessa forma, que para que se verifique a hipótese legal, as componentes positivas e negativas da base tributável têm de sofrer um tratamento assimétrico, com apenas a segunda a ser objeto de dupla relevância fiscal. Destaque-se, aqui, que o conflito de residência gerado por Entidades Duplamente Residentes para efeitos fiscais e que produz resultados de Dupla Dedução observa formas de resolução distintas, uma vez que estes conflitos podem acontecer entre Estados-Membros ou entre um Estado-Membro e um Estado terceiro.

Em relação ao conflito entre Estados-Membros, que resulta de uma Dupla Dedução de pagamentos, despesas ou perdas da base de ambas as jurisdições, este será resolvido por via de CDT, celebrada entre estes países, incumbindo ao Estado-Membro, onde o contribuinte não é considerado à luz da convenção, recusar a dedução, na medida em que a mesma é compensada a rendimento que não seja de dupla inclusão.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo citado vem apenas adicionar um requisito à “equação” que acabamos de explicitar. Esta norma vem “somar” a condição de *dupla residência* que se

apresenta para efeitos convencionais, dentro da UE, com o desempate desta através do auxílio de uma Convenção de Dupla Tributação – CDT – a favor de outro Estado-Membro.

Parece-nos que o legislador vem assumir, nas situações intraeuropeias, que apenas o Estado de Residência perdedor deve prevenir a verificação da dupla vantagem, denegando a dedução fiscal do gasto. E, assim, pressupõe-se que o Estado de Residência vencedor tem direito de reconhecer a dedução do gasto sem quaisquer considerações de âmbito bilateral²⁰⁹.

Este n.º 2 representa um exemplo de cláusula anti abuso, introduzido pela ATAD II, na sequência da ATAD I, que vem, no caso específico, fazer com que Portugal, enquanto Estado-Membro, negue a aplicação de determinados benefícios e deduções fiscais característicos aos sujeitos que recorrem a mecanismos de PF agressivo, envolvendo, no caso concreto, Assimetrias de Residência Fiscal, que apresentam resultados de Dedução Sem Inclusão ou de Dupla Dedução.

Apesar de esta norma, solicitar o “desempate” através de CDT, este tipo de norma foi adotado pelos Estados-Membros como medida que garante uma abordagem conjunto e coerente, uma vez que existiam muitos Estados que não possuíam legislação relativa a esta matéria, como é o caso de Portugal. Não obstante estas se poderem apresentar como soluções, certamente, terão de ser objeto de ajustes futuros.

Surge-nos uma questão, que tendo em vista a otimização da legislação e dos instrumentos jurídicos de coordenação internacional existentes, neste caso uma Convenção bilateral para evitar a Dupla Tributação, seria realmente necessário a previsão normativa contida no artigo 68.º - D, n.º 2 do CIRC? A nós parece-nos que não, até porque as Convenções prevalecem sobre a lei interna, como consagra o artigo 8.º da CRP e, de acordo com o princípio da hierarquia das fontes de direito, valendo aqui o brocardo *lex superior derogat legi inferiori*, sendo neste caso a norma hierarquicamente superior a emergente de Convenção internacional, que prevalece, em caso de antinomia, sobre uma norma hierarquicamente inferior, correspondente à norma legal propriamente dita.

A disposição em apreço apresenta-se como uma repetição de um princípio consagrado na Constituição da República Portuguesa. Este facto deixa-nos introspectivos, uma vez que temos curiosidade em tentar alcançar qual era a intenção do legislador português quando criou a norma. Analisando a referida disposição, num primeiro momento, parece-nos que o

²⁰⁹ A caracterização do artigo 68.º - D do CIRC, cite GUSTAVO LOPES COURINHA, “Capítulo VIII – As Diretivas Europeias Anti-Abuso”, *Fiscalidade Internacional– Questões Atuais*, p. 426 e 427.

objetivo do legislador foi criar uma espécie de “lembrete” do princípio consagrado na Constituição, porém, bem sabemos que esta não é a função do legislador e pelo explanado afigura-se como algo de desnecessário. Num segundo momento, parece-nos que a intenção do Estado português era subordinar uma norma de direito interno a uma solução de direito comunitário, no entanto a diretiva ATAD II prevalece sobre a Convenção.

Não se consegue compreender qual era o intuito do legislador português quando criou o n.º 2 do artigo 68.º - D e o porquê da autonomização de parte da norma que compõe o artigo 9.º - B da ATAD II. Por isso, ficamos em dúvida, se o objetivo era afirmar a prevalência das normas da Convenção e afastar as normas comunitárias que compõem a diretiva, porém, alertamos que isto causaria um conflito, um problema entre o direito das Convenções e o direito comunitário.

Resta-nos observar a solução adquirida nos casos de Assimetrias de Residência Fiscal que envolvem Estados terceiros. Aqui, o Estado-Membro deverá recusar a dedução, na medida em que a outra jurisdição permita que a Dupla Dedução seja admitida pelo país terceiro e compensado o rendimento que não seja de dupla inclusão. Por essas razões, não se vislumbra qual a importância desta disposição autonomizada ou até mesmo qual o seu interesse.

Esta é uma solução inovadora e tomada pela União, no âmbito do seu trabalho de combate e neutralização das Assimetrias Híbridas, que não encontra qualquer correspondência com nenhuma das recomendações e soluções da OCDE que foram concebidas a respeito desta matéria²¹⁰.

4.3.2. Breves Críticas

Depois de tudo o que já analisamos e explicitamos neste estudo, é certo que podemos afirmar que houve, de facto, um grande esforço por parte das instituições internacionais, como a OCDE e a UE, de arranjar soluções com o objetivo de neutralizar e combater as Assimetrias Híbridas e o Planeamento Fiscal Agressivo com o propósito de eliminar o problema da erosão de bases e transferência de lucros. Estas tiveram um enorme contributo

²¹⁰ MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, “A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial”, *Monografias CIDEEFF* n.º 1/ 2022, p. 148 e 149.

em todos sentidos, desde a consciencialização do fenómeno que se tornou prejudicial para Estados presentes no mercado internacional até à criação de legislação que vem dar respostas que até então não existiam. As recomendações da OCDE e as diretivas da União vieram mudar o paradigma, uma vez que trazem para os ordenamentos internos, soluções para as disparidades existentes na lei que originam os conflitos de qualificação e, conseqüentemente, as Assimetrias Híbridas.

Sendo mais justos, podemos dizer que a maioria dos Estados-Membros destas organizações não tinham em consideração esse problema e, por essa razão, não haveriam tomado medidas realmente eficazes para resolver o problema²¹¹. É o caso de Portugal, que apenas com a ATAD I e II, vem trazer a si, verdadeiras soluções anti elisão fiscal e, em particular, para o fenómeno das Assimetrias. Até então, os contributos do legislador nacional sobre essa matéria tinham sido bastante parcos. No nosso caso, as Diretivas Anti Elisão Fiscal tiveram um grande impacto para a legislação tributária portuguesa, conferindo a esta, através da transposição, verdadeiras regras para a neutralização dos híbridos.

De facto, estas alterações no nosso ordenamento interno, constituem um grande avanço, mas ainda será exigido muito esforço da nossa parte, no que toca ao combate das figuras híbridas. Isto porque a transposição das diretivas para o nosso ordenamento é apenas um primeiro e pequeno passo de um longo processo que tem de se percorrer e que exige o contributo, mais uma vez, de todos, ou seja, dos Estados, mas também das instituições internacionais. Será enriquecedor para o mercado internacional, no caso da UE, para o mercado interno, se continuarem a ser criadas e a existir uma sinergia de comunicação entre os Estados e as organizações, por forma a otimizar a legislação e os meios que servem de combate às práticas de elisão fiscal.

Ainda é muito cedo para afirmar que estas são as soluções corretas, já que a aplicação destas normas no ordenamento interno é relativamente recente e caracterizam-se por serem

²¹¹ Atente-se que nos referimos à maioria dos Estados, porque existem exceções, como é o caso da Espanha que em comparação com Portugal, a transposição da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 – ATAD I – teve um impacto moderado na legislação espanhola, uma vez que esta já havia implementada as medidas propostas no plano BEPS. Isto significa que em matéria de elisão fiscal, este ordenamento jurídico já se encontrava dotado das soluções previstas na diretiva. Porém, em matéria de figuras híbridas, este Estado-Membro tinha de incluir as disposições presentes na diretiva mencionada. *Vide* SATURMINA MORENO GONZÁLEZ, “Implementation of the UE ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition”, *INTERTAX*, volume 49, Issue 12, general editor: Ana Paula Dourado, December 2021, LUCHTERHAND/Wolters Kluwer, p. 1010.

pouco ambiciosas e pela sua pouca execução. No caso das Assimetrias de Residência Fiscal – o artigo 68.º - D do CIRC – esta norma encontra-se em vigor há apenas três anos.

A Comissão Europeia desenvolveu um importante esforço na tentativa de obtermos uma base consolidada para a tributação do rendimento das empresas. No entanto, existem problemas que ficaram por resolver, seja porque vivemos num mundo que está em acelerada mudança, onde os conceitos, técnicas, métodos e os meios se alteram constantemente, seja porque o modelo já traçado que priorizou certos aspetos ainda não apresenta uma distinção sustentável entre as operações abusivas ou artificiais daquelas outras, que embora conduzam a um resultado similar, não podem ser consideradas como tal. Nessa medida, a inexistência e a permeabilidade da definição de Planeamento Fiscal Agressivo também não contribui para o alcance de soluções mais favoráveis e eficazes.

Como foi exposto ao longo do nosso estudo, é essencial que as respostas criadas para o problema da erosão de bases tributárias e transferência de lucros, e em particular, o fenómeno das Assimetrias Híbridas, que se traduziram na integração de regras de direito interno nos Estados-Membros, deve ser compatível com o conjunto de liberdades consagrado pela União Europeia, o que foi ao longo dos anos, esclarecido pela doutrina e jurisprudência do TJUE.

Por isso, espera-se que, por parte dos Estados-Membros, haja bastante abertura para resolver estes problemas, procurando uma melhor solução para a coletividade. Isto significa que existe uma necessidade acrescida de cooperação entre Estados, que deve ser assegurada e subordinada pela União. Não poderá continuar a existir, por parte desta instituição, uma certa impunibilidade em relação ao comportamento dos seus Estados-Membros. Com isto queremos dizer que a UE deve tratar os seus Estados por igual, não deve “desculpar” certos comportamentos prejudiciais adotados por uns e a outros “castigá-los”. Significa assim, que não podem ter uma atitude perante os EM, de “dois pesos, duas medidas”. Devem por isso zelar que os Estados não se prejudiquem uns aos outros²¹².

A par disto, também os próprios Estados devem inovar os seus sistemas fiscais, procurando preparar-se para os embates existentes, por causa da concorrência fiscal

²¹² Exemplo disso são os países com regimes fiscais preferenciais por parte das organizações internacionais, por decisiva influência da União Europeia e do Espaço Económico Europeu como é o caso da Holanda, do Luxemburgo, Chipre, Malta e Suíça, consubstanciando-se em verdadeiros paraísos fiscais. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020.

internacional. Ou seja, estes devem por de parte as soluções tradicionais que apenas tem como resultado a materialização sucessiva de normas anti abuso e a transferências da carga fiscal.

Espera-se que os próprios Estados tenham um papel ativo na prossecução dos seus interesses a nível nacional e internacional, tendo uma participação ativa a nível legislativo no seu ordenamento interno.

A legislação fiscal portuguesa sempre foi bastante permeável e moldável às soluções internacionais, acabando por usar estas como exemplo para o seu ordenamento interno. E na matéria que compõe o nosso estudo, isto, não foi exceção, uma vez que o legislador procedeu como sempre o faz, através de uma atitude passiva, limitando-se a adotar as soluções tomadas além-fronteiras. No entanto, neste momento acreditamos que seria importante que o legislador nacional, usando da sua soberania estadual, analisasse a realidade do nosso país, de forma a tomar medidas que, junto com as europeias, influenciadas pelas recomendações da OCDE, pudessem obter melhores resultados no que toca ao combate e neutralização das Assimetrias Híbridas e do Planeamento Fiscal Agressivo.

Como referimos, apesar de já ter havido progressos no que toca a soluções para o problema a que dedicamos o nosso estudo, existe ainda muito trabalho a fazer. E por essa razão, a Comissão Europeia continua a unir esforços para a resolução dos problemas causados pela elisão fiscal, com objetivo de uma maior harmonização fiscal. Assim, a 22 de dezembro de 2021, foi publicada uma proposta de Diretiva, designada por ATAD III, que contem medidas de combate ao recurso abusivo a entidades fictícias, conhecidas como *shell companies* para efeitos fiscais indevidos. Esta diretiva vem alterar a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade. Segundo a proposta da Comissão Europeia, a diretiva deverá entrar em vigor a partir de 1 de janeiro de 2024.

A referida proposta de Diretiva inclui indicadores mínimos de substância para entidades nos Estados-Membros, bem como regras relativas ao tratamento fiscal para as entidades que não cumpram esses indicadores. Será aplicável a entidades consideradas residentes para efeitos fiscais e que estejam em condições de obter um certificado de residência fiscal num Estado-Membro, apesar de serem aplicáveis algumas exceções, incluindo pequenas e médias empresas, bem como as designadas *partnerships*, os *trusts* e outras entidades legais. As

novas disposições terão como resultado novas obrigações de reporte e, em certos casos, uma carga fiscal adicional²¹³.

No seguimento desta nova diretiva, espera-se que num futuro próximo também estas novas regras anti elisão fiscal, sejam transpostas para o ordenamento interno dos Estados e claro, para a nossa lei nacional.

As dificuldades que se têm assistido para um melhor desenvolvimento e otimização das soluções dos problemas a nível do Direito Internacional Fiscal prendem-se, sobretudo, com a morosidade dos processos de negociação nas várias instâncias supranacionais. E apesar de até então já terem sido apresentadas algumas soluções inovadoras, é de considerar que as mesmas também são bastante ambiciosas e acabam por “cair por terra” ou por serem limitadas quando aplicadas, ou por serem realmente ambiciosas, uma vez que os Estados não têm uma visão unitária sobre o modo como estes problemas os afetam.

Será impossível resolver realmente o problema, enquanto os Estados não tiverem as mesmas preocupações fundamentais, isto é, a mesma visão, encarando as possíveis soluções do mesmo modo e com a mesma intensão, dificultando grandemente a criação e aquisição de soluções globais.

Exigem-se soluções globais para lidar com estes problemas que são transnacionais e mundiais. Veja-se, por exemplo, que existe a necessidade de adequação dos elementos de conexão, fala-se mesmo de uma nova formulação, para que se adeque à realidade dos conflitos de qualificação e das disparidades exigentes.

Apesar de se acreditar que a verdadeira resolução do problema seja a busca de soluções globais, visto estarmos perante um problema que é universal, na verdade, ao contrário do que se diz, nunca houve uma verdadeira globalização das soluções a implementar, até porque não existe uma verdadeira partilha de valores para uma construção global. Destaque-se que existe uma crescente consciencialização de que talvez teremos de ser menos ambiciosos e procurar soluções apenas a nível regional. Isto porque, em rigor, não se verifica uma verdadeira globalização, no sentido de uma mundialização da generalidade das trocas

²¹³ Esta menção à ATAD III serve apenas para exemplificar que continuam a existir desenvolvimentos sobre esta matéria e que esse trabalho tem de ser contínuo e duradouro para que realmente possa dar frutos. Sobre a ATAD III, CATARINA GONÇALVES e ROSA AREIAS, “União Europeia – Proposta de Diretiva sobre entidades fictícias (“shell entities”) para efeitos fiscais”, PwC, 2021, <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/flash/outros/pwc-flash-fiscal-uniao-europeia-proposta-de-diretiva-sobre-entidades-ficticias-shell-entities-para-efeitos-fiscais.html>

comerciais dos países. De facto, o que temos na realidade são globalizações regionalizadas ou regiões com elevado grau de globalização do comércio internacional de bens e serviços, em que encontramos três polos de globalização: o dos Estados Unidos da América com o Canadá e o México, em que as trocas comerciais andam pelos 40%, o da China com os seus importantes parceiros comerciais mais próximos cujas trocas comerciais rondam os 60% e o da Europa – União Europeia e Espaço Económico Europeu – em que as trocas comerciais entre eles ultrapassam os 64%. Daí que não se justifique inteiramente falar em soluções globais, revelando-se mais acertado considerá-las como soluções regionais ou regionalizadas²¹⁴.

Isto não significa que não deva continuar a existir, por parte das instituições internacionais, tais como a ONU, a OCDE, o FMI, o Banco Mundial ou a UE, um importante contributo para a resolução dos problemas e uma maior articulação entre si, que lhes permita atingir um equilíbrio entre as soluções regionais, tomados pelos diferentes polos de globalização, como a União Europeia. Talvez, dessa forma, se otimizem as soluções para as problemáticas que abordamos.

Em suma, os Estados estão profundamente divididos, mas sobre o fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros, os interesses finais são comuns. O objetivo primordial de todos passa pela necessidade de preservação da receita num mundo, onde prevalecem as práticas de gestão e Planeamento Fiscal Agressivo.

A regionalização das soluções poderá ser o melhor caminho a seguir, já que fará com que as jurisdições tenham uma maior noção da realidade em que vivem, contribuindo de uma forma mais articulada e consciente, tendo em vista uma economia internacional sustentável.

²¹⁴ Para mais desenvolvimentos, ver a recente e desafiante obra de SHANNON K. O'NEIL, *The Globalization Myth: Why Regions Matter*, Yale University Press, 2022.

Conclusão

O advento da globalização e a internacionalização da economia permitiram uma crescente evolução das empresas como multinacionais e levaram a que estas estivessem sujeitas à aplicação de normas de diferentes sistemas jurídicos dos Estados em que atuam, uma vez que passaram a estar perante factos tributários plurilocalizados, por não existir uma real harmonização em termos de legislação fiscal, o que originou um aproveitamento, por parte de algumas destas multinacionais no que concerne a esta situação, em seu benefício, através da utilização de Planeamento Fiscal.

Destas diferenças que existem entre ordenamentos jurídicos, surgem disparidades a que chamamos de Assimetrias Híbridas. Este instituto jurídico tem como objetivo a obtenção de uma vantagem fiscal, estabelecendo-se como uma forma de Planeamento Fiscal Agressivo, conseguida através da Dupla Não Tributação, resultante do tratamento diferenciado que é dado a instrumentos, entidades e transações que ocorrem em Estados distintos e o mesmo resulta da falta de harmonização entre as jurisdições fiscais internacionais e não de qualquer comportamento fraudulento, por parte do sujeito passivo. Este tratamento fiscal diferenciado decorre da existência de diferentes elementos de conexão que origina os conflitos de qualificação fiscal.

O problema da falta de concordância legal entre os Estados e os seus sistemas fiscais, traz numerosas consequências, exemplo disso, são as situações de Dupla Tributação e de Dupla Não Tributação.

As assimetrias acabam por contribuir, em larga escala, para a diminuição do rendimento tributável pelos Estados, para além de exponenciarem a criação de créditos de imposto, tornam-se, assim, um obstáculo à internacionalização da economia, contribuindo para a diminuição drástica da receita fiscal dos Estados causada pela erosão de bases tributárias e transferência de lucros.

Exemplo deste instituto são as Assimetrias de Residência Fiscal, originadas por Entidades com Dupla Residência, que sucedem a partir da existência de um conflito de residência positivo, dizendo respeito às situações em que o contribuinte é considerado residente fiscal em mais que um Estado. Estas Entidades de Dupla Residência são detentoras de um carácter *sui generis* a par das outras figuras híbridas e, por isso, mereceram lugar de

destaque no nosso estudo. Particularmente, este tipo de híbridos são objeto de sobreposição de disposições legais emanadas por diferentes Estados que resultam na sua sujeição ao mesmo tratamento jurídico, isto quer dizer, à sua qualificação como residente. Logo, de forma contrária às outras assimetrias, os conflitos de qualificação provêm da sujeição de disparidades dos sistemas fiscais dos diferentes Estados.

Note-se que, pelo facto de serem qualificadas como residentes para efeitos fiscais em duas ou mais jurisdições onde operam, os pagamentos emitidos por estas entidades são considerados para efeitos fiscais e, uma vez tidos como despesas e gastos, são dedutíveis nas jurisdições envolvidas.

Como vimos, a inexistência de harmonização fiscal, na maior parte das vezes, é uma das razões que leva a distorções económicas e no mercado, o que decorre da existência de diferentes elementos de conexão. Estes, além de legitimarem a tributação soberana por parte de um Estado, legitimam, também, quem é o sujeito passivo de imposto.

A prevenção e eliminação da Dupla Tributação, através de regras concretas relativas à justa repartição entre os Estados do poder de tributar e dos correspondentes rendimentos, segue determinados padrões que ilustram, de forma clara, os princípios do Direito Fiscal Internacional. Apesar disso, as regras devem ser coordenadas para que, de forma lógica e coerente, possam ser identificados os princípios que as fundamentam.

A soberania tributária é a responsável por definir os limites da competência do Estado, dentro dos quais se encontra o poder de tributar

Nos Estados de Direito, o princípio da capacidade contributiva constituiu um limite à soberania fiscal, sendo um dos princípios de repartição económica, estando a sua concretização a cargo do legislador, que tem discricionariedade legislativa e, sem que esta se torne arbitrária, cabe à lei determinar como concretizar a repartição da carga fiscal por entre os diferentes sujeitos que manifestem capacidade económica.

De uma forma geral, o problema da violação da soberania surge de maneira arbitrária ou artificiosa, sendo que são escolhidos os elementos de conexão e a questão que se coloca para traçar limites está em identificar qual a conexão relevante com o Estado para definir a nacionalidade, sobretudo das pessoas coletivas ou a localização de uma dada situação da vida no território. Entenda-se que a possível violação aos limites da soberania tem a sua génese na fragilidade e artificialismo dos elementos de conexão consagrados nas leis internas dos Estados.

A tributação internacional prende-se com a questão de definir que Estados estão envolvidos numa situação tributária dessa índole e, por isso, que direito têm e em que medida devem cobrar impostos. Esta discussão surge entre o Estado da Residência e o Estado da Fonte e à atribuição de um direito exclusivo ou cumulativo de tributar a cada um destes Estados.

Entenda-se que os elementos de conexão são a interligação entre o facto tributável e o ordenamento jurídico interno do Estado, de modo a legitimar a tributação internacional. Estes elementos devem ter em conta aspetos das situações tributárias internacionais com a jurisdição tributária de um Estado.

Na maioria das vezes, é dada primazia ao princípio da Residência, embora os ordenamentos internos dos Estados e as Convenções de Dupla Tributação consagrem ambos os princípios – princípio da Residência e princípio da Fonte – e a sua aplicação cumulativa. Ou seja, não existe uma exclusividade de atribuição do poder de tributar ao Estado de Residência ou apenas ao Estado da Fonte.

De entre as possibilidades de elementos de conexão, a Residência, foi adotada pela maioria da comunidade internacional, como o critério de conexão, sendo este de cariz pessoal ou subjetivo, porque se refere ao titular do rendimento.

Por sua vez, o princípio da Territorialidade passou a ser o âmbito de eficácia espacial para o poder de tributar dos Estados, sendo o responsável por delimitar a soberania fiscal dos mesmos. Tradicionalmente, este é o princípio-regra, que define que as leis tributárias apenas se aplicam aos factos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem.

Este princípio está materializado e consagrado no ordenamento português, através da disposição do artigo 13.º, n.º 1 da LGT. De acordo com este, as normas tributárias aplicam-se, em regra, aos factos tributários que ocorram no território nacional, ou seja, é através do princípio da territorialidade que cada Estado invoca a respetiva soberania para tributar pessoas, coisas ou factos com ligação ao seu território, encontrando-se, fundamentalmente, baseado em dois elementos de conexão: o da Residência e o da Fonte

Com a globalização, o princípio da Territorialidade deixou de ser suficiente para a imputação de um dado facto tributário a um determinado território, tornando-se indispensável o critério da Residência e, portanto, os princípios operacionais da Residência e da Territorialidade, devem ser convocados para definir de quem é o direito para o poder de tributar, sem esquecer, a possibilidade da aplicação cumulativa do princípio da Fonte, que

tem como critério de conexão e fundamento do poder tributário de um Estado, o local de origem e proveniência dos rendimentos.

O critério da Residência permite que a tributação do rendimento seja levada segundo, e independentemente, do local da fonte de tal rendimento. Dessa forma, o sujeito passivo será tributado no Estado do qual seja fiscalmente residente, por todos os rendimentos que aufera, independentemente, de obter a totalidade ou parte de tais rendimentos nesse território, ou seja, independentemente do local da fonte dos seus rendimentos.

Adicionalmente, compreendemos que para a determinação da residência das pessoas coletivas, a lei interna dos Estados fundamenta-se nos seguintes requisitos: na sede social, na direção efetiva e, em alguns ordenamentos jurídicos, também no local onde a sociedade foi constituída.

Em Portugal, no âmbito da tributação do rendimento das pessoas coletivas, consideram-se residentes, as pessoas coletivas que possuam um dos critérios alternativos consagrados no artigo 2.º, n.º 3 do CIRC. Basta que uma pessoa coletiva detenha sede ou direção efetiva em determinado território, isto significa que não é necessário a cumulação dos dois requisitos, para que as pessoas coletivas sejam consideradas residentes.

Importa, portanto, afirmar que a condição de residente é fundamentalmente definida pelas normas de direito interno. Este direito justifica-se pelas normas de funcionamento das Convenções que, na maioria das vezes, limitam o poder de tributar dos Estados, mas não definem regras para o que deve ser ou não tributado pelos mesmos. Logo, estes instrumentos jurídicos de coordenação internacional, apenas servem de repositório de normas instrumentais e, grosso modo, não oferecem soluções para os ordenamentos internos dos Estados.

O nosso sistema de tributação das empresas deve se aproximar, tanto quando possível, do ideal, que é a tributação dar-se pelo rendimento real, isto é, o rendimento revelado pela contabilidade organizada. A regra da contabilidade organizada fundamenta a tributação empresarial de lucros e as regras de determinação da matéria tributável, pois é considerada, pela teoria, como a forma mais justa de tributar os contribuintes. Porém, esta última é bastante complexa, conferindo às empresas uma panóplia de possibilidades de Planeamento Fiscal em relação aos impostos que lhe são afetos, tornando-se muito difícil o controlo do recurso a esta regra.

À luz do Direito Fiscal Internacional e do critério de Residência, é fundamental fazer uma distinção entre empresas residentes e não residentes no nosso ordenamento jurídico para efeitos de tributação, compreendendo que, no caso dos residentes que desenvolvem atividades empresariais, o objeto do IRC é o lucro tributável. Por definição, este é o valor dos rendimentos obtidos através da sua atividade, subtraindo os gastos que tiveram as empresas.

No caso dos não residentes, estes serão tributados de forma semelhante aos residentes, isto é, também através do lucro, mas apenas se tiverem um estabelecimento estável em território português, o que se traduz no exercício da sua atividade com carácter de permanência.

É o princípio de liberdade de gestão fiscal que suporta o Planeamento Fiscal, tornando-se este o princípio constitucional com maior importância e alcance em sede da tributação das empresas. Apesar disto, o seu alcance tem limites, ou seja, o Planeamento Fiscal é um direito, mas não poderá ser exercido através de manifestações que constituam abusos de configuração jurídica dos factos tributários, provocando situações de evasão fiscal ou situações de fuga aos impostos, através de mecanismos ou manobras que partam de disfarces jurídicos da realidade económica.

Os sistemas fiscais encontram-se em constante mutação, devido aos desafios emergentes como os fenómenos da globalização, da desintermediação, da desmaterialização e da deslocalização dos factos tributários, que levam a que os Estados percam a centralidade e vejam-se obrigados a alterar o paradigma e a arranjar soluções para combater a perda das receitas dos impostos.

O Planeamento Fiscal é, de facto, um instituto que contribui para o fenómeno da erosão das bases tributárias das empresas e o desvio de lucros. Por outro lado, é um direito e uma liberdade da gestão fiscal das empresas, que se traduz na autonomia privada, ligado à liberdade de determinar o próprio comportamento a nível da celebração de negócios jurídicos e contratos, isto é, a liberdade contratual.

Quando abordámos a matéria das Assimetrias Híbridas, falámos de uma modalidade de Planeamento Fiscal. No entanto, não nos referimos ao PF abusivo, mas sim, ao PF agressivo, uma vez que este fenómeno cumpre plenamente a função visada pela lei e é, nessa medida, inatacável à luz dos cânones clássicos de Planeamento Fiscal abusivo. As Assimetrias baseiam-se e limitam-se a cumprir o desiderato das normas fiscais que, nas mais variadas

circunstâncias, vão sendo criadas pelas diferentes jurisdições com vista a promover um determinado comportamento: evitar a dupla tributação económica, prevenir a dupla tributação jurídica, facilitar a remuneração dos investidores estrangeiros e assegurar a outorga da condição de residente, entre outros.

Para o combate das Assimetrias Híbridas, como também do fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros é vital que haja uma colaboração entre os Estados e as organizações e entidades internacionais, de modo que, reunindo esforços efetivos, se consiga conceber uma eficaz resolução para estes desafios emergentes.

Nesse sentido, em 2012, a OCDE e o G20 criaram o plano BEPS desenvolvido em 15 ações e com o objetivo de colmatar os principais problemas das novas realidades do sistema fiscal internacional.

Este plano foi essencial a nível do combate dos híbridos, avançando com recomendações nesta área que deveriam ser adotados por outras organizações internacionais e pelos diferentes Estados. A Ação 2 consubstancia-se nas soluções tomadas sobre esta matéria com vista à neutralização dos híbridos, tendo uma abordagem comum e devendo estar relacionada com outras ações com vista a atingir os seus objetivos.

As Ações com este tipo de abordagem acabaram por não atingir os resultados mínimos pretendidos, já que foi dada uma maior flexibilidade à Administração Tributária para adotarem as medidas e soluções da OCDE, fazendo com que estas não tivessem o alcance realmente pretendido.

O Plano BEPS teve um importante impacto para outras organizações internacionais, como a União Europeia e os seus Estados-Membros, mas também para outros Estados.

A União Europeia criou o pacote Anti Elisão Fiscal composto por duas diretivas: a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 e a Diretiva (UE) 2017/952, do Conselho, 29 de maio de 2017 que apresentaram diversas soluções sobre as AH. A primeira diretiva acabou por ter um maior impacto, com a implementação de cláusulas anti abuso, mas foi a segunda diretiva que realmente se encarregou de apresentar regras para o combate das disparidades estudadas.

O objetivo da adoção destas normas prende-se com a realização de uma maior harmonização, de forma a evitar o Planeamento Fiscal Agressivo realizado pelas empresas que passaram a ter factos tributários plurilocalizados, graças à globalização da economia, o que, conseqüentemente, permitiu a que muitas destas empresas se tornassem multinacionais.

Assim, a política fiscal de cada Estado-Membro da UE fica circunscrita às diferentes estratégias responsáveis pela constante mutação dos sistemas fiscais vigentes. Esta adoção de uma multiplicidade de estratégias tem origem na necessidade de reestruturação da política fiscal, com vista a atingir determinados objetivos que são estipulados pela União Europeia para os seus Estados-Membros e esta é uma competência que deve ser exercida pelos próprios, a nível interno.

Em consequência, passamos a ter uma política tributária a curto prazo, refém das normas comunitárias emanadas, o que leva à inexistência de um verdadeiro ordenamento jurídico e, consequentemente, à ausência de um sistema fiscal coerente.

Como compreendemos, a globalização e o quadro de liberdades fundamentais, as liberdades de circulação no domínio de capitais, bens e em certa medida de pessoas, vieram potencializar a concorrência entre os Estados, mas, por seu turno, limitar a sua soberania em diversos domínios, com particular importância na tributação. Porém, a soberania dos Estados tornou-se mais limitada, pois estes deixaram de, no seio de uma economia aberta, instituir ou manter os impostos, segundo os seus interesses próprios de governação interna e com fundamento no que o seu quadro constitucional lhes permite.

Assim, a concorrência fiscal torna-se um fator relevante no seio da política fiscal, em específico por causa do incremento da mobilidade de algumas bases tributárias e dos riscos da sua erosão.

As Assimetrias Híbridas têm por base para a sua formação disparidades existentes nos ordenamentos jurídicos e que, por isso, causam grandes entraves às liberdades fundamentais da União Europeia. Com as diretivas ATAD I e II, estes mecanismos de Planeamento Fiscal Agressivo passaram a ter uma intensa regulamentação, que deve ser implementada pelos Estados-Membros, através deste novo regime que os vincula.

Estes diplomas europeus tiveram um grande impacto no Direito Fiscal Português. As soluções dadas pela UE, por influência das recomendações da OCDE, foram transpostas para o nosso ordenamento interno, sendo muito relevantes para os mecanismos de combate às AH, adotados no contexto português e que levaram ao aditamento do CIRC.

Como vimos, existiram três momentos fundamentais para a criação do regime português que legisla as Assimetrias Híbridas, as suas modalidades, resultados e efeitos, que se resumiram na existência de duas leis: a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio e a Lei n.º 24/2020, de 6 de julho. Esta última lei é a responsável pelo aditamento ao Código do Imposto sobre o

Rendimento das Pessoas Coletivas e pela criação e aprovação das disposições que correspondem aos artigos 68.º - A, 68.º - B, 68.º - C e 68.º - D do mesmo. As referidas disposições constituem o regime português das Assimetrias Híbridas.

Desta forma, o nosso sistema fiscal fica dotado de importantes instrumentos para a tributação equitativa das empresas e para o reforço da proteção contra o Planeamento Fiscal Agressivo.

Em relação às Assimetrias de Residência Fiscal, a norma do artigo 68.º - D adapta o disposto no artigo 9.º - B da Diretiva ATAD II, cujo âmbito normativo corresponde ao elenco das situações de desconsideração, para efeitos fiscais, dos gastos incorridos ou suportados por sujeito passivo com sede ou direção efetiva em território português, quando este seja considerado como residente para efeitos fiscais em outra jurisdição e esses gastos sejam dedutíveis ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições. A referida disposição é exclusivamente dedicada à neutralização dos resultados produzidos por Entidades Duplamente Residentes.

Note-se que se um determinado sujeito passivo é considerado residente fiscal em Portugal é porque tem a sua sede ou direção efetiva no nosso país. Não obstante, se for considerado residente para efeitos fiscais noutra jurisdição, os gastos ou as perdas não serão dedutíveis fiscalmente se se verificarem duas conjunturas: i) foram dedutíveis em ambas as jurisdições; e ii) na medida em que, nos termos da legislação da outra jurisdição, essa Dupla Dedução possa ser compensada com rendimento que não seja rendimento de dupla inclusão.

Ora, as situações de Assimetrias de Dupla Residência ocorrem, segundo a mencionada disposição – artigo 68.º - D do CIRC – quando um sujeito passivo com sede e direção efetiva em território português seja considerado como residente fiscal num outro Estado ou jurisdição. Estes casos em apreço pressupõem, que à luz de critérios de conexão próprios (ou no limite, do mesmo critério interpretado com sentidos distintos nas duas jurisdições), duas jurisdições reconhecem a condição de residente à mesma entidade e daí extraíam os normais corolários associados. Neste tipo de situações, verificar-se-á uma dupla residência da pessoa coletiva.

O n.º 1 do artigo apresenta-se como a regra geral e procura criar obstáculo a esta dupla vantagem, contrariando assim, a dedução de um gasto que já tenha sido deduzido na outra jurisdição. Além disso, para que se possa falar de uma dupla vantagem, um resultado de Dupla Dedução não pode ser acoplado de uma situação de dupla inclusão dos ganhos a que

essa despesa se encontra destinada. Significa, dessa forma, que para que se verifique a hipótese legal, as componentes positivas e negativas da base tributável têm de sofrer um tratamento assimétrico, com apenas a segunda a ser objeto de dupla relevância fiscal. Destaque-se, aqui, que o conflito de residência gerado por Entidades Duplamente Residentes para efeitos fiscais e, que produz resultados de Dupla Dedução, observa formas de resolução distintas, uma vez que estes conflitos podem acontecer entre Estados-Membros ou entre um Estado-Membro e um Estado terceiro.

Por sua vez, o n.º 2 da disposição em apreço vem apenas adicionar um requisito à “equação” que acabamos de explicitar. Esta norma vem “somar” a condição de *dupla residência* que se apresenta para efeitos convencionais, dentro da UE, com o desempate desta através do auxílio de uma Convenção de Dupla Tributação – CDT – a favor de outro Estado-Membro.

Não se consegue compreender qual era o intuito do legislador português quando criou o n.º 2 do artigo 68.º - D e o porquê da autonomização de parte da norma que compõe o artigo 9.º - B da ATAD II. Por isso, ficamos em dúvida, se o objetivo era afirmar a prevalência das normas da Convenção e afastar as normas comunitárias que compõem a diretiva, porém, alertamos que isto causaria um conflito, um problema entre o direito das Convenções e o direito comunitário.

Adicionalmente, é de observar a solução adquirida nos casos de Assimetrias de Residência Fiscal que envolvem Estados terceiros. Aqui, o Estado-Membro deverá recusar a dedução, na medida em que a outra jurisdição permita que a Dupla Dedução seja admitida pelo país terceiro e compensado o rendimento que não seja de dupla inclusão. Por essas razões, não se vislumbra qual a importância desta disposição autonomizada ou até mesmo qual o seu interesse.

Esta é uma solução inovadora e tomada pela União, no âmbito do seu trabalho de combate e neutralização das Assimetrias Híbridas, que não encontra qualquer correspondência com nenhuma das recomendações e soluções da OCDE, que foram concebidas a respeito desta matéria.

De facto, estas alterações no nosso ordenamento interno, constituem um grande avanço, mas ainda será exigido muito esforço da nossa parte, no que toca ao combate das figuras híbridas. Isto porque a transposição das diretivas para o nosso ordenamento é apenas um primeiro e pequeno passo de um longo processo que tem de se percorrer e que exige o

contributo, mais uma vez, de todos, ou seja, dos Estados, mas também das instituições internacionais. Será enriquecedor para o mercado internacional, no caso da UE, para o mercado interno, se continuarem a ser criadas e a existir uma sinergia de comunicação entre os Estados e as organizações, por forma a otimizar a legislação e os meios que servem de combate às práticas de elisão fiscal.

É essencial que as respostas criadas para o problema da erosão de bases tributárias e transferência de lucros, e em particular, o fenómeno das Assimetrias Híbridas, que se traduziram na integração de regras de direito interno nos Estados-Membros, devam ser compatíveis com o conjunto de liberdades consagrado pela União Europeia, o que foi ao longo dos anos, esclarecido pela doutrina e jurisprudência do TJUE.

As dificuldades que se têm assistido para um melhor desenvolvimento e otimização das soluções dos problemas a nível do Direito Internacional Fiscal prendem-se, sobretudo, com a morosidade dos processos de negociação nas várias instâncias supranacionais. E apesar de até então já terem sido apresentadas algumas soluções inovadoras, é de considerar que as mesmas também são bastante ambiciosas e acabam por “cair por terra” ou por serem limitadas quando aplicadas, ou por serem realmente ambiciosas, uma vez que os Estados não têm uma visão unitária sobre o modo como estes problemas os afetam.

Apesar de se acreditar que a verdadeira resolução do problema seja a busca de soluções globais, visto estarmos perante um problema que é universal, na verdade, ao contrário do que se diz, nunca houve uma verdadeira globalização das soluções a implementar, até porque não existe uma verdadeira partilha de valores para uma construção global. Destaque-se que existe uma crescente consciencialização de que talvez teremos de ser menos ambiciosos e procurar soluções apenas a nível regional. Isto porque, em rigor, não se verifica uma verdadeira globalização, no sentido de uma mundialização da generalidade das trocas comerciais dos países.

Importa concluir que apesar de os Estados estarem profundamente divididos, sobre o fenómeno da erosão de bases e transferência de lucros, os interesses finais são comuns e o objetivo primordial de todos deve passar pela necessidade de preservação da receita num mundo, onde prevalecem as práticas de gestão e Planeamento Fiscal Agressivo. A regionalização das soluções poderá ser o melhor caminho a seguir, já que fará com que as jurisdições tenham uma maior noção da realidade em que vivem, contribuindo de uma forma mais articulada e consciente, tendo em vista uma economia internacional sustentável.

Bibliografia

- ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.º Edição Atualizada (Reimpressão), com colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier, Almedina 2022.
- ALBERTO AMORIM PEREIRA, “A Reforma Fiscal em Portugal – Evoluções Recentes”, Conferência produzida em Ojén – Málaga – no âmbito das *III Jornadas Hispano-Lusitanas de Gestão Científica*, setembro de 1985.
- ÁLVARO SILVEIRA DE MENESES, “Hybrid Mismatch Arrangements” e a influência da tributação na decisão do financiamento de velhos problemas e as novas soluções”, *Revista das Sociedades VIII*, 2016.
- ANA PAULA DOURADO, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, Vol. 43, *INTERTAX*, Issue 1, 2015.
- ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.º Edição, Revista e Atualizada, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2022.
- ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal*, Almedina, 5.ª Edição, 2020.
- ANA MIRANDA, *Assimetrias Híbridas- A resposta da OCDE e da UE*, Dissertação de Mestrado, UCP – Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2018.
- ANTÓNIO AMÉRICO COELHO e ANA MARGARIDA OLIVEIRA, “A Reforma Fiscal do IRC: o mais importante ainda está por fazer...”, *Uma Reforma Fiscal para o séc. XXI*, CEN e PSD, 2021, p. 99 a 116.
- ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu labirinto”, *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 38, diretor: J. L. Saldanha Sanches, abril-junho 2009, Instituto Superior de Gestão, p. 62 a 99.
- CHAMIR MANÉ TAVARES, *O projeto BEPS da OCDE: A coerência do Direito Internacional Fiscal*, Dissertação de Mestrado, Nova School of Law, 2020.
- CÍNTIA VAZ LIMA, *As Assimetrias Híbridas e os desafios ao legislador português para o combate impostos pelas Diretiva (UE) 2016/1164 e Diretiva (UE) 2017/952*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020.
- DAVID ROSENBLOOM, “International Tax Arbitrage and the «International Tax System», *Tax Law Review*, (53)137, 2000.

DINIS TRACANA e JOÃO CARMONA LOBITA, “Capítulo IV - A Soberania Fiscal dos Estados face à Coordenação Fiscal Internacional: Enquadramento Jurídico dos Instrumentos da Cooperação Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 195 a 243.

DOMINGOS PEREIRA DE SOUSA, *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra Editora, 2013.

FERRER CORREIA, “Codificação do Direito Internacional Privado”, Boletim da Faculdade de Direito, 1976.

GUSTAVO LOPES COURINHA, “Capítulo VIII – As Diretivas Europeias Anti-Abuso” *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 391 a 428.

J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180.

J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.º Edição (Reimpressão), Almedina, 2018.

JOAQUIM MIRANDA SARMENTO e JOÃO SILVA, “Uma Reforma Fiscal para o Séc. XXI”, *Reforma Fiscal para o Século XXI*, PSD e CEN, 2021, p. 5 a 18.

JOÃO MIGUEL NETO RAMOS PINTO, *Assimetrias Híbridas Importadas – Análise crítica do ponto de vista Europeu e Português*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2021.

JOÃO MIGUEL VIDREIRO MARTINS, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspetivas futuras*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro, 2018.

JOÃO OCHÔA, “Capítulo VII - As Assimetrias Híbridas e as regras domésticas destinadas a neutralizar os seus efeitos”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 327 a 390.

JOÃO RICARDO CATARINO, “Capítulo I - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 21 a 82.

JOÃO RICARDO CATARINO e SARA DIOGO, “Capítulo III – BEPS, Boa Governança, Concorrência e Competitividade fiscal”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*,

coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 135 a 187.

JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2021.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO I, Introdução Geral e Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra Editora, 2006.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO II Organização Económica, Organização do Poder Político, Artigos 80.º a 201.º, Coimbra Editora, 2006.

JOSÉ CASALTA NABAIS, “O Regime Fiscal das Pequenas e Médias Empresas”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Volume 11, n.º 2, 2016, p. 46 a 76.

JOSÉ CASALTA NABAIS, “Que sistema fiscal para o século XXI?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCV, Tomo I, 2019, p. 1 a 41.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 11.ª Edição, Almedina, 2019.

JOSÉ CASALTA NABAIS, “Direitos fundamentais e tributação”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCVI, Tomo II, 2020, p. 667 a 695.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3.º Edição, Almedina, 2018.

JOSÉ CASALTA NABAIS e MARIA MATILDE LAVOURAS, “Reforma do Sistema Fiscal”, *Uma Reforma Fiscal par o séc. XXI*, CEN e PSD, 2021, p. 19 a 32.

MARIA EDUARDA MARQUES, *Combate às Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, 2020.

MARIA MATILDE LAVOURAS, “*Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia*”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 211 a 258.

MARIA MATILDE LAVOURAS, “Regulamentação das Assimetrias Híbridas na União Europeia: Uma oportunidade perdida?”, *Temas Atuais em Direito Tributário Internacional*,

Estudos no PPGD/UFSC, organizadores: Carlos Araújo Leonetti, Carolina Sena Vieira, Gilson Wessler Michels, Humberto Pereira Vecchio, Habitus Editora, 2021, p. 251 a 268.

MARIA REBELO AFONSO D' ALBUQUERQUE, *A Diretiva Antielisão Fiscal: Do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Monografias CIDEEFF n.º 1/ 2022, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022.

MATILDE DE SEABRA PAULO BARROSO, “*Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão*”, Dissertação de mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2017.

M. COSTA LOBO e P. LAINS (Eds.), *Em nome da Europa – Portugal em Mudança (1986-2006)*, Principia, 2007, p. 147 a 172.

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, *A determinação das competências tributárias entre Estados: Análise do critério da residência*, RCEJ n.º 28 – 2017, p. 097 a 145.

PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios de Direito internacional – do paradigma clássico ao Direito Europeu*, 2.º Edição, Almedina, 2010.

PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.ª Edição, Almedina, 2022.

PAULA ROSADO PEREIRA, “Capítulo II – Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, *Fiscalidade Internacional – Questões Atuais*, coordenado por: João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira, Almedina, 2023, p. 85 a 134.

PAULO DE PITTA E CUNHA, *A Harmonização Fiscal Europeia e o Sistema Fiscal Português*, Lisboa, 1990.

RITA CALÇADA PIRES, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2018.

RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007.

RUI MARQUES e PAULO MARQUES, *Direito Internacional Fiscal, Soberania e Territorialidade: Uma perspetiva Luso-Brasileira*, RJLB, Ano 3, 2017, n.º 3, p. 1065 a 1079.

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

SATURMINA MORENO GONZÁLEZ, “Implementation of the UE ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition”, *INTERTAX*, volume 49, Issue 12, general editor: Ana Paula Dourado, December 2021, LUCHTERHAND/Wolters Kluwer, p. 995 a 1012.

SÉRGIO VASQUES, *Direito Fiscal*, Almedina, 2011.

SHANNON K. O'NEIL, *The Globalization Myth: Why Regions Matter*, Yale University Press, 2022.

OCDE, “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, Paris, 2012, disponível em:

https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf

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

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

OCDE, “*Base Erosion and Profit Shifting, Final Reports - Information Brief*”, 2015, disponível em : <http://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-information-brief.pdf>

OCDE, Relatório Final sobre a Ação 2, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report”, OECD Publishing, 2015, disponível em:

<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>

CATARINA GONÇALVES e ROSA AREIAS, “*União Europeia – Proposta de Diretiva sobre entidades fictícias (“shell entities”) para efeitos fiscais*”, PwC, 2021, disponível em:

<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/flash/outros/pwc-flash-fiscal-uniao-europeia-proposta-de-diretiva-sobre-entidades-ficticias-shell-entities-para-efeitos-fiscais.html>

In *Dinheiro Vivo/Lusa*, 16 de janeiro de 2020, disponível em:

<https://www.dinheirovivo.pt/economia/governo-avanca-com-medidas-contras-fuga-ao-fisco-e-para-empresas-em-bolsa-12686413.html>

Princípio do primado do Direito da União Europeia, Lexionário, DRE – Diário da República Eletrónico, disponível em:

<https://dre.pt/dre/lexionario/termo/principio-primado-direito-uniao-europeia>

MARIANA BATISTA DE FREITAS E MARTA ESGUEDELHADO, “Portugal alia-se à OCDE na “guerra” às assimetrias híbridas”, *EASY TAX*, EY Portugal, 2020, disponível em:

<https://easytax.jornaleconomico.pt/portugal-alia-se-a-ocde-na-guerra-as-assimetrias-hibridas>

TERESA PALA SCHWALBACH e JOANA LEÃO ANJOS, “Assimetrias híbridas: transposição da Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho (Diretiva Antielisão fiscal)”, SÉVULO PUBLICATIONS, 2020, disponível em:

<https://www.servulo.com/en/knowledge/Assimetrias-hibridas-transposicao-da-Diretiva-EU-20161164-do-Conselho-de-12-de-julho-Diretiva/7140/>

ROGÉRIO FERREIRA, MARTA ALMEIDA, RITA ARCANJO, SORAIA SILVA e JOSÉ MARCELINO, “A Transposição em Portugal das Diretivas ATAD (Anti Tax Avoidance Directives 1 e 2): As Assimetrias Híbridas” Newsletter n.º 19/20, RFF Sociedade de Advogados, SP, RL, 2020, disponível em:

https://rfflawyers.com/xms/files/archive-2022-03/KNOW_HOW/Newsletters/2020/03_-_Marco/A_Transposicao_em_Portugal_das_Directivas_ATAD_-_Anti_Tax_Avoidance_Directive.pdf

Legislação consultada:

Constituição da República Portuguesa

<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>

Lei n.º 32/2019 de 3 de maio

<https://dre.pt/pesquisa/-/search/122217198/details/maximized>

Lei n.º 24/2020 de 6 de julho

<https://dre.pt/home/-/dre/137261493/details/maximized>

Lei Geral Tributária, Decreto-Lei n.º 398/ 98

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=253&tabela=leis&so_miolo=

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, Lei n.º 2/2014

<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2014-64205634>

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164>

Diretiva (UE) 2017/952, do Conselho, 29 de maio de 2017

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=EN>