



Chamir Mané Tavares

Master in Law
*Specialization in
International and
European Law*

**O Projeto BEPS da OCDE:
A Coerência do Direito Internacional Fiscal**

Dissertação com vista à obtenção do grau de:
Mestre em Direito Internacional e Europeu

Orientação:

Doutora Rita Calçada Pires, Professora na NOVA School of Law

Agosto de 2020

Declaração de Compromisso Anti Plágio

Declaro por minha honra que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada (tal como consta do art. 20.º-A do Regulamento do 2.º Ciclo e art. 8.º do Regulamento do 3.º Ciclo). Estou consciente de que a utilização de fontes alheias não identificadas constitui uma grave falta de ética e disciplinar.

Lisboa, 25 de Agosto de 2020

Agradecimentos

A primeira linha de agradecimentos vai para os meus pais, em especial para a minha mãe, que tanto se dedicaram no apoio incondicional durante estes 10 longos anos de ensino superior de algum sofrimento, algumas frustrações, mas acima de tudo de muitas conquistas.

Quero também aproveitar esta oportunidade para relembrar todos aqueles que me apoiaram nesta longa caminhada e sempre acreditaram em mim, mas que infelizmente já não se encontram fisicamente presentes entre nós para disfrutar este momento que marca, por um lado, o fim de um ciclo e, por outro, o início de uma nova etapa na minha vida. Aos meus avós, El Hadji Malam Mané e Cunadi Sanhá, ao meu grande amigo António “Tuti” Lopes, estou eternamente agradecido por tudo o que fizeram por mim e que Allah vos conceda a glória eterna.

Por fim, um muito obrigado à minha orientadora Rita Calçada Pires, com quem tive aulas e que me fez apaixonar pelo Direito Internacional Fiscal.

Lista de Abreviaturas, Siglas e Acrónimos

ADT – Acordo de Dupla Tributação

Art. – Artigo

ACE – *Allowance for Corporate Equity*

ATAD – Anti Tax Avoidance Directive

BEPS – Base Erosion and Profit Shifting

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEN – Capital Export Neutrality

Cfr. – Conforme

CIN – Capital Import Neutrality

D/NI – *Deduction without inclusion outcome*

DD – *Double deduction outcome*

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico

Para. – Parágrafo

RETGS – Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

Declaração de Conformidade do Número de Carateres

Declaro que o corpo da tese, ocupa um total de 171,880 caracteres, incluindo espaços e notas de rodapé. O Resumo ocupa 1603 caracteres e o *Abstract* ocupa 1602 caracteres, incluindo os espaços.

Lisboa, 25 de Agosto de 2020

Modo de citar

1. O modo de citar segue o disposto na Normas Portuguesas n.º 405.
2. As monografias são citadas com referência ao autor, título, local de publicação, editora, ano e página. Os artigos ou partes de livro são citados com referência ao autor, título do artigo ou parte de livro, revista ou livro, volume e/ou número, ano, páginas do artigo ou parte de livro e página, quando possível. A partir da segunda citação destes, é apenas feita referência a autor, título e página.
3. Quanto a obras ou artigos que foram consultados e obtidos através da Internet, a forma de citação será a seguinte: autor, título do artigo, data da publicação, hiperligação da Internet na qual foi obtido e data da consulta.
4. As palavras escritas no corpo do texto em língua estrangeira e latinismos são destacadas em modo itálico.
5. A maior parte das obras estrangeiras foram consultadas na sua língua original. Por vezes, se há uma tradução, esta é da responsabilidade do autor da presente dissertação.
6. A presente dissertação foi redigida conforme as regras do novo Acordo Ortográfico, com salvaguarda das transcrições feitas.

Resumo

O contexto atual em que vivemos é o de um mundo altamente globalizado e de novas tecnologias que ajudaram a catapultar as trocas comerciais entre nações para níveis históricos nunca vistos.

Com a liberalização da economia mundial, também a fiscalidade deixou de estar confinada a um espaço nacional para se assumir na cena internacional protagonizada pela interação dos vários sistemas de tributação que ocorre devido às situações plurilocalizadas. A ausência de concertação entre os Estados, no que concerne ao desígnio das regras fiscais de interação, deu lugar a um sistema de tributação internacional deficiente e do qual se aproveitaram os grandes grupos económicos que dispuseram de uma característica fundamental que possuem, a de ter atividades geradoras de rendimentos que operam numa base global, para explorar as incoerências que o Direito Internacional Fiscal quando confrontadas com algumas estruturas de planeamento fiscal com maior grau de complexidade.

Após algumas décadas de intensa erosão das bases de tributação nacionais e de deslocalização de lucros, o Projeto BEPS da OCDE está comprometido em aperfeiçoar o modo como o Direito Internacional Fiscal lida com o grupos de empresas de presentes em várias jurisdições, através de ferramentas de que se pretende dotar os Estados para que todos eles, de forma concertada, consigam neutralizar as práticas nefastas de planeamento fiscal capazes de pôr em causa a figura do Estado Fiscal.

Palavras-chave: Sistemas de Tributação, Direito Internacional Fiscal, Coerência, Globalização, Empresas Multinacionais, Planeamento Fiscal, BEPS.

Abstract

The current situation of the world in which we live in can be described as highly impacted by globalization and technological innovation which has also contributed to enhance trade numbers among nations increased to historic levels never seen before in time.

As the world's economy liberalization took place, taxation has also ceased to just be confined within a single tax jurisdiction by taking over in the international scene where the key role is played by the interface of national tax systems in the international marketplace due to cross-border transactions. The absence coordination between the States when it comes to the process of international tax rules legal drafting has gave rise to a crippled international taxation system that was taken advantage of by large economic groups that are gifted with this one key feature, settled activities income generators which fully operate on a global basis, providing them the ability to explore the inconsistent characteristics of international tax law when it has to deal with highly complex tax planning structures.

As result of a few decades of intense base erosion and profit shifting, the OECD BEPS Project is now committed to improving the way in which International Tax Law deals with multinational enterprises, typically located in several tax jurisdictions, by means of tools given to all States so that a coordinated joint action will put into force solution capable of neutralizing harmful tax planning practices.

Keywords: Tax Systems, International Tax Law, Coherence, Globalization, Multinational Enterprises, Tax Planning, BEPS.

Índice

Introdução.....	1
Capítulo I – Os Fundamentos da Fiscalidade Internacional.....	3
1. O Direito Internacional Fiscal.....	3
2. O Poder de Tributar e a Soberania Tributária.....	5
3. O Princípio da Territorialidade.....	7
4. Princípios básicos para alocação de competências entre jurisdições.....	8
4.1. Competência primária e competência secundária de tributação.....	13
4.2. Alinhamento de definições – Fonte e Residência.....	17
5. Relações verticais internacionais.....	18
5.1. Entre sociedade-mãe e sociedade-filha – Princípio da tributação autónoma.....	18
5.2. Entre sociedade-mãe e estabelecimento estável – Princípio da unidade jurídica.....	20
6. Relações horizontais internacionais.....	22
7. Transferência de ativos entre jurisdições.....	23
8. Direito Fiscal da União Europeia.....	25
8.1. Directiva Mães-Filhas.....	25
8.2. Directiva Juros e Royalties.....	27
Capítulo II – O Planeamento Fiscal Global.....	28
9. A origem do Projeto BEPS.....	28
10. Planeamento Fiscal Internacional.....	32
10.1. Globalização.....	32
10.2. Planeamento Fiscal.....	34
10.3. Planeamento Fiscal Legítimo.....	36
10.4. Planeamento Fiscal Abusivo.....	37
10.5. Planeamento Fiscal Agressivo.....	40
11. Assimetrias basilares dos Sistemas de Tributação das Empresas.....	44
12. Assimetrias dos Instrumentos Híbridos.....	46

12.1. Assimetrias dos Instrumentos Financeiros Híbridos.....	48
12.1.1. Resultado dedução sem inclusão.....	49
12.2. Assimetrias Entidades Híbridas	51
12.2.1. Resultado dupla dedução.....	52
12.2.2. Resultado dedução sem inclusão.....	54
12.2.3. Híbrido Reverso.....	55
12.3. Recomendações do Relatório Final da Ação 2.....	56
12.4. Diretiva Anti-Elisão.....	57
13. Concorrência Fiscal Prejudicial.....	60
13.1. A Ação 5 do BEPS.....	65
13.1.1. <i>The nexus approach</i>	66
13.1.2. Troca espontânea de informações vinculativas.....	68
14. Entidades Estrangeiras Controladas (CFC).....	69
14.1. A Ação 3 do BEPS.....	71
14.2. Diretiva Anti-Elisão.....	73
15. Regras de subcapitalização.....	75
15.1. Diretiva Anti-Elisão.....	78
Conclusão.....	80
Bibliografia.....	82

Introdução

A presente dissertação, cuja redação teve lugar em plena crise sanitária global (vale a pena mencionar), representa para mim o fim de um longo percurso académico e tem por objetivo concretizar num único trabalho as experiências vividas e derivadas do contacto permanente com o ramo da fiscalidade internacional, dentro e fora do mundo académico, que teve início com este curso de mestrado e fez despertar consciência em mim para os problemas reais e bastante atuais em torno desta área. A minha ambição de continuar a aprender cada vez mais sobre esta vastíssima área em constante mutação deve-se ao facto de estar intrinsecamente ligado à vida quotidiana, às novas tecnologias (enquanto um dos principais eixos para o desenvolvimento de qualquer sociedade) e à globalização, o que me leva a afirmar, sem quaisquer reservas, de que o Direito Internacional Fiscal é, por excelência, um dos ramos de direito do século XXI.

O trabalho que se segue vai misturar política fiscal e direito fiscal porque é exatamente isso que o Projeto BEPS da OCDE representa, o ponto de intersecção entre a Economia e o Direito. Para dar ferramentas ao leitor sem conhecimento de causa e que futuramente pretenda ler de forma mais aprofundada os 15 Relatórios da OCDE neste domínio do planeamento fiscal internacional dos grupos multinacionais, originalmente escritos em inglês e cuja transposição para o espaço europeu também foi negociado no mesmo idioma (embora neste último caso existam traduções para a língua portuguesa), iremos recorrer à utilização dos termos técnicos de raiz para não correr o risco de fazer traduções literais menos adequadas. Por vezes levantam-se dúvidas na interpretação do Direito Fiscal devido à falta de clareza e, quando assim é, nada melhor do que ir ver o que diz a Diretiva e depois, se necessário, recorrer aos Relatórios da OCDE. Esta vai ser a base do nosso trabalho, mas antes de lá chegar vamos precisar de fazer um enquadramento e definir conceitos que nos vão permitir trilhar um caminho até chegar às recomendações da iniciativa BEPS.

Como veremos, compreender a fiscalidade internacional das empresas necessita de uma prévia compreensão dos sistemas fiscais nacionais e o modo como estes interagem entre si perante situações plurilocalizadas, pelo que é exatamente isso que nos propomos a fazer ao longo dos próximos capítulos, de tal modo que nos vai permitir expor alguns esquemas e algumas estruturas de planeamento fiscal internacional utilizados pelos grandes agentes económicos, as grandes multinacionais que procuram a todo o custo explorar as diferenças entre dos sistemas de tributação dos diferentes países e que operam com o único propósito de obter a máxima poupança fiscal e, por conseguinte, maximizar o lucro depois dos impostos.

Capítulo I – Fundamentos da Fiscalidade Internacional

1. O Direito Internacional Fiscal.

O ponto de partida para compreender este ramo de direito que regula a disciplina da fiscalidade internacional passa por interiorizar que os sistemas de tributação de empresas¹ partilham a mesma estrutura e interagem entre si. O Direito Fiscal de cada Estado define de forma unilateral o corpo de regras que legitimam a tributação nos respetivos territórios. Intensificando-se cada vez mais as operação além-fronteiras, com ligações a dois ou mais Estados e todos com critérios de tributação não harmonizados, se nada fosse feito para lidar com esta nova realidade de uma economia mundial altamente liberalizada, podíamos ter situações de múltipla tributação em que vários países se arrogam na competência para tributar com base no que ditam as suas leis domésticas. Também, devido ao facto de os sistemas de tributação nacionais terem seguido rumos diferentes naquilo que foi a sua evolução ao longo dos anos no processo de adaptação às novas realidades, as singularidades que cada um desses sistemas foram apresentando no mercado internacional à disposição dos grandes atores da cena comercial internacional, abriu-se caminho aos grandes grupos multinacionais na sua incansável procura de oportunidades para contrapor as peculiaridades das regras de cada país e com isso minimizar o peso dos impostos nos lucros auferidos.

A solução para este problema passou pela implementação de um quadro de referência conceptual a nível internacional capaz de ser reproduzido por via dos instrumentos jurídicos ao dispor dos Estados. É neste contexto que surge o

¹ “... materializam um conjunto de elementos técnico interrelacionados que, formando uma estrutura integrada, interagem com vista a o desempenho de uma função.” Mendes, António Rocha – *O IRC e as Reorganizações Empresaria*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, pág. 19.

Direito Internacional Fiscal e que tem por objeto a interação entre sistemas de tributação.²

Sobre a génese do Direito Internacional Fiscal, Rita Calçada Pires refere-se a este ramo de Direito como sendo aquele que se foca nos “problemas fiscais que as situações fiscais internacionais suscitam”, e por “problemas fiscais” a autora refere-se às “situações da vida que se encontram e se desenvolvem em mais do que uma jurisdição fiscal”.³

Na doutrina, alguns autores tendem a distinguir Direito Fiscal Internacional e Direito Internacional Fiscal⁴ com base na teoria dualista da relação entre Direito Internacional e Direito Nacional. Conforme a explicação de Paula Rosado Pereira “a distinção proposta por defensores da teoria dualista, o Direito Internacional Tributário seria constituído por normas de origem internacional e destinar-se-ia a disciplinar as relações entre Estados (enquanto sujeitos de Direito Internacional Público) no que toca a matéria tributária, ao passo que o Direito Tributário Internacional seria constituído por normas internas e destinado a disciplinar a competência tributária internacional *dos Estados*”⁵, mas conforme é apontado por Alberto Xavier, “à luz desta visão, as normas de origem internacional nunca regulariam como tal as questões tributárias

² “A study of international taxation requires familiarization with both domestic taxation laws of individual countries and international tax law. There is no international “tax system” as such; each country has its own domestic system that has often been developed over a long period of time” Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation*, 6th edition, Bloomsbury Professional, Londres, 2017, pág. 20.

³ Cfr. Pires, Rita Calçada – *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 16.

⁴ Cfr. Pires, Manuel – *Problemática do Direito Internacional Fiscal*, Imprensa Nacional – casa da Moeda, 1987, pág. 9, o autor sugere que se esta perante Direito Fiscal Internacional e Direito Internacional Fiscal quando, respetivamente, a regulação das situações plurilocalizadas seja feita através de normas internas ou de normas internacionais.

⁵ Cfr. Pereira, Paula Rosado – *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 55.

internacional”⁶ como acontece, por exemplo, com as disposições dos acordos bilaterais em matéria de dupla tributação.

Numa altura em que os Estados tentam garantir a arrecadação da sua “*fair share*” das receitas que resultam de operações transfronteiriças, o Direito Internacional Fiscal tem vindo a assumir cada vez maior importância devido ao fenómeno da erosão das bases de tributação e deslocalização dos rendimentos (BEPS) e que muitos atribuem a culpa à globalização, à inovação e aos novos modelos de negócios que se aliaram às novas tecnologias e, como vamos poder constatar, à inadequação dos sistemas de tributação ao mundo atual e em constante mutação.

2. O Poder de Tributar e a Soberania Tributária.

O modelo de tributação assente em elementos de conexão adotado por todos os Estados contemporâneos é uma manifestação da soberania tributária, conceito distinto do poder de tributar ou soberania *lato sensu*.

O poder de tributar, a par do monopólio do uso legítimo da força, é uma das grandes marcas da soberania de um Estado, que se esgota dentro dos limites da soberania tributária e encontra o seu fundamento no vínculo que um determinado Estado estabelece com os seus nacionais. Por seu turno, o conceito de soberania tributária limita-se a traçar os limites da competência do Estado, dentro dos quais é possível exercer o poder de tributar.

Na literatura fiscal internacional foram duas as teorias que prevaleceram nos primórdios para justificar o poder inelutável de tributar: a teoria protecionista do poder de tributar e a teoria de controlo do poder de tributar.⁷ À luz a teoria protecionista do poder de tributar, a proteção conferida pelo Estado dentro dos

⁶ Cfr. Xavier, Alberto – *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 91.

⁷ Cfr. Jogarajan, Sunita – *Double taxation and the League of Nations*, Cambridge University Press, 2018, pág. 9.

limites traçados pelas suas fronteiras é o motivo pelo qual o Estado se arroga no poder de tributar pessoas, propriedades e atos que manifestem criação de riqueza.

Por outro lado, a teoria de controlo faz alusão ao poder de tributar, pura e simplesmente, porque faz parte do leque de atributos de um Estado soberano, sobejamente reconhecidos pelo Direito Internacional Público, sem que a imposição de tributos esteja dependente de outras contrapartidas como o de conceder proteção ou prestar qualquer outro serviço aos contribuintes.

Note-se que soberania tributaria pode, quando materializada em regras de interação, estender-se além-fronteiras e é nessa medida que essas tais regras necessitam de ser consensualizadas entre os vários Estados e implementadas através das próprias normas da legislação nacional, nos ADT's ou em instrumentos multilaterais.⁸ As leis de natureza tributária têm origem no parlamento, ou no órgão de soberania equivalente de determinado país, porque que só o Estado tem o direito de versar sobre elas com base nos poderes de autoridade (*Ius Imperii*) de que dispõe e que estão na origem da relação jurídica tributária que se configura como objeto principal do Direito Fiscal de fonte nacional.

A soberania tributária é definida pela autora Paula Rosado Pereira como “manifestação específica da soberania do Estado que lhe permite criar e implementar a sua própria política fiscal”⁹, e é com base nessa soberania que os Estados, na ausência de consensualização internacional, definem de forma unilateral os critérios de tributação adotados e vertidos nas previsões normativas das suas leis, ainda que este exercício dos poderes de soberania esteja sujeito a

⁸ “Porque o Estado não é já o foco de poder na cena nacional e internacional, porque as suas decisões estão condicionadas pela presença de outros focos de poder e porque o próprio Estado a utolimita o seu poder, compreende-se o enfraquecimento poder fiscal do Estado. A fragmentação da soberania fiscal surge, em grande medida, pela crescente existência de compromissos assumidos internacionalmente. Os compromissos bilaterais e multilaterais são fator de autolimitação do poder por parte das administrações fiscais.” Rita Calçada Pires – *Manual de Direito Internacional Fiscal...* pág. 16

⁹ Cfr. Pereira, Paula Rosado – *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu ...* pág. 21

algumas limitações, nomeadamente àqueles limites fixados pelo Direito Internacional Público.

Alberto Xavier categoriza a soberania tributária em duas dimensões:¹⁰ a soberania pessoal e a soberania territorial. O autor descreve uma dimensão pessoal da soberania que incide sobre todas as pessoas nacionais de determinado Estado, sem olhar à presença física dos sujeitos naquele território, e sugere também uma a dimensão territorial que se esgota no poder que o Estado têm em legislar sobre pessoas, coisas ou factos, que se localizem dentro dos seus limites territoriais, sendo que estas duas dimensões configuram os limites que o Direito Internacional reconhece ao poder de tributar do Estado e o impede de tributar estrangeiros em função de situações puramente arbitrárias que não tenham qualquer conexão com o seu território.

Historicamente, a soberania tributária encontrava fundamento na doutrina pertença política (*political allegiance*), teoria que justifica a tributação com base no critério da nacionalidade e que deixou de fazer sentido com a massificação da mobilidade internacional levando a que ligação de muitas entidades com os respetivos países de origem passasse a ser meramente nominal.

Foi já no final do século XIX que se desenvolveu a doutrina da pertença económica (*economic allegiance*) que sugere que os impostos devem ser cobrados com base no interesse económico dos contribuintes naquele território e, para esse efeito, adotar no contexto internacional um misto de regras de tributação que tomem por referencia o elemento pessoal (a Residência) e o local onde o rendimento foi produzido (a Fonte).

¹⁰ Cfr. Alberto Xavier – *Direito Tributário Internacional...* pág. 9.

3. O Princípio da Territorialidade.

A eficácia espacial do poder de tributar rege-se tradicionalmente pelo princípio da territorialidade, segundo o qual “as leis tributárias apenas se aplicam aos factos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem”.¹¹ Sob a égide da vertente positiva, à luz do qual o Direito Fiscal aplica-se no território nacional de forma geral e abstrata, este princípio tem por objetivo afastar a nacionalidade enquanto critério com base no qual o Estado pode arrogar-se competente para tributar, justificação esta de que é apologista vertente negativa do princípio da territorialidade. Concordamos com Alberto Xavier quando este afirma que a vertente positiva deste princípio não se pode satisfazer ao traçar um “mínimo de conexão” com o território para que o Estado possa chamar a si a competência tributária, limitando-se apenas a afastar o critério da nacionalidade.¹²

Veja-se o exemplo de Portugal onde a tributação com base no princípio da territorialidade vem assegurada no artigo 13.º da LGT de forma muito objetiva, tipificando-se as situações que devem ser consideradas para efeitos de conexão com o ordenamento português. O n.º 1 do artigo 13.º *supra* mencionado reflete o princípio da territorialidade real, segundo o qual é reconhecida ao Estado português competência para tributar todos os rendimentos com origem no seu território. Por sua vez, no n.º 2 do mesmo artigo emana o princípio da territorialidade pessoal, segundo o qual a tributação em Portugal ocorre em função do local de residência do sujeito passivo.

Tal como acontece em Portugal, nos outros ordenamentos a regra é a da conjugação de ambos os princípios, da territorialidade real e da territorialidade pessoal, com exceção aos Estados Unidos da América que se guia pelo critério da nacionalidade.

¹¹ *Ibidem*, pág. 23

¹² *Ibidem*.

4. Princípios básicos para alocação de competência tributária entre jurisdições.

O princípio da territorialidade, segundo o qual cada Estado invoca a respetiva soberania para tributar pessoas, coisas ou factos, com ligação ao seu território encontra-se fundamentalmente materializado em dois principais elementos de conexão: o elemento de conexão Residência e o elemento de conexão Fonte.

Desde os anos 1920's que, na sequência dos relatórios sobre dupla tributação redigido por quatro economistas (*The Four Economists*) a pedido do Comité das Finanças da Liga das Nações¹³ e dos relatórios do Comité dos Peritos Fiscais de 1925 integrado peritos das administrações fiscais de vários países, um Estado pode arrogar-se competente para tributar se for o Estado da Fonte ou se for o Estado da Residência. O Estado da Fonte seria aquele onde são gerados os rendimentos e o Estado da Residência onde reside do titular dos rendimentos em causa. Logo, desde que num Estado se verifique a fonte do rendimento ou a residência do investidor, de acordo com as regras que foram consensualizadas a nível internacional, esse Estado tem o direito de tributar aquele rendimento.¹⁴ O direito de tributar com base na residência do investidor (*residence jurisdiction*) inclui o direito de tributar os rendimentos do sujeito

¹³ Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir. Josiah Stamp, Geneva, 5 April 1923, League of Nations, Doc. E.F.S.73.F.19

¹⁴ Sobre o papel estrutural que o elemento de conexão Residência desempenha nos impostos sobre o rendimento, Gustavo Lopes Courinha identifica duas funções essenciais no quadro das transações internacionais. Primeiro, o recém-empossado Juiz Conselheiro do STA vê na própria qualidade de residente, da entidade devedora ou pagadora dos rendimentos, um elemento fundamental que possibilita situar no Estado da Fonte determinado facto através do qual é justificada a tributação de um sujeito passivo não residente. Este facto permite ainda, no âmbito dos deveres de cooperação, a aproveitamento das estruturas de quem está obrigado a ter contabilidade organizada para impor a assunção de obrigações fiscais primárias enquanto substitutos tributários e proceder à retenção na fonte do imposto sobre o rendimento pago ou colocado à disposição. Depois, o autor identifica este elemento de conexão, a residência, como elemento responsável pela modelação da relação jurídica fiscal. Lopes Courinha, Gustavo – *A Residência no Direito Internacional Fiscal*, Almedina, 2015, págs. 41-42.

passivo numa base universal (*world wide income*), independentemente da origem dos mesmo. Quando se tributam rendimentos de sujeitos passivos residentes de forma universal, o Estado da Residência fá-lo exercendo a sua soberania tributária de forma extraterritorial e, a nosso ver, fá-lo bem tomando em consideração o princípio da capacidade contributiva que, naturalmente, abrange os rendimentos auferidos em território estrangeiro.

Por sua vez, o direito de tributar com base na fonte dos rendimentos (*source jurisdiction*) obtidos pelo contribuinte circunscreve-se àqueles rendimentos obtidos no território daquele Estado. O Estado da Fonte não tem poder de exercer a sua soberania de forma extraterritorial para tributar todos os rendimentos auferidos por sujeitos não residentes porque, como entende Rita Calçada Pires, o direito que lhe assiste “é um direito do espaço fiscal respetivo que não poderia tributar outros rendimentos, que não apenas os originados no seu território” devido à inexistência de qualquer tipo de conexão (*taxation point*) e de pertença económica (*economic allegiance*).¹⁵ O exercício da soberania tributária do Estado da Fonte é uma soberania restrita ao espaço territorial demarcado pelas respetivas fronteiras.

Na altura, foi esta a solução adotada para evitar a múltipla tributação internacional, mas mesmo assim permaneceram dois problemas. Primeiro, embora tivesse sido um bom desenvolvimento a consagração de dois elementos de conexão (Fonte e Residência) na procura da resolução para o problema da múltipla tributação, se numa transação internacional estiverem os dois elementos presentes e se, naturalmente, o Estado da Fonte e o Estado da Residência forem distintos, ambos os Estados têm direito a tributar e nessa medida continua a estar presente uma dupla tributação quando o objetivo é de que apenas um Estado possa tributar o rendimento. Veja-se o seguinte diagrama:

¹⁵ Cfr. Rita Calçada Pires – *Manual de Direito Internacional Fiscal...* pág. 63.

Diagrama 1:



Com a criação dos elementos de conexão Fonte e Residência, pensou-se ter dado um passo gigantesco que eliminava a possibilidade de haver múltipla tributação com vários Estados a arrogarem competência para tributar com base no seu corpo de regras nacionais, mas isso não foi suficiente para resolver o problema da dupla tributação porque restariam dois Estados com pretensões tributárias como ilustra o **Diagrama 1**. Depois, precisamente porque cada Estado é soberano para criar e implementar a sua própria política fiscal e, portanto, definir de forma unilateral os elementos de conexão para efeito de aplicação das leis nacionais, voltávamos ao ponto de partida. O desalinhamento de várias definições sobre o que é Fonte e o que é Residência podia conduzir à situação em que vários países diziam ser o Estado da Fonte e/ou o Estado da Residência.

Diagrama 2:



¹⁶ Roy Rohatgi explica em que medida a prevalência dos ambos os elementos de conexão podem conflituarem entre si: “Residence-Source conflicts: the same income is taxed twice, first by the country where it is derived under its “source rules”, and then in the country where the taxpayer resides under its “residence rules”.” Rohatgi, Roy – *Basic International Taxation – Volume 1: Principles*, Taxmann, 2007, pág. 17.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 17 “Source-Source conflicts: two or more countries claim the same income of a taxpayer as sourced in their country; Residence-Residence conflicts: two or more countries regard the same taxpayer as sourced in their country.”.

O princípio da pertença económica repartido em dois elementos de conexão com os ordenamentos foi um bom desenvolvimento, mas algo mais necessitou de ser feito para prevenir que, por exemplo, o **Estado A** pudesse afirmar ser o país da residência da **Sociedade X** porque foi no seu território se lavrou o respetivo registo comercial, ao mesmo tempo que o **Estado B** diz ser o país da residência da **Sociedade X** porque é no seu território que a empresa tem de facto a sua direção efetiva. Como de pode ver com a representação do **Diagrama 2**, perante a possibilidade de existirem diferentes critérios de Fonte e de Residência, na ausência de harmonização continuaríamos a ter situações de múltipla tributação com vários Estados a arrogarem competência tributária de acordo com a suas leis nacionais porque os contribuintes em causa cumprem aqueles critérios.

A solução para este problema passou por consensualizar a nível internacional um quadro que depois foi adotado pelos sistemas fiscais através das leis domésticas, através de tratados de dupla tributação que incorporam esses consensos e através de ação multilateral, nomeadamente diretivas que no seio da União Europeia tem um impacto tremendo.

Quando se fala em dupla tributação subentende-se de que se está a falar em dupla tributação jurídica, que se resume à situação em que um único facto tributário é apanhado pelas normas de incidência objetiva e subjetiva de dois impostos da mesma natureza. Alberto Xavier defende tratar-se de um conceito adotado pelo Direito Fiscal para retratar situações de concurso de normas de direito tributário, por estarem presentes os requisitos da identidade do facto e da pluralidade de normas.¹⁸ Rita Calçada Pires refuta esta ideia de existir conflito de normas porque não vê na dupla tributação uma verdadeira colisão de normas, incompatíveis entre si, mas somente uma cumulação de pretensões.¹⁹

Num mundo globalizado e cada vez mais integrado, entendemos que a cumulação de duas ou mais pretensões da mesma natureza em matéria de

¹⁸ Cfr. Xavier, Alberto – *Direito Tributário Internacional...* pág. 31.

¹⁹ Cfr. Calçada Pires, Rita – *Manual de Direito Intemacional Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 125.

tributação dá lugar a situações absolutamente antagónicas que, não se limitando apenas a agravar a carga fiscal dos contribuintes, penalizam fortemente o fluxo das transações fronteiriças de que a atual economia mundial hoje não pode prescindir. Tal como domesticamente seria impensável a coexistência de dois impostos da mesma natureza a incidir sobre o mesmo sujeito passivo e a sobre a mesma manifestação de riqueza, no panorama internacional devemos pensar da mesma forma. E para sustentar a nossa posição, podemos até confrontar a posição assumida por Rita Calçada Pires sobre concurso de normas com uma afirmação da mesma da mesma autoria que defende que “a fiscalidade deixa cada vez mais de ser confinada a um espaço nacional, limitado por fronteiras geográficas bem definidas, para se assumir num plano mundial onde os interesses de contribuintes e administrações fiscais estão em direta concorrência”.²⁰ Posto isto, do ponto de vista da eficiência económica defendemos que existe colisão e impossibilidade lógica em situações de dupla tributação, logo, estamos perante verdadeiros casos concursos de normas.²¹

4.1. Competência primária e competência secundária de tributação.

Um dos grandes objetivos da fiscalidade internacional é o de assegurar que só há um nível de tributação (*single taxation principle*)²² e quando isso não

²⁰ Calçada Pires, Rita – *Notas de reflexão: acordos para evitar e para eliminar a dupla tributação no direito internacional fiscal do século XXI*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, A.1 nº 2, Coimbra, 2008, pág. 184.

²¹ “It is generally desirable that a country’s international tax rules are compatible with those of other countries. In our globalized economy, where capital freely flows between most countries, a sensible government would not want to impose significantly harsher international tax rules on investors into its country than those implemented by other countries, which results in an outflow (or minimal or no inflow) of resources from (into) the country. [...] In addition, business and foreign investor certainty is enhanced if a country’s tax rules are compatible with those of the country (or countries) with which the foreign investor is already familiar, such as its home country.” Holmes, Kevin – *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, IBFD, 2014, pág. 6.

²² “According to the single tax principle, income from cross border transactions should be subject to tax once (that is, neither more nor less than once). This principle incorporates the traditional goal of a voiding

acontece faz-se perigar os fluxos económico internacionais tornando-os ineficientes,²³ quer com a imposição de dupla tributação que conduzem ao apuramento de taxas efetivas extremamente elevadas sobre as operações transfronteiriças, quer com a ocorrência do fenómeno da dupla não tributação que pode ser visto como uma oportunidade para elidir a tributação ao nível doméstico e provocar a erosão das bases de tributação nacionais.

Para complementar o princípio da tributação singular, o princípio do benefício (*benefits principle*) lida com a forma como as bases de tributação devem ser distribuídas entre as várias jurisdições. Com a Liga das Nações, o que se fez a nível internacional para que apenas um dos Estados pudesse tributar os fluxos que correm entre ambos, Fonte ou Residência, foi criar os conceitos de direito primário e direito secundário de tributação,²⁴ e duas categorias de rendimento – rendimento ativo (*active income*)²⁵ e rendimento passivo (*passive income*)²⁶. Se o rendimento auferido for de natureza ativa, é o Estado da Fonte que tem primazia tributária, se for de natureza passiva é o Estado da Residência que tem precedência tributária, garantindo deste modo que não há cumulação de pretensões que provoquem o aumento súbito da taxa de tributação efetiva,

double taxation, in addition to the developing goal of avoiding double nontaxation (or undertaxation). The single taxation principle can be justified as a goal of the international tax regime, on both theoretical and practical ground” Avi-Yonah, Reuven; Sartori, Nicola; Marian, Omri – *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011, pág. 156.

²³ “Economic efficiency is concerned with developing the competitiveness of a country’s economy, ideally by ensuring that taxation does not drive a wedge into optimal investment decision-making. This means that, because investors will make investment decision that generate the maximum return to them, the tax impost on the pre-tax return from an investment should not distort the after-tax return on the investment and thereby create a bias in the investor’s decision making-process.” Holmes, Kevin – *International Tax Policy and Double Tax Treaties...* pág. 5.

²⁴ Direito residual de tributação.

²⁵ Rendimento ativo é o que resulta da atividade comercial normal de uma empresa, incluindo o rendimento de serviços prestados.

²⁶ Por oposição rendimento ativo, os rendimentos passivos são todos aqueles que não derivam de uma iniciativa empresarial e que, por regra, não envolvem custos (há custo de oportunidade do capital, naturalmente). Existe equivalência tendencial entre o que foi pago e o rendimento bruto auferido devido à irrelevância económica dos gastos associados às operações.

manifestamente desproporcional às operações de igual natureza confinadas a uma única jurisdição. Esta estratégia de neutralidade na importação de capitais (CIN) permite não só, estimular a eficiência económica dos fluxos na medida em que a tributação deixa de ser um peso acrescido na decisão dos agentes económicos, mas também promover a equidade fiscal sobre a tributação dos rendimentos obtidos no em determinado territórios independentemente de se tratarem de investidores nacionais ou estrangeiros.

Ainda, quando a jurisdição a quem é concedido o direito primário de tributação e este não o exerce, a outra jurisdição a quem é concedido o direito secundário de tributação pode fazê-lo, prevenindo-se a dupla não tributação que premeia a obtenção de rendimentos de fonte transnacional, em detrimento dos rendimentos de fonte exclusivamente nacional. Se é verdade que a neutralidade na exportação de capitais (CEN) está para garantir a liberdade dos contribuintes em enveredar por investimentos dentro ou fora do país, não é menos verdade a o Direito Fiscal Internacional tem de assegurar os rendimentos de fonte estrangeira são igualmente onerados pela fiscalidade tanto quanto os rendimentos de fonte nacional.²⁷

Quer seja Estado da Fonte ou o Estado da Residência, cada qual tem um direito primário de tributar associado a uma determinada categoria de rendimento, o que significa que o Estado que fica competência secundária para tributar é quem tem de lidar com o problema da dupla tributação, alterando um dos elementos da equação fiscal fundamental²⁸ do seu país.

Quando um Estado tem competência primária para tributar, não altera nada na sua equação e tributa de acordo com as regras aplicáveis internamente, ao passo que o outro Estado que tem competência secundária vai ter que atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional, alterando um dos elementos da

²⁷ “... CIN and CEN also became the normative starting point for the desirable allocation of taxing rights within the international society of states and individuals as a whole.” Peters, Cees – *On the Legitimacy of International Tax Law*, IBFD Doctoral Series, 2014, pág. 159.

²⁸ Matéria Coletável x Taxa de Imposto = Imposto a pagar.

equação fiscal. Como? Ou o rendimento não entra na base tributável, ou entra na base tributável e é sujeita a uma taxa mais reduzida do que a aplicável aos rendimentos de fonte doméstica ou então atribui-se um crédito de imposto. Como já vimos, o princípio filosófico por trás destes elementos de conexão (a doutrina da pertença económica) ajudou a determinar qual o Estado que efetivamente mais contribuiu para a obtenção de cada uma das categorias de rendimentos. No caso do rendimento ativo determinou-se que é o Estado de Fonte porque é onde o investidor se encontra de facto a laborar, logo, é natural que haja uma maior pertença económica àquele território.²⁹ Já o rendimento passivo, porque se trata de rendimento de investimento, quem de facto tem maior ligação a aquele tipo de rendimentos e, portanto, maior legitimidade para tributar, é o Estado onde reside o investidor, pese embora a rentabilidade tenha sido gerada pelo Estado da Fonte. Perfilhamos a teoria de que a verdadeira fonte destes rendimentos de natureza passiva é, na verdade, o Estado da Residência do investidor onde de facto o produto que deu origem àqueles rendimentos foi fabricado e, no Estado da Fonte, a contribuição de valor limitou-se à mera colaboração no processo de distribuição.³⁰ Note-se que, quando se desenhou esta arquitetura, no caso do rendimento passivo, a competência primária que se atribuiu ao Estado da Residência não foi exclusiva, querendo isto dizer que quem tem competência secundária também pode tributar aquele rendimento mas só depois de criar mecanismos para, no mínimo, atenuar a dupla tributação internacional. Sem especificar o tipo de rendimento em causa, Rita Calçada Pires afirma que quando reconhecida competência partilhada dos Estados para tributar, no processo de repartição da matéria coletável “à fonte deve pertencer grande parte da receita tributária e não apenas a menor parte [...] dada a sua maior possibilidade de

²⁹ “Regra geral, é o Estado da fonte que fornece a maior parte ou todos os benefícios relevantes para a produção do rendimento. Sem as oportunidades económicas deste Estado o rendimento não teria sido gerado. Assim, tal como em relação à equidade individual, a equidade inter-nações tende fortemente para a tributação exclusiva pelo Estado da fonte.” Oliveira, V. Cunha – *Tributação do Rendimento – Tributação Mundial vs Tributação na Fonte*, Vida Económica, 2005, pág. 70

³⁰ *Ibidem* pág. 52

conhecimento das matérias tributáveis”.³¹ Temos a dizer que tal afirmação faz todo o sentido, mas apenas na medida em que se trate de rendimento ativo, sendo que se em causa estiver rendimento de natureza passiva, o argumento deve ser aplicado *a contrario sensu*.

4.2. Alinhamento de definições – Fonte e Residência

Para evitar ter vários países arrogarem competência tributária devido ao desalinhamento das definições de Fonte e de Residência, acordou-se a nível internacional uma definição para ambos os elementos conexão. Para rendimentos empresariais, a definição de Fonte adotada é a de Estabelecimento Estável (*Permanent Establishment*)³² que pode ser visto em termos conceptuais como um limiar de presença tributável. Por exemplo, a **Sociedade X** pode ter vários tipos de presença num Estado diferente àquele onde é fiscalmente residente e a presença naquele território pode oscilar entre a simples reunião de negócios, a distribuição de folhetos até ao estabelecimento de uma empresa com escritórios e pessoal contratado. Por sua vez, o que a definição de Estabelecimento Estável faz é criar um limiar de presença acima do qual há lugar a tributação e abaixo do qual não pode haver tributação no Estado da Fonte. Apenas verificado esse limiar é que o Estado se pode arrogar na competência de tributar com base no elemento de conexão Fonte, pelo que quando falamos de Estabelecimento Estável estamos a falar de uma presença mínima em território alheio ao Estado da residência. E qual é essa presença mínima? É ter uma instalação fixa para o exercício da atividade económica ou um agente dependente. Mas existem duas grandes exceções à regra da presença mínima que foram muito exploradas pelos grandes

³¹ Cfr. Calçada Pires, Rita – *Manual de Direito Internacional Fiscal...* 2009, pág. 127

³² Existem três grandes modelos de convenções de dupla tributação. Existe o modelo da OCDE, o modelo da ONU e o modelo dos EUA. Os norte americanos têm o seu próprio modelo de convenção de dupla tributação, similar ao modelo da OCDE, com base no qual celebram todos os tratados de dupla tributação com outros países. O modelo de convenção de dupla tributação dos EUA não faz menção ao conceito de Estabelecimento Estável, faz menção a um conceito que é similar que se chama “*Engaged in a US Trade or Business*”.

grupos de empresas para fazer planeamento fiscal agressivo. Existem atividades que podiam estar acima do limiar de presença fixado pelo conceito de Estabelecimento Estável e são elas as atividades auxiliares ou preparatórias e os agentes independentes.³³

Quanto à definição de Residência (empresarial) existem dois critérios: o critério formal segundo o qual uma sociedade é residente no Estado onde tem o seu registo comercial; e o critério material nos termos do qual uma sociedade reside no Estado onde tem a sua direção efetiva (*effective management and control*)³⁴. Entendemos que definição de direção efetiva se trata de um conceito indeterminado e suscetível de gerar várias interpretações ao ponto de não servir o propósito a que se propõe, o de alinhamento de definições.³⁵ Atualmente, muitas jurisdições combinam as duas abordagens dizendo que uma sociedade é residente se tiver o registo comercial ou a direção efetiva no país. Quando dois Estados reclamam ser o país da residência, existem regras de desempate (*tie-breaker rules*) que, no MCOOCDE, aponta a residência da sociedade para o Estado onde está a direção efetiva³⁶ e, no modelo dos EUA, decide a favor do país onde foi lavrado o registo comercial.

³³ A este respeito, ver o artigo 5º do MCOOCDE.

³⁴ No parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4º do MCOOCDE de 2010, “direção efectiva é o local onde são tomadas, na sua substância, as decisões chave tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução das atividades, na sua globalidade”

³⁵ Cfr. “Na prática, a efectiva apreciação e avaliação do que se entende por “direção efectiva” acaba por ser efectuada no seio de cada Estado que aplica a Convenção, pelo inspector tributário, pela empresa ou pelos tribunais em função de uma panóplia de elementos que, isoladamente por si, podem ser irrelevantes ou insuficientes.” Sousa da Câmara, Francisco – *A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação*, In Cadernos de CTF, nº 403, 2001, pág. 73

³⁶ Artigo 4º n.º 3 do MCODE.

5. Relações verticais internacionais.

5.1. Entre sociedade-mãe e sociedade-filha – Princípio da tributação autónoma.

Em virtude da relação vertical estabelecida entre duas entidades, sociedades-mãe e sociedades-filha residentes em Estados diferentes, pese embora o facto de pertencerem ao mesmo grupo de empresas e sob a égide da mesma política unitária de negócios,³⁷ o Estado onde reside a primeira entidade só pode tributar rendimentos obtidos pela outra, residente noutro Estado, se esta distribuir dividendos ou se a sociedade-mãe alienar a participação que tem no capital social da sociedade-filha. Isto acontece porque os sistemas de tributação das empresas tendem a reconhecer autonomia funcional e patrimonial a algumas entidades e, derivado a isso, reconhecer-lhes personalidade tributária passiva separada dos seus proprietários. Peter Harris entende que, o facto de um conjunto de empresas apresentarem padrões comportamentais numa perspetiva de unidade económica e, derivado a isso, não obterem o devido tratamento de acordo com a realidade material por causa da autonomia funcional e patrimonial que lhes é reconhecida, criou as condições necessárias para que os grupos manipulem as relações estabelecidas entre si de modo a obter a maior poupança fiscal possível.³⁸ A partir da segunda metade do século XIX, marcada pelo substancial crescimento das estruturas empresariais e pelo aumento considerável do número de detentores de participação social, a tradicional suposição de que quem participava no capital social das sociedades podia reunir as qualidades de investidor e

³⁷ “Corporate group members submit to a unitary business policy. This unitary business policy, which covers most business areas (including marketing, production and sales, research and development, financial and labour policy), submits group members to a global business strategy whereby assets, profits and personnel are transferred to those affiliates where the return on capital is highest (for comparable risks).” Correia, Miguel G. – *Taxation of Corporate Groups under a Corporation Income Tax: An Interdisciplinary and Comparative Tax Law Analysis*, PhD thesis, London School of Economics and Political Science (United Kingdom), pág. 80.

³⁸ Cfr. Harris, Peter – *Corporate Tax Law: structure, policy and practice*, Cambridge University Press, 2013, pág. 44.

gerente/administrador começou a levantar algumas questões em torno da ficção meramente legal através do qual é permitido autonomizar responsabilidades. Consequentemente, a responsabilidade limitada passou a ser concedida apenas aos detentores de capital sem participação (direta) na gerência/administração, desresponsabilizando-os das obrigações financeiras das respectivas sociedades.³⁹

Se por um lado, afigura-se vantajoso estabelecer uma entidade legal por intermédio de uma subsidiária estrangeira de modo a diferir o pagamento de impostos no Estado onde reside o investidor,⁴⁰ por outro existe a contrapartida de não poder ser feito o reporte de prejuízos fiscais a serem aproveitados para contrapor ao lucro apurado pela sociedade-mãe no Estado da Residência.

5.2. Entre sociedade-mãe e estabelecimento estável – Princípio da unidade jurídica.

Quando uma sociedade pretende estabelecer a sua atividade em território diverso àquele em que é residente, pode fazê-lo por via de duas opções: através de estabelecimento primário, com a constituição de uma filial (entidade com personalidade tributária passiva); ou por intermédio de estabelecimento secundário no outro Estado, através de uma estrutura de negócios veiculada através de um estabelecimento estável⁴¹ (entidade sem personalidade tributária passiva).

Conceptualmente, vimos que um estabelecimento estável representa um limiar de presença tributária que deriva da atividade comercial que uma

³⁹ A respeito do desenvolvimento histórico da atribuição da personalidade jurídica a entes empresariais, vide Ting, Antony – *The taxation of Corporate Groups Under Consolidation*, Cambridge, 2012, pág. 13.

⁴⁰ “This deferral of parent company tax on the foreign profits provides an advantage compared to a branch operation, and if a subsidiary is located in a jurisdiction with a lower tax rate than the parent company, it represents a tax saving for the worldwide group of companies. It is this deferral advantage that leads to the adoption of controlled foreign company rules...” Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation...* pág. 326.

⁴¹ Para este efeito, considere-se uma instalação fixa.

sociedade desenvolve num Estado diferente daquele em que é residente. Geralmente, ao estabelecimento estável tende a ser aplicado um regime de transparência fiscal que, em termos práticos, obriga a que os lucros obtidos no Estado da Fonte tenham obrigatoriamente de constar na declaração periódica de rendimentos da entidade (com personalidade tributária passiva) estabelecida no Estado da Residência e com a qual são estabelecidas relações. Isto acontece porque, fiscalmente, um estabelecimento estável e a sociedade-mãe (*head office*) tendem a ser vistos como uma única pessoa coletiva, pese embora o facto de estarem a laborar em territórios soberanos distintos.

Diferente da relação que se estabelece entre sociedades mãe e filha estabelecidas em Estados distintos e ambas com personalidade tributária passiva, quando um estabelecimento estável procede ao repatriamento de lucros para o Estado da Residência, desta ação não resulta nenhuma distribuição de dividendos. Estamos perante distribuição de dividendos quando uma entidade distribui os lucros apurados no exercício aos detentores de capital e, no caso de uma sucursal por exemplo, por se tratar de uma entidade que não é participada por nenhuma entidade porque não possui capital social, esta operação de repatriamento é como se diz em linguagem corrente “tirar dinheiro de um bolso para meter noutro”, ou seja, em termos contabilísticos o que se verifica é uma mera movimentação de recursos, de uma conta para outra.

Na ausência de ADT, os rendimentos obtidos por uma sociedade através de um estabelecimento estável ficam sujeitos à tributação em ambos os Estados. A diferença é que o Estado da Residência, quando tributa, tende a incluir na matéria coletável todo o rendimento auferido numa base mundial⁴², ao passo que

⁴² “If the country of residence of the company that establishes a branch operates a worldwide system, and therefore taxes all profits of the company wherever earned the profits of the branch will fall to be taxed as part of the company’s overall taxable income in the country of residence. The tax charge would be on an arising basis: the residence country of the head office would not wait for the profits to be transferred from one country to another [...] On the other hand, if the head office residence country operates a territorial system so that foreign income is generally exempted, then this might also apply to branch profits.” Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation...*, pág. 325.

o Estado da Fonte tributa apenas os lucros imputados ao estabelecimento estável porque a definição de matéria coletável que tende a ser mais reduzida, limitada ao rendimento obtido naquele território. A dupla tributação internacional que se origina permanecerá ao menos que algum dos Estados envolvidos altere um dos elementos da sua equação fiscal fundamental para resolver o problema.⁴³

Neste contexto, é ainda importante referir que, devido ao facto de o estabelecimento estável e a sociedade-mãe serem vistos como se de uma só pessoa coletiva se tratassem, todo o prejuízo apurado por aquele no Estado da Fonte será imediatamente aproveitado e agregado aos resultados da última no Estado da Residência. Este aspeto é considerado por muitos ser a principal vantagem de se estabelecer uma estrutura de negócios no estrangeiro através de um estabelecimento estável.

6. Relações horizontais internacionais.

Nas relações horizontais que dizem respeito às transações entre duas entidades relacionadas, ambas com personalidade tributária passiva e residentes no mesmo Estado, que envolvam pagamentos por aquisição de ativos, de juros, rendas, *royalties* e honorários por serviços prestados e assumindo que se tratam de despesas associada ao negócio da empresa, quem os paga geralmente tem direito a deduzir o respetivo montante daquilo que é o seu rendimento tributável anual e quem recebe é obrigado a incluir o montante recebido ao rendimento tributável. Este reconhecimento, do direito a deduzir uma despesa por contraposição de um dever de a incluir aquele montante na matéria coletável de outrem enquanto rendimento tributável, é umas das configurações da mecânica operacional que confere coerência aos sistemas de tributação de empresas e permite quantificar a capacidade contributiva dos contribuintes.

⁴³ Na medida em que se trate de um rendimento ativo, que resulta do exercício da atividade ordinária da empresa, por norma é o Estado da residência que altera um dos elementos da sua equação fiscal fundamental e abdica de tributar com base nos rendimentos mundiais.

Quando há uma transação internacional, a mecânica operacional é (ou pelo menos devia ser) igual. O que muda é que, ao atravessar a fronteira, geralmente os pagamentos estão sujeitos a retenções na fonte⁴⁴ cujas taxas podem ser reduzidas pelos ADT's de modo a eliminar a dupla tributação internacional,⁴⁵ e a dedutibilidade das despesas associadas ao pagamento de juros no Estado da Fonte pode também ser limitada por regras de subcapitalização.

A quantificação da capacidade contributiva das entidades não residentes pode variar consoante a transação tenha envolvido uma entidade não residente com estabelecimento estável ou uma entidade não residente sem estabelecimento estável. Tratando-se de uma entidade não residente com estabelecimento estável, devido à sua presença física naquela jurisdição o Estado da Fonte consegue de facto tomar em consideração as despesas incorridas e tributar de forma análoga às entidades residentes, sobre o montante líquido do rendimento auferido. Quando o sujeito passivo de imposto não tem presença física no Estado da Fonte, é aplicada uma taxa de retenção na fonte, fixa e que incide sobre o montante bruto do rendimento auferido. Embora não seja imediatamente perceptível, tributar entidades não residentes com recurso ao mecanismo da retenção na fonte de natureza liberatória tem as suas vantagens: para o contribuinte não residente, evitam-se os elevados custos associados ao cumprimento das obrigações declarativas; e para o Estado da Fonte, há lugar a cobrança antecipada do imposto e evitam-se quaisquer tentativas de não cumprir com a obrigação de pagar o imposto devido, através da subtração que é feita logo no ato do pagamento.

⁴⁴ "Payment of withholding tax means it is deducted at the time that the income is paid to the foreigner by the payer in the country of source of the income. Where passive income (i.e. income that does not involve productive activity, such as dividend, interest and royalties) is derived by a foreigner from a country, non-resident withholding tax is normally imposed at source and is treated as final tax on that income. In this case, the tax is levied on the gross amount of income paid. Since income tax is levied on the net amount of income earned and withholding tax is levied on the gross amount of income paid, withholding tax rates are normally lower than income tax rates." Holmes, Kevin – *International Tax Policy and Double Tax Treaties...*, pág. 9.

⁴⁵ Normalmente é o Estado da fonte que reduz a taxa de retenção.

7. Transferência de ativos entre jurisdições

Nos sistemas de tributação assentes no princípio da realização, o evento de realização de um rendimento proveniente da alienação do ativo imobilizado de uma empresa é aquele que marca a transferência da propriedade da esfera de uma entidade para a outra.

Durante o período em que esses ativos são detidos por uma entidade verificam-se oscilações no justo valor (*fair market value*), isto é, no valor inscrito da contabilidade, e que não apresentam relevância fiscal porque ainda não se verificou nenhum evento de realização (a transmissão), logo, quer essas oscilações apresentem um acréscimo ou decréscimo no valor, são consideradas como meras expectativas de mercado de perdas ou ganhos latentes no ativo.

Quando efetivamente transferido o ativo e, com isso, verificado o evento de realização,⁴⁶ o rendimento fiscalmente relevante será apenas no montante da perda ou do ganho que é apurado com referência ao valor contabilístico do ativo que fiscalmente aceite, a base fiscal,⁴⁷ cuja grande função é preservar o valor do ativo que já foi sujeito a tributação.⁴⁸

Ora, de igual modo, quando um ativo não corrente de uma empresa atravessa a fronteira no processo de transferência da sede estatutária de uma sociedade, regra geral, esse facto tende a ser considerada como um evento de

⁴⁶ “Os eventos de realização não correspondem necessariamente a uma transmissão jurídica de determinado bem ou direito. Pode ocorrer um evento de realização numa operação em que a propriedade jurídica não é transmitida, bastando para o efeito que os “riscos e os benefícios” desse bem ou direito sejam transferidos para outra sociedade.” Rocha Mendes, António – *O IRC e as Reorganizações Empresaria...* pág. 48.

⁴⁷ “Tax basis, like its equivalent financial accounting term “book value”, represents an investor's initial “investment” in an asset.” Correia, Miguel G. – *Taxation of Corporate Groups...*, pág. 103.

⁴⁸ “... the amount of gain a taxpayer recognizes upon the disposition of an asset depends on the circumstances under which the taxpayer acquired the asset, namely, the tax basis created as a result of the acquisition. Such a tracking mechanism ensures that a taxpayer neither omits nor counts twice income items affected by transactions taking place in two different taxable years.” *Ibidem* pág. 162.

realização que obriga ao reconhecimento da mais-valia ou menos-valia latente naquele ativo.⁴⁹

Todavia, uma das exceções a esta regra pretende evitar potenciais manipulações ao princípio da realização com as transferências de propriedade meramente formais, pelo que não devem ser reconhecidas para efeitos fiscais as transferências de ativos sobre os quais permanece uma substancial continuidade no interesse económico daquele segmento de negócio. Quando para efeitos fiscais aquela transferência não for reconhecida, a transação operada diz-se ser fiscalmente neutral (*tax free*) e aplica-se no momento da transação a mecânica do transporte da base fiscal (*carryover basis*) dos ativos transferidos, permanecendo os mesmos atributos fiscais que tinham na esfera da entidade que alienou e sem despoletar mais ou menos-valias. Na União Europeia, a Diretiva Fusões estabeleceu este mesmo regime da neutralidade fiscal com vista a facilitar operações de reorganizações de grupo de sociedades europeus compostos por sociedades residentes nos diferentes Estados-Membros, permitindo que as façam sem quaisquer restrições ou desvantagens fiscais.

8. Direito Fiscal da União Europeia.

8.1. Diretiva Mães-Filhas.

A dupla tributação económica, a par da dupla tributação jurídica internacional, representa uma das mais denotadas falhas de competitividades do ordenamento fiscal nacional contemporâneo. Trata-se de um fenómeno que sucede quando a mesma manifestação de riqueza é objeto de tributação por mais que uma vez, relativamente ao mesmo período, em impostos da mesma natureza,

⁴⁹ “...apesar da subsistência da personalidade tributária e do facto de, por essa razão, não ocorrer qualquer transmissão de ativos entre entidades distintas, o facto é que, para efeitos fiscais, a redomiciliação é considerada um evento de realização, susceptível, portanto, de gerar ganhos ou perdas tributáveis a nível da entidade redomiciliada.” Rocha Mendes, António – *O IRC e as Reorganizações Empresaria*... pág. 176.

na esfera de sujeitos passivos distintos.⁵⁰ Esta saturação de natureza tributária a que está sujeita a mesma manifestação de riqueza (os lucros distribuídos) é especialmente gravosa em situações plurilocalizadas e, no espaço da União Europeia onde vigora um o mercado único que se pretende funcional em todos os aspetos, constitui graves restrições e desvantagens aos grupos de sociedades europeu, comparativamente aos grupos que cujas sociedades integram apenas um Estado-Membro.

Este fenómeno ganha particular dimensão à medida que as estruturas empresariais vão ganhando complexidade.⁵¹ Tal complexidade revela-se em toda a sua dimensão, perante estruturas societárias internacionais de vários níveis, com os vários Estados onde se localizam as sociedades envolvidas a formularem pretensões tributárias cumulativas sobre os vários dividendos – todos decorrentes do mesmo lucro original à medida que estes vão sendo sucessivamente distribuídos, da sociedade operacional até aos detentores de capital no topo da estrutura.

A eliminação da dupla tributação internacional e da dupla tributação económica é, com efeito, um elemento essencial de qualquer sistema fiscal

⁵⁰ “Economic double taxation is equally common in a domestic as an international context. A typical example is where corporate profits are taxed first at the corporate level and a second time at the shareholder level. Where the shareholder is taxed only in respect of distributed profits, i.e. after deduction of the corporate tax level, there will be only partial double taxation of the original profits. Where this occurs in a domestic context (i.e. company and shareholder are taxed by the same taxing jurisdiction) and the shareholder is an individual, this is referred to as the **classical system**. Another typical example, most commonly encountered in an international context, relates to **transfer pricing** where one jurisdiction makes an upward adjustment to the profits of a resident taxpayer in respect of a transaction with a related party resident in other jurisdiction without a **corresponding adjustment** (downwards) to the latter’s profits by the second jurisdiction.” *IBFD International Tax Glossary*, pág. 158.

⁵¹ “O reconhecimento destas entidades, em si mesmas artificiais, como titulares de bens, actividades e rendimentos, tem importantes reflexos no sistema fiscal, introduzindo-lhe dois elementos de artificialidade: (i) a manipulação artificial dos activos reconhecidos pelo sistema fiscal; e (ii) a multiplicação, também artificial, dos rendimentos tributáveis no seio desse mesmo sistema.” Rocha Mendes, António – *OIRC e as Reorganizações Empresaria...* pág. 26.

contemporâneo que se pretenda minimamente atrativo para o investimento, interno e estrangeiro, e para isso o que se fez para resolver este problema no território da UE foi legislar no sentido de eliminar aquelas restrições de natureza tributária aquando da distribuição de dividendos da filiais para a sociedade-mãe, ambas residentes em Estados-Membros distintos. O que a Diretiva Mães-Filhas faz para resolver este problema, após observado um conjunto de requisitos para ser aplicável, é eliminar a retenção na fonte no Estado-Membro da sociedade que distribui os lucros e isentar a tributação ou atribuir crédito de imposto indireto à sociedade beneficiária desses dividendos no Estado-Membro onde reside. Deste modo, garante-se a inviolabilidade de pilares fundamentais como o direito à livre circulação de capitais e o direito de estabelecimento. O legislador europeu chegou a esta solução com base na mecânica operacional que resolve o problema da dupla tributação no plano doméstico, através do qual não há direito a deduzir o montante de dividendos na declaração periódica de quem os paga, pelo que, naturalmente, também não faz sentido haver uma inclusão na declaração periódica de quem recebe. Paula Rosado Pereira nota que Direito Fiscal Europeu dá primazia à tributação no Estado da Residência, em detrimento da tributação no Estado da Residência, de forma ainda mais notória do que proposta pela OCDE no respetivo Modelo de Convenção que atribui competência partilhada sobre a tributação de dividendos.⁵² Ainda a respeito da relação que o Direito Fiscal da União estabelece com Direito Convencional com a base do Modelo da OCDE, esta Diretiva substitui-se aos acordos bilaterais para eliminar a dupla tributação entre Estados-Membros devido ao facto de estes instrumentos tenderem a manter a tributação dos dividendos no Estado da Fonte, embora estabelecendo limites máximos de taxa de retenção na fonte, e de não garantir a eliminação da dupla tributação económica no Estado da Residência, tal como impõe da Diretiva.

⁵² Cfr. Rosado Pereira, Paula – *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu...* pág. 452.

8.2. Diretiva Juros e *Royalties*.

Ainda no que diz respeito aos grupos de sociedades europeus, o legislador europeu criou a Diretiva Juros e *Royalties* também com o objetivo de eliminar a dupla tributação internacional porque, tal como acontece com a dupla tributação dos lucros distribuídos, os ADT's não eliminam a retenção no Estado da Fonte, pese embora fixem taxas máximas e mais reduzidas do que aquelas estipuladas nas leis domésticas dos Estados-Membros,

Com vista a eliminar a restrição à livre circulação de capitais, a Diretiva Juros e *Royalties* apenas elimina a retenção na fonte ao nível do Estado-Membro da entidade que paga, deixando permanecer a tributação no Estado-Membro de quem recebe os rendimentos porque, à partida, o pagador teve direito a deduzir o montante na sua declaração periódica de rendimentos. Com isto, evita-se a possibilidade de haver lugar a dupla tributação internacional e, contrariamente ao que acontecesse com a Diretiva Mãe-Filhas, deixa-se prevalecer a tributação no Estado-Membro de quem recebe os rendimentos de juros ou *royalties* por forma a garantir que há pelo menos um nível de tributação daqueles rendimentos e assegurar a mesma coerência do sistema com a atribuição do mesmo tratamento fiscal entre o mesmo tipo de transações, quer a nível nacional quer a nível do mercado comum.

Outro efeito prático comum entre ambas as Diretivas, Juros e *Royalties* e Mãe-Filhas, é a conformidade do Direito Fiscal Europeu com a liberdade fundamental de estabelecimento devido ao facto de estarem abrangidos os pagamentos e as transações efetuadas por intermédio de estabelecimento estável.

Veremos adiante como é que estes regimes implementados por ambas as Diretivas, com o objetivo de eliminar a desvantagem no tratamento fiscal aos grupos de sociedades europeus face aos grupos com sociedades num só Estado-Membro, acabaram por inverter a situação e deram lugar a outro tipo de desigualdade, desta vez a favor dos grupos europeus que transformaram estas Diretivas em verdadeiros instrumentos de planeamento fiscal abusivo.

Capítulo II – O Planeamento Fiscal Global

9. A origem do Projeto BEPS.

A crise financeira de 2008 (a crise do *subprime*) serviu para agudizar as desigualdades a nível de rendimentos nas nossas sociedades que se vinham acentuando desde meados da década de 1980 com o grande movimento de desregulação nos mercados, iniciado primeiro pela Primeira-Ministra Margaret Thatcher do Reino Unido e depois pelo Presidente Ronald Reagan dos EUA.⁵³ Durante os anos que se seguiram após a crise financeira, este movimento de desregulação foi objeto de muito estudo e a conclusão a que se chegou foi a de que o fenómeno da desregulação dos mercados e a consequente diminuição da taxas de tributação efetiva fizeram com que os ganhos de produtividade fossem geralmente alocados às estruturas e entidades financeiramente mais poderosas das nossas sociedades, ao mesmo tempo que os rendimentos da classe baixa e da classe média estagnaram.⁵⁴ O Prémio Nobel da Economia Joseph Stiglitz defende

⁵³ “A redução das taxas máximas de imposto no Reino Unido foi particularmente acentuada durante o Governo Thatcher, que ao assumir o poder, em 1979, reduziu de 83 por cento para 60 por cento a tributação máxima dos rendimentos auferidos. Depois, em 1988, Quando Nigel Lawson era ministro das Finanças, a taxa de imposto sobre rendimentos mais elevados foi ainda mais reduzida, para 40 por cento [...] O Reino Unido não foi o único país a proceder a esta tremenda alteração na política fiscal. Nos EUA. A taxa mínima também foi reduzida a metade: de 70 por cento, em 1980, para 35 por cento, aumentando a taxa marginal de retenção de 30 por cento para 65 por cento. Estes dois países são casos extremos [...] que mostra a alteração nas percentagens de rendimento mais elevado [...] e a alteração nas taxas marginais máximas de retenção.” Atkinson, Anthony B. – *Inequality – What can be done?* Bertrand Editora, Lisboa 2016, pág. 248-249.

⁵⁴ “... as forças do mercado, moldadas pela política e pelas mudanças sociais, desempenharam um papel para o nível de desigualdade antes das receitas fiscais e das transferências. A ironia é que assim que os mercados começaram a apresentar resultados desiguais, a política tributária pediu menos aos do topo e mais aos restantes. A taxa marginal de imposto mais alta foi baixada de 70% durante a administração Carter para 28% durante a administração Reagan; subiu para 39,6% durante a administração Clinton e desceu finalmente para 35% durante a presidência de George W. Bush [...] Os cortes de impostos de George W. Bush não tiveram mais êxitos: as poupanças não aumentaram; ao invés, a taxa de poupança das famílias desceu para um mínimo histórico (essencialmente zero). O aspecto mais escandaloso da recente política orçamental foi a descida da taxa de imposto sobre ganhos de capital. Isto aconteceu

que as regulações são a garantia do bom funcionamento dos sistemas e servem para impedir que as falhas de mercado proliferem de forma descontrolada e, dá como exemplo, o sector financeiro no qual, perante tal cenário de desmantelamento regulatório, “haverá conflitos de interesse e excessos, crédito em excesso, alavancagem financeira em excesso, tomadas de risco em excesso e bolhas.”.

Perante tamanha desigualdade que se foi progressivamente instalando nas nossas sociedades, o sentimento de indignação nas pessoas (contribuintes) começou a surgir de forma generalizada, um pouco por todo o mundo, quando os recursos dos orçamentos nacionais (destinados à educação, à saúde e outros bens públicos) foram utilizados para salvar a banca. Esta indignação iniciou um movimento político forte que, na área fiscal, acabou por se traduzir em duas grandes iniciativas internacionais para melhorar a justiça fiscal do sistema global: o Projeto BEPS, pela necessidade de tributar os grupos multinacionais de forma mais justa; a *Financial Transaction Tax* (FTT), pela necessidade de tributar o sector financeiro.

O Projeto BEPS nasceu como um projeto da OCDE, mas com uma ambição global que não se restringiu aos Membros daquela organização. Mundialmente, foi grande o aperto financeiro que se fez sentir nos orçamentos nacionais e com a percepção de que os contribuintes se sentiam defraudados, de que havia falta de dinheiro nos erários públicos e de que os grupos multinacionais a operar em termos globais estavam a pagar muito menos impostos do que empresas que têm operações num só país, em 2013 a classe

primeiro durante a presidência de Clinton e depois durante a de Bush, tornando a taxa de imposto sobre os ganhos de capital a longo prazo apenas de 15%. Deste modo, demos aos muito ricos, que recebem uma grande fatia dos seus rendimentos em ganhos de capital, uma espécie de benesse. Não faz sentido que os investidores, quanto mais os especuladores, sejam menos taxados que alguém que trabalha arduamente para viver, contudo, é isso que o nosso sistema tributário faz.” Stiglitz, Joseph E. – *The Price of Inequality*, Bertrand Editora, Lisboa 2016, págs. 138-139.

política aproveitou o *momentum* e, numa reunião em Moscovo que juntaram os Ministros das Finanças dos países G20, o que se concluiu foi o seguinte:

“Ensuring that all taxpayers pay their fair share of taxes is a high priority in the context of fiscal sustainability, promoting growth, and the needs of developing countries to build capacity for financing development. Tax avoidance, harmful practices and aggressive tax planning have to be tackled.”⁵⁵

A partir do momento em que os países do G20 se uniram à OCDE para apoiar a iniciativa BEPS, este torna-se num projeto de ambição verdadeiramente global que envolve não apenas os países daqueles dois blocos, mas todos os outros.⁵⁶

Em 2013 a OCDE, com o apoio político dos G20, já tinha dado início aos trabalhos com a produção de relatórios técnicos para ver como é que se podia melhorar a forma de tributar os grupos multinacionais e, para tal, criou-se uma estratégia de trabalho que consistiu em dividir todo o planeamento fiscal das multinacionais em 15 planos de Ação para então serem preparados, respetivamente, 13 relatórios de finais.⁵⁷ As 15 Ações do Projeto baseiam-se em três princípios chave: coerência, substância e transparência.

O pacote final do Projeto BEPS compreende uma compilação de relatórios de política fiscal⁵⁸ para os legisladores nacionais dos países aderentes fazerem leis com base naquele aporte técnico, entre os quais, apenas quatro desses relatórios (cujo objetivo das respetivas Ações é a assegurar a coerência na

⁵⁵ G20 Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, Moscow, July 20, 2013.

⁵⁶ “Working together in the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, over 135 countries are implementing 15 Actions to tackle tax avoidance, improve the coherence of international tax rules and ensure a more transparent tax environment.” Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/>

⁵⁷ Ao regime dos Preços de Transferência foram dedicados 3 planos de ação do BEPS que foram compiladas num único relatório final.

⁵⁸ Os conceitos de política fiscal e direito fiscal relacionam-se entre si, mas são distintos. 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 que as vais interpretar.

fiscalidade internacional) serão objeto de estudo nos próximos capítulos deste trabalho. A título de exemplo, a mecânica que no plano doméstico permite deduzir o custo incorrido por contraposição da inclusão daquele rendimento na matéria coletável do destinatário do pagamento, faz alusão à coerência de que são dotados os sistemas de tributação nacionais e que agora se pretende aperfeiçoar no contexto da tributação internacional com os Planos de Ação 2, 3, 4 e 5, com vista a neutralizar os efeitos da dupla não tributação quando aqueles sistemas interagem entre si.

Reconheceu-se que certas práticas inadmissíveis de planeamento fiscal são o principal foco da erosão das bases de tributação e que, portanto, algo teria de ser feito para recuperar a soberania tributária dos Estados, por si só, já muito fragmentadas. Estudos da OCDE estimaram que podíamos estar a perder entre 4% a 10% das receitas totais do mundo devido a estas manobras agressivas de planeamento fiscal, algo entre os 100 e os 240 mil milhões de dólares americanos anuais.⁵⁹

No decorrer das últimas duas décadas o planeamento fiscal, aliado ao fenómeno da globalização, tornou-se fundamental para no modo como as Empresas operam.

10. Planeamento Fiscal Internacional.

10.1. A Globalização.

O desenvolvimento das atividades económicas nunca foi tão global como nos dias que correm e, na ótica das trocas comerciais transfronteiriças, não é exagerado afirmar que as fronteiras nacionais praticamente desapareceram.⁶⁰ No

⁵⁹ <https://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>

⁶⁰ “Economic activities have never been as global as they are today. National borders in international trade have faded, the global integration of national economies deepens, the mobility, the mobility of capital accelerates and growth in international capital flows and trade is massive. This growth has, is and

quadro da integração regional económica, cada vez mais acentuada um pouco por todo o globo, as fronteiras políticas continuam a perder relevância ano após ano.

Mas não foi só a economia que se tornou mais global, também as empresas souberam tirar partido da economia sem-fronteiras tanto que, hoje, as empresas multinacionais representam uma porção muito significativa daquilo que é o PIB mundial.⁶¹

À medida que a globalização foi tornando possível uma maior troca de informação, a difusão das novas tecnologias, maior mobilidade e alocação dos fatores de produção de forma mais eficiente, e maior variedade de bens disponíveis no mercado a preços mais competitivos, por outro lado também despoletou o aumento do planeamento fiscal internacional por parte dos agentes económicos que, por vezes, não olham a meios para mitigar tanto quanto possível o impacto que a fiscalidade poderá ter nas operações que efetuam.

Ora, segundo o princípio da eficiência fiscal internacional, do seu ponto de vista puramente económico e centralizado numa ideia de eficiência na alocação dos recursos, o direito internacional fiscal deve tomar em consideração o impacto do tratamento fiscal das situações tributárias internacionais sobre as escolhas dos investimentos e a afetação dos fatores de produção.⁶² Quer isto dizer que os impostos devem ser neutrais, na medida do possível, sobre as decisões dos

will contribute to boost the mobility of economic activities around the globe and this has created not only opportunities but also problems for the players of the world economy.” Finnerty, Chris J.; Merks, Paulus; Petriccione, Mario; Russo Raffaele – *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007 pág. 23.

⁶¹ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>, pág. 7.

⁶² “Under the pure economic meaning of the principle of international tax efficiency, taxation should be neutral and affect taxpayers’ business choices as little as possible, including the election of the place of income production.” Piantavigna, Paolo – *Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies*, World tax Journal, 2017 (Volume 9), N.º 1, pág. 48.

agentes económicos, uma vez que lhes é reconhecido grande influência em ambos os planos macroeconómico e microeconómico.⁶³

Na União Europeia, cujo tratado CEE estabeleceu como um dos objetivos principais a implementação de um mercado interno caracterizado pela realização da livre circulação de pessoas e mercadorias, as liberdades fundamentais que estão na base do mercado único são invioláveis e os Estados-Membros devem abster-se de criar obstáculos de natureza fiscal capazes de pôr em causa essas mesmas liberdades. Mas também não é menos verdade que os Estados-Membros devem tomar medidas contra situações que ponham em causa a livre concorrência no mercado.⁶⁴

Podemos então concluir que princípio da eficiência fiscal internacional está ramificado em duas grandes vertentes: a vertente da neutralidade fiscal nos termos da qual se deve evitar a todo o custo as situações de dupla tributação que têm grande impacto sobre as escolhas dos investidores; e a vertente da implementação de medidas contra situações de dupla não-tributação que põem em causa a concorrência fiscal e a justiça material.⁶⁵ Muitas das vezes, senão na maior parte das vezes, as situações de dupla não tributação são fruto do

⁶³ “...a neutralidade é uma noção que surge ligada em primeira linha à noção de eficiência económica, sendo que por regra é quando se deixam inalteradas as escolhas [...] que se logra uma afectação óptima de recursos em mercado.” Vasques, Sérgio – *O Imposto Sobre o Valor Acrescentado* – Almedina, 2015, pág. 105.

⁶⁴ “... the tax efficiency principle implies not only the states duty to refrain from excessively interfering with taxpayers affairs, but it also provides the right of the States to discourage situations that may give rise to unfair competitive advantages for some taxpayers against others, thereby resulting in ineffective allocations of resources and inequity consequences” Piantavigna, Paolo – *Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies...* pág. 47.

⁶⁵ “As long ago as the 1920s, the League of Nations recognised that the interaction of domestic tax systems can lead to double taxation with adverse effects on growth and global prosperity. Countries around the world agree on the need to eliminate double taxation and the need to achieve this on the basis of agreed international rules that are clear and predictable, giving certainty to both governments and businesses.” OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting... pág. 7.

planeamento fiscal cuidadosamente estudadas, ao ponto de o rendimento gerado pelas atividades ficar livre de tributação quer no Estado da Fonte quer no Estado da Residência.

10.2. Planeamento Fiscal.

A intenção de promover a justiça fiscal com a discriminação das pessoas com rendimentos mais elevados através da adoção da progressividade das taxas, fazendo-as pagar (em observação ao princípio da capacidade contributiva) um montante de imposto mais proporcional àquilo que representa a sua força económica⁶⁶ e (aparentemente) mais justo face ao montante de imposto que os contribuintes com menores rendimentos pagam, é para nós também o principal impulsionador da faculdade ao dispor “todos” os contribuintes para se fazer planeamento fiscal.

Parafraseando Fernando Araújo relativamente à aludida discriminação contra os contribuintes que apresentam maiores rendimentos:

“trata-se de uma intenção, não mais, porque a progressividade das taxas de imposto implica o agravamento das normas de incidência, e por isso uma oneração com custos de acatamento que [...] discriminam a favor dos contribuintes mais ricos e contra os mais pobres. [...] a proclamação da “justiça” da progressividade das taxas de imposto coexiste hipocritamente com a generalização do fuga ao imposto por parte dos contribuintes mais ricos, escudados estes atrás de engenharias financeiras, de planificações tributárias e de fachadas societárias estabelecidas em «paraísos fiscais», quando não mesmo protegidos por «carteis de corrupção» dentro de redes de influências – sendo essa a consequência perversa tanto mais vincada quanto mais essa progressividade é

⁶⁶ “Assim, o imposto só deve começar onde começa esta força económica, operando a capacidade contributiva como pressuposto da tributação, e deve terminar aí onde essa força económica termine também, operando a capacidade contributiva como seu limite.” Vasques, Sérgio – *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 253.

proclamada e formalmente consagrada nas leis tributárias, deixando os mais ricos mais desonerados e dentro da legalidade aparente, e os contribuintes mais pobres, a classe média, confrontados com a opção entre uma oneração desproporcionada e a «saída» para «economia paralela» e para a ilicitude”.⁶⁷

Portanto, é reconhecida aos contribuintes com mais recursos financeiros a liberdade de fazer planeamento fiscal, isto é, de estruturar o seu modelo de negócios de modo a obter máxima poupança fiscal através da realização de operações consideradas legítimas, realizadas dentro dos parâmetros legais e, se for o caso, conformes com os princípios fundamentais da União Europeia que se aplicam aos Estados-Membro.⁶⁸ Por outro lado, deparamo-nos com situações em que a obtenção da poupança fiscal que, pese embora alcançada com recurso à prática de atos aparentemente legais, materializam-se em situações de manifesto abuso de direito e de situações fabricadas “em laboratório” que culminam com a ausência de tributação devido às ambiguidades e às inconsistências do sistema fiscal, respetivamente.

Esta tríplice de comportamentos remete-nos para um campo de incerteza entre o que afinal deve, ou não, ser tolerado no exercício da liberdade de gestão fiscal dos contribuintes. É de extrema importância traçar a linha que separa o planeamento fiscal considerado legítimo do planeamento fiscal abusivo, e a linha que separa o planeamento fiscal abusivo do planeamento fiscal agressivo, sendo consensual a intolerabilidade desta última parêntese de comportamentos, mas cuja distinção releva para efeitos aplicação de mecanismos de retaliação. Cumpre então delinear a fronteira entre estes três fenómenos e, a este respeito, é unânime de que o ponto de partida passa geralmente por reconhecer a liberdade que o contribuinte tem em estruturar as suas operações de modo a extrair maior poupança fiscal, como veremos já de seguida.

⁶⁷ Cfr. Araújo, Fernando – *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, 2006, págs. 529-530.

⁶⁸ Parágrafo 2 da Recomendação da Comissão Europeia, de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE): “Os países de todo o mundo têm tradicionalmente considerado o planeamento fiscal como uma prática legítima.”.

10.3. Planeamento Fiscal Legítimo.

A verdade é que o fenómeno de mobilidade fiscal, tal como se conhece hoje, foi durante algumas décadas acomodado pelas instâncias supranacionais que representam os Estados exportadores líquidos de capitais, como a OCDE e a União Europeia, cuja missão também passa por detetar, atenuar e eliminar os obstáculos à atividade transfronteiriça em defesa da internacionalização da economia e do investidor.⁶⁹

No território da comunidade europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), enquanto protagonista da harmonização mínima do Direito da União,⁷⁰ proferiu algumas decisões no sentido da conformidade das práticas de planeamento fiscal com as liberdades fundamentais previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE),⁷¹ entre as quais é possível retirar que é legítima a escolha de jurisdição no desenvolvimento de atividades comerciais no território do mercado interno (*tax jurisdiction shopping*), mesmo quando essa escolha seja unicamente motivada em afastar normas de incidência fiscal domésticas, pese embora se admitam algumas exceções a esta regra.

A nível internacional, a OCDE confere igual legitimidade a certas práticas de planeamento fiscal.⁷²

⁶⁹ Cfr. Paula Dourado, Ana – *Governança Fiscal Global*, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 32.

⁷⁰ O Direito Europeu interfere com o Direito interno dos Estados-Membros por meio de três géneros de situações com diferentes níveis de harmonização: a harmonização forte com a regulação direta por meio de Regulamentos; a harmonização média por via das Diretivas; e a harmonização mínima através das decisões proferidas pelo TJUE.

⁷¹ No caso *C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, para. 26: "... the establishment of a company outside the United Kingdom does not, of itself, necessarily entail tax avoidance, since that company will in any event be subject to the tax legislation of the State of establishment."

⁷² No relatório da OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion* de 1987, pág. 11: "It is possible to reduce or remove tax liability by perfectly acceptable tax planning (e.g. choosing among tax reliefs and incentives the most advantageous route consistent with normal business transaction), or even by refraining from consuming a taxed product, and it is clearly not the intention of governments to combat activities of this kind."

10.4. Planeamento Fiscal Abusivo.

A meio caminho entre o planeamento fiscal legítimo e o planeamento fiscal agressivo, planeamento fiscal abusivo (*tax avoidance* ou elisão fiscal) traduz-se na “adoção de determinados comportamentos apenas formalmente conformes à norma fiscal e sem validade económica que, aproveitando uma imprecisão da norma fiscal, conduzem a uma poupança fiscal não desejada pelo legislador fiscal”.⁷³ Pese embora esta modalidade de planeamento fiscal se situar dentro dos limites legais, as diversas formas através das quais se manifesta contrariam o espírito da lei na medida em que acabam a estender exageradamente a previsão da norma de tal modo que ela, a norma, acabar por cobrir também situações estranhas ao pensamento do legislador. É neste sentido que pretendemos atribuir o rótulo de abusivo a esta forma de fazer planeamento fiscal.⁷⁴

Na União Europeia, a jurisprudência do TJUE ditou que o abuso⁷⁵ subjacente à obtenção de benefícios fiscais pode ser motivo para restringir o exercício de direitos fundamentais com o propósito de atenuar a carga fiscal. Na decisão do caso *Cadbury Schweppes*, pode ler-se que no exercício das liberdades

⁷³ Cfr. Caldas, Marta – *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Coimbra, Almedina, Cadernos IDEFF 18, 2015, pág. 26.

⁷⁴ “The concept of tax avoidance usually denotes tax planning that goes beyond legitimate tax planning. It is an improper means of eliminating, reducing or postponing tax liability and is thought of as frustrating the intentions of the law. The boundaries of tax avoidance are not set and may very well differ in different jurisdictions; as would the actual terms used. This often makes it very difficult to determine when certain tax planning is improper and illegal and when the reduction of tax liability is proper and legal” HJI Panayi, Christiana – *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?*, Intertax, 2015, pág. 545.

⁷⁵ “According to its jurisprudential nature in national systems, developed since Roman law, the ECJ has adopted a notion of ‘abuse’ related to concrete case law and, through the progressive generalization of its formulas, has forged a real general doctrine of abuse. This judicial reasoning is comprehensible due to references to itself: when the Court refers to sentences regarding structurally diverse cases, we can infer the existence of a guideline”. Piantavigna, Paolo – *Tax Abuse in European Union Law: A Theory*, 20 EC Tax Review, Issue 3, 2011, pág. 135.

fundamentais deve estar presente o objetivo prosseguido pela atribuição dessa mesma liberdade (no caso *sub judice*, a liberdade de estabelecimento visa permitir que um nacional comunitário participe, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela retire benefício), caso contrário deve ser restringido com o objetivo de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional.⁷⁶

A OCDE admite tratar-se de um termo difícil de concretizar, mas que de modo geral é utilizado para descrever estruturas de negócios dos contribuintes pensadas com o propósito de reduzir a carga fiscal e que, pense embora sejam legais, estão frequentemente em contradição com o espírito incutido na lei.⁷⁷

Em matéria de Acordos de Dupla Tributação,⁷⁸ os comentários ao Modelo de Convenção da OCDE dizem o seguinte:

“Contudo, importa assinalar que não se deve presumir, de forma inconsiderada, que um contribuinte recorre ao tipo de transação abusiva atrás referido. Um princípio director é o de que as vantagens de uma convenção de dupla tributação não devem ser concedidas quando um dos objectos principais de

⁷⁶ Cfr. os parágrafos 54, 55 e 64 do acórdão do TJUE *C-196/04, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, de 12 Setembro de 2006.

⁷⁷ Disponível em: <https://www.oecd.org/fr/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

⁷⁸ Cfr. explica Vann, Richard J.; Thuronyi, Victor – *Tax Law Design and Drafting – International Aspects of Income Tax*, Volume 2, Chapter 18, International Monetary Fund, 1998. pág. 75, “Tax treaties themselves may become the object of tax avoidance activities, even though they often express the purpose of preventing tax avoidance. This possibility was of course never intended by the original framers of model tax treaties and is not in itself sufficient reason for a country to reject the negotiation of tax treaties as their benefits usually outweigh the detriments.”. Por sua vez, Manuel Teles de Menezes Leitão, Luís em *Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 100, “Na verdade, ironicamente, as convenções que os estados celebram, cujo objectivo principal é evitar a dupla tributação, mas que acessoriamente também visa reprimir a evasão e fraude fiscal internacional, podem igualmente ser utilizadas pelo contribuinte para escapar ao imposto.”.

certas transacções ou operações seja a obtenção de uma situação fiscal mais vantajosa e a concessão desse benefício, nessas circunstâncias, seja contrária ao objecto e ao propósito das disposições relevantes.”⁷⁹

No combate às situações de uso abusivo das convenções, o consenso foi o de que teria de haver alterações aos textos das convenções existentes, mas chegou-se à conclusão de que renegociar os mais de três mil tratados internacionais em matéria de dupla tributação que existem no mundo, de forma bilateral, levaria décadas. A Ação 15 do Projeto BEPS desenvolveu uma solução radicalmente inovadora, isto é, um instrumento multilateral através do qual a partir do momento em que um Estado assina e ratifica aquele tratado (tal como nos processos de adesão para as convenções bilaterais), e pressupondo que a mesma coisa acontece com os outros Estados com quem foram celebradas convenções bilaterais, esses acordos são automaticamente atualizados com todas as alterações que se pretendem introduzir no texto daqueles documentos, sem que haja necessidade de se negociar tratado a tratado. O que o MLI (*Multilateral Legal Instrument*) também faz é criar um entendimento de base (*minimum standards*), significando por exemplo que determinadas medidas relacionadas com ADT's que representem padrões mínimos de implementação imediata através do Instrumento Multilateral não carecem da verificação da tal correspondência entre os Estados signatários. Precisamente, entre o elenco de padrões mínimos figuram as medidas propostas pela Ação 6 cujo cumprimento escrupuloso implica também a inclusão de uma declaração expressa no preâmbulo dos tratados sobre a intenção de ambos os Estados em evitar o abuso e a evasão fiscal.

⁷⁹ Cfr. para. 9.5 dos comentários ao artigo 1.º do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património: versão condensada, 22 de Julho de 2010, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 2013.

10.5. Planeamento Fiscal Agressivo.

Previamente à iniciativa BEPS, o conceito de Planeamento Fiscal Agressivo era frequentemente associado ao risco de elisão fiscal e isso levou a que algumas jurisdições tenham começado a impor mais deveres de cooperação e informação aos intermediários fiscais (advogados, consultores, contabilistas) relativamente às estruturas e atividades de natureza fiscal veiculadas por estes.⁸⁰ Durante as últimas décadas, os desafios enfrentados por diversos operadores económicos em manterem-se competitivos, numa economia que hoje é mundial e consigo traz atrelado o planeamento fiscal agressivo, deu azo à correspondente introdução de medidas de salvaguarda que impõem ainda mais deveres de cooperação e informação.⁸¹

Após a crise de financeira de 2008, chegou-se à conclusão de que esta nova era implicaria esforços redobrados e em concertação por parte dos Estados no sentido de encontrar respostas adequadas para fazer face a comportamentos que, pese embora legais, põem em causa a sobrevivência da figura do Estado Fiscal e a perceção que temos do conceito de justiça a nível global.⁸²

O planeamento fiscal agressivo está intrinsecamente ligado ao comportamento adotado pelos grandes grupos 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,⁸³ e, por conseguinte, aumentar o lucro marginal.

⁸⁰ Cfr. Paula Dourado, Ana – *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*, 43, Intertax, Issue 1, 2015, pág. 42.

⁸¹ Dourado, Ana Paula/Dias, Augusto Silva, Information duties, *Aggressive Tax Planning and the Nemo Tenetur se Ipsum Accusare in Light of Article 6 (1) of the ECHR*, Kofler, G., Ma duro, M., Pistone, P. (eds.), Taxation and Human Rights in Europe and the World, IBFD Publications, Amsterdam, 2011, pág. 133.

⁸² Paula Dourado, Ana – *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 ...* pág. 43.

⁸³ *Idem*, pág. 44.

Na abordagem ao tema, a Comissão Europeia faz alusão às práticas que consistam em “tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações fiscais”,⁸⁴ comportamentos capazes de por si só provocar a erosão das bases de tributação dos Estados-Membros e criar distorções ao nível da concorrência.⁸⁵ É também reconhecida a incapacidade dos Estados-Membros em fazer face, individualmente, às estruturas de planeamento fiscal devido à sua dimensão além-fronteiras e ao elevado grau de sofisticação que foram desenvolvendo ao longo dos anos.

A posição adotada pela OCDE também dá conta de estarmos perante condutas que estão na origem da erosão das bases de tributação e da deslocalização de rendimentos (BEPS). O Projeto BEPS da OCDE é definido pela própria organização como tratando-se de uma compilação de “estratégias de planeamento fiscal que exploram lacunas e incompatibilidades nas regras tributárias para fazer com que os lucros “desapareçam” por motivos fiscais ou para deslocalizar os lucros para territórios onde há pouca ou nenhuma atividade real, mas os impostos são baixos, resultando em pouca ou nenhuma tributação sobre rendimentos empresariais em geral”,⁸⁶ e que não se tratando propriamente de condutas *contra legem* é preciso implementar soluções que ponham fim a estas práticas que, na medida em que são causadoras de distorções ao nível da concorrência, podem conduzir à alocação ineficiente de recursos e contribuir para acentuar o sentimento de injustiça entre os contribuintes em geral.⁸⁷

⁸⁴ Ver parágrafo 2 da Recomendação da Comissão Europeia, de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE).

⁸⁵ “Widespread aggressive tax planning implies fewer revenues for countries and leads to unfair contributions by some taxpayers, thereby reducing tax morale and creating distortions of competition between companies.” Taxation paper N.º 71 (2017): *Aggressive tax planning indicators*. Written by Institute for Advanced Studies (Project leader) in consortium with CPB and Dondena ISBN 978-92-79-75356-5, pág. 21. Disponível em

https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp.pdf

⁸⁶ Tradução nossa.

⁸⁷ Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentementeaskedquestions.htm>

Ao passo que o conceito de abuso traça a fronteira entre a reprovação da conduta do contribuinte e a proteção conferida pelo princípio da neutralidade fiscal quando este decide explorar benefícios legalmente atribuídos,⁸⁸ o planeamento fiscal agressivo limita-se a explorar as lacunas na arquitetura das leis, assimetrias e disparidades do sistema tributário nacional com o único propósito de obter vantagens fiscais por via de estruturas artificiais capazes de segregar o rendimento tributável das atividades que realmente estão na sua origem.⁸⁹

Quando se discute o planeamento fiscal agressivo e a necessidade de se fazer face a este fenómeno, não é a conduta do contribuinte que é confrontada (pese embora reprovável), mas a própria abordagem passiva por parte dos Estados que se considera ser a raiz do problema. No cumprimento dos seus deveres, as responsabilidades do Estado passam pela revisão das regras nacionais ou, pura e simplesmente, pela introdução de novas regras em convergência com a abordagem feita a nível internacional.

É consensual de que o planeamento fiscal agressivo, tal como a elisão fiscal, conduz à perda massiva de receitas, razão pela qual a OCDE tomou uma posição firme no sentido de não dar tréguas no combate à erosão das bases de tributação.⁹⁰ Em resposta ao aumento de estruturas de planeamento cada vez mais sofisticados, os decisores políticos da OCDE, do G20 e da UE deram passos importantes no sentido de assegurar que a tributação é devidamente feita no local onde a atividade económica geradora de rendimentos efetivamente tem lugar.

⁸⁸ Paolo Piantavigna, Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies, *World tax Journal*, 2017 (Volume 9), N.º 1, pág. 66

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ “Fundamental changes are needed to effectively prevent double non-taxation, as well as cases of no or low taxation associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it.” OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting...* pág. 13

Saliente-se que a abordagem ao planeamento fiscal agressivo por parte do Plano de Ação BEPS não foi pensada com o espírito de impedir que as multinacionais tirem legitimamente partido das diferenças que existem ao nível das taxas de tributação efetiva existentes entre os diferentes países ou, de limitar a dedução dos custos necessariamente incorridos nas transações realizadas entre partes relacionadas. Como será possível constatar, vamos ver de que forma é que algumas ações do BEPS trabalharam no aperto dos elementos de conexão por forma a manter a coerência do Direito Internacional Fiscal e a encorajar os agentes económicos a adotar estruturas de planeamento fiscal mais transparentes.

11. Assimetrias Basilares dos Sistemas de Tributação das Empresas.

Os sistemas de tributação de empresas foram estruturados com base em duas assimetrias estruturais que permitiram diferenças de tratamento fiscal entre jurisdições.

Quando as sociedades necessitam de se financiar podem fazê-lo através de instrumentos de capital e de dívida. Enquanto investidor, é possível financiar a sociedade com recurso a entradas no capital social da entidade ou com recurso a suprimentos. De um ponto de vista estrutural, um bom sistema de tributação de empresas não deveria criar uma distinção entre o pagamento de dividendos⁹¹ e o pagamento de juros⁹². Na terminologia anglo-saxónica, esta distinção feita pelo sistema chama-se *debt vs equity bias*, querendo isto dizer que a distribuição de dividendo, geralmente, não confere direito à dedução e como contra partida os

⁹¹ “In economic terms, a dividend is the return on equity capital invested in a company. In a company law sense the term is generally used to refer to the formal distribution of retained earnings (typically by way of shareholders resolution) to shareholders. [...] In a tax context the term distribution is generally used in a wider sense to refer to any distribution of corporate assets to shareholders for no adequate consideration, including informal distributions such as a constructive dividend.” IBFD International Tax Glossary

⁹² “In general, the amount charged by a lender for the use or detention of money, expressed as a percentage per annum of the principal amount of the loan over a certain period of time. However, whether a particular payment constitutes interest will depend on the country whose tax rules are being applied. Most tax treaties contain their own definition of interest that is independent of the definitions under domestic laws” IBFD International Tax Glossary

sistemas tendem não tributar esses lucros distribuídos ou mesmo a atribuir as tais *participation exemptions*, isto é, isentar a tributação dividendos recebidos pela sociedade-mãe se verificados determinados requisitos. A regra internacional é a de que, na relação que se estabelece entre duas sociedades relacionadas, no Estado da Fonte a sociedade-filha não tem direito a deduzir os lucros distribuídos na sua declaração periódica de rendimentos e, em contra partida, no Estado da Residência a sociedade-mãe quando recebe esse mesmo dividendo não o inclui na sua matéria coletável. Relativamente aos juros, normalmente quem os paga tem direito a uma dedução e quem os recebe tem de os incluir, ou seja, o Estado da Fonte geralmente permite ao locador a dedução do custo incorrido com a contração de um empréstimo e, no Estado da Residência o retorno desse empréstimo concedido deve ser incluído na matéria coletável para ser tributado.

As características da Diretiva Mãe-Filhas e a Diretiva Juros e Royalties, como vimos, também refletiram este pensamento de assimetria de tratamento entre dívida e capital porque, na mente dos legisladores, o sistema estava afinado na medida em que ambos os mecanismos se neutralizavam. No caso dos dividendos, não havendo dedução também não pode haver inclusão, e quanto aos juros, é obrigatória a inclusão daqueles rendimentos para a formação da matéria coletável porque da parte de quem pagou também houve uma dedução do montante pago.

Outra assimetria estrutural que parte da génese destes sistemas prende-se com a atribuição de personalidade tributária passiva apenas a certas empresas, isto com base no atributo da personalidade jurídica. Esta assimetria de tratamento, que reside no reconhecimento de autonomia fiscal de entidades com personalidade tributária passiva, permite que os rendimentos empresariais sejam tributados ao nível da sociedade constituída, separadamente dos verdadeiros titulares da manifestação de capacidade contributiva, ao passo que às entidades desprovidas de personalidade jurídica, às quais não é reconhecida essa autonomia, o rendimento que lhe é imputado tributa-se na esfera da entidade que tem personalidade jurídica à qual está afeta. São as designadas entidades

fiscalmente transparentes, ou seja, entidades cujos rendimentos são reportados na declaração de rendimentos de outra entidade.

12. Assimetrias dos Instrumentos Híbridos.

O fenómeno da globalização contribui massivamente para a expor as lacunas que se foram revelando nas leis fiscais nacionais devido à intensificada interação entre os sistemas de tributação e que, devido à falta de coerência na fiscalidade internacional, deram origem a um problema ainda mais preocupante que a dupla tributação – a dupla não tributação.⁹³

Os sistemas de tributação em todo o mundo foram estruturados com base em duas grandes assimetrias basilares dos sistemas de tributação que, até ao Plano de Ação BEPS, foram a fonte de muito planeamento fiscal e, no caso particular dos instrumentos híbridos, a causa exclusiva.

A assimetria no tratamento entre a forma de remunerar dívida e capital, por um lado, e a assimetria no tratamento diferenciado que damos às sociedades que tem personalidade tributária passiva e às entidades que são fiscalmente transparentes, por outro, foram abusivamente explorada pelos grupos multinacionais com a criação de instrumentos híbridos, por via dos quais, é possível obter o “melhor dos dois mundos” em termos de tratamento fiscal. Estes grupos conseguem facilmente definir a forma como funcionalmente os grupos de sociedades são construídos e, com isso, obter uma melhor engenharia fiscal nas operações que realizam. Como afirma Cees Peters, torna-se demasiado fácil depositar todas as culpas nestes contribuintes por não dignificarem as suas responsabilidades perante a sociedade com técnicas de planeamento fiscal

⁹³ “Horizontal conflicts are well known in the field of international tax law. The best known example is probably the case of juridical double taxation, but cases of double non-taxation may also be qualified as horizontal conflicts. After all, these conflicts arise from the horizontal interaction of the taxing systems of two states.” Peters, Cees – *On the Legitimacy of International Tax Law*... pág. 317

agressivo cujo propósito principal é o não pagamento da sua *fair share*, pelo que culpa não deve morrer solteira:

“Obviously, it is a facile argument to attribute the blame for the exploitation of these completely to taxpayers. States have simply refused to take action with the result that the tax law market was completely free to establish connection between the diverging tax systems. Driven by the base erosion and profit shifting that is cause by these hybrid mismatches states seem now more determined to take action. This is a welcome, but also avoidable step forward. States may resolve such mismatches through unilateral measures so that the solution is not based on international tax law. Such a solution is however not desirable. An effective resolution of this problem of double non-taxation requires cooperation between the involved states. There need to be solutions that are coordinated with the help of the institutional function of international tax law. Such solutions need to create connections between the taxing systems of the concerned states.”⁹⁴

Com a Ação 2, a OCDE solicitou o desenvolvimento de instrumentos capazes de neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos:

“Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to neutralise the effect (e.g. double non-taxation, double deduction, long-term deferral) of hybrid instruments and entities. This may include: (i) changes to the OECD Model Tax Convention to ensure that hybrid instruments and entities (as well as dual resident entities) are not used to obtain the benefits of treaties unduly; (ii) domestic law provisions that prevent exemption or non-recognition for payments that are deductible by the payor; (iii) domestic law provisions that deny a deduction for a payment”⁹⁵

Em Março de 2014, foram divulgados dois projetos pela OCDE para discussão, relacionados com esta Ação 2 do BEPS, o primeiro com

⁹⁴ Cfr. Peters, Cees – *On the Legitimacy of International Tax Law*... pág. 335.

⁹⁵ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*... págs. 15-16.

recomendações para as leis domésticas e o segundo com recomendações para o Modelo de Convenção da própria OCDE. Foi no primeiro projeto que se descreveu um instrumento híbrido como tratando-se de um esquema de deslocalização de rendimentos concretizado através da utilização de um elemento híbrido no tratamento fiscal de uma entidade ou de um instrumento financeiro capaz de produzir assimetrias nos resultados fiscais relativos a um pagamento feito nos termos desse esquema.⁹⁶ Foram ainda identificados os dois principais efeitos que resultavam dos esquemas que envolviam pagamentos híbridos – *Deduction without inclusion outcome (D/NI)* e *Double deduction outcome (DD)*.⁹⁷

12.1. Assimetrias dos Instrumentos Financeiros Híbridos.

Nos fluxos transacionais que se estabelecem dentro de um grupo de sociedades com a pretensão de transferir os recursos de que dispõem, estas entidades podem optar por se relacionar entre si através da realização de transações diretas ou indiretas. Estas transações são sempre tituladas como títulos jurídicos, ou seja, efetivadas por via da celebração de contratos. Portanto, as sociedades são livres de celebrar contractos diretamente com a casa-mãe ou, indiretamente, com de outra sociedade do grupo que depois pode contratar a casa-mãe. Ao mesmo tempo que podem escolher o fluxo transacional que pretendem utilizar, direto ou indireto, estes grupos empresariais dispõem também de imensa flexibilidade para escolher a roupagem jurídica que pretendem atribuir a essas transações. Pode ser um contrato de empréstimo, uma prestação de serviço, um pagamento de uma renda ou de *royalties* o canal através do qual se vai fazer movimentar capitais ou ativos dentro do consolidado.

A exploração abusiva da assimetria que se criou devido à diferença de tratamento entre o pagamento de dividendos e o pagamento de juros (*debt vs*

⁹⁶ OECD, BEPS Action 2: Neutralise the Effect of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws) 19 March 2014 - 2 May 2014, para, 17, pág. 8

⁹⁷ *Ibidem*, para. 20, pág. 8

equity bias) foi feita com recurso à criação de instrumentos financeiros⁹⁸ híbridos cuja genialidade se traduz na redação bem feita de contratos que permitam explorar as lacunas jurídicas derivadas da forma diferenciada como os países caracterizam o que é um instrumento de dívida e um instrumento de capital.⁹⁹

12.1.1. Resultado dedução sem inclusão (D/NI).

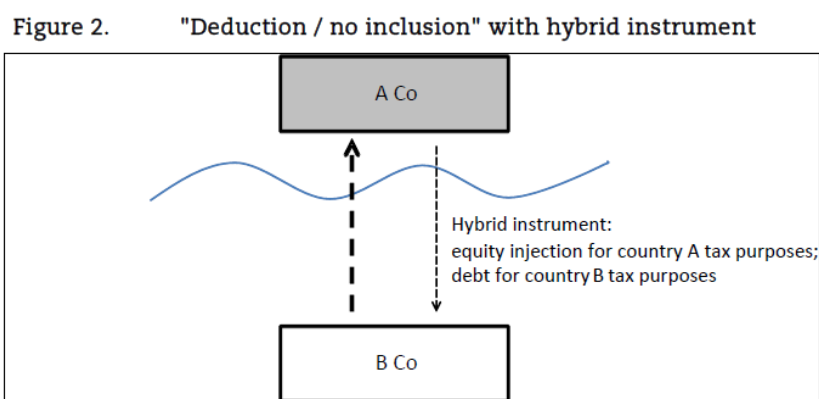
A redação minuciosa de um contrato por trás de um instrumento financeiro híbrido visa jogar com as regras de tributação de dois ou mais Estados envolvidos numa determinada transação, de tal modo que aquele título jurídico que suporta a transação seja visto no Estado de quem recebe como se de uma contribuição de capital se tratasse, mas é ao mesmo tempo interpretado como um contrato do empréstimo no Estado de quem paga o juro ao abrigo daquele negócio jurídico.¹⁰⁰ Com isto, o efeito prático que se consegue é uma dedução na declaração periódica do contribuinte pagador, sem que, no entanto, se verifique uma inclusão desses rendimentos na matéria coletável da sociedade que os

⁹⁸ Para Engrácia Antunes os instrumentos financeiros são “um conjunto de instrumentos juscomerciais heterogéneos susceptíveis de criação e/ou negociação no mercado de capitais, que têm por finalidade primordial o financiamento e/ou a cobertura de risco da actividade económica.” Engrácia Antunes, José – *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, 2009, pág. 9

⁹⁹ A diferença entre os dois tipos de instrumentos é que o de capital tende a ter uma remuneração flutuante, variável consoante o rendimento da sociedade, enquanto que a dívida tem uma remuneração fixa, independentemente dos resultados apurados pela sociedade, a opção pelo recurso a o instrumento de capital implica uma participação do risco da sociedade.

¹⁰⁰ O que estes instrumentos híbridos fazem é, por exemplo, criar contratos de empréstimo com juros variáveis dependendo do volume de negócios da sociedade. Um contrato desta natureza configura um instrumento financeiro híbrido porque, não obstante o pagamento de juros ser tipicamente uma forma de remunerar dívida, também não é menos verdade de que a variação da remuneração em função do volume de negócio é, em termos de substância, participar indiretamente no risco da sociedade que, por natureza, está reservado aos detentores de capital.

recebe. A terminologia utilizada no BEPS para descrever este resultado é “dedução sem inclusão”¹⁰¹ como ilustra a seguinte figura:



Fonte: OECD (2012) *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and*

No esquema representado na figura, o contribuinte residente no **Estado B** faz uma transferência ao abrigo de um contrato que, naquele ordenamento, é visto como uma **locação financeira** que dá origem ao pagamento de uma contrapartida (os juros do empréstimo contraído), ao passo que no **Estado A**, onde reside o contribuinte que beneficia da prestação, a transferência é vista como um ato societário, ou seja, uma injeção no capital social. Com efeito, no **Estado B**, para efeitos de apuramento da matéria coletável o contribuinte terá direito a deduzir o montante pago e, no **Estado A** o montante recebido não concorre para a formação do lucro tributável.

12.2. Assimetrias das Entidades Híbridas.

O Projeto BEPS versa sobre tributação de grupos multinacionais, nas transações implementadas entre sociedades-mães e filhas e sociedades irmãs localizadas em diferentes países. A estratégia na elaboração dos Relatórios foi

¹⁰¹ “A D/NI mismatch generally occurs when a payment or part of a payment that is treated as deductible under the laws of one jurisdiction is not included in ordinary income by any other jurisdiction.” OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>, pág. 17.

estudar os comportamentos substitutivos destes grupos de empresa para ver que tipo de planeamento fiscal andavam a fazer para provocar a tal erosão das bases de tributação de um país e deslocalizar os lucros.

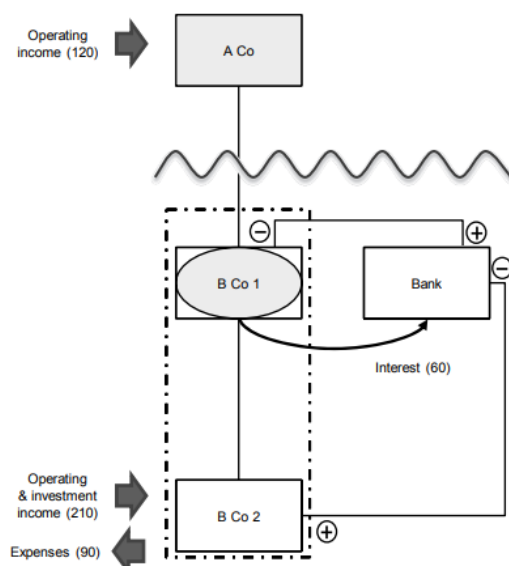
Existem três abordagens comumente adotadas pelos países para classificar entidades estrangeiras: a mais comum entre as três, que caracteriza aquelas entidades de acordo com as regras nacionais; a abordagem que se serve das regras estrangeiras para classificar aquelas entidades, isto é, classifica de acordo as regras vigentes no Estado onde a entidade é residente; e a abordagem uniforme, nos termos da qual as entidades são sempre vistas como opacas. O problema das disparidades aqui em causa está intrinsecamente associado às classificações de acordo com as regras domésticas.

A necessidade de classificar entidades estrangeiras, conjugada com a assimetria estrutural dos sistemas de tributação, segundo a qual as entidades com personalidade tributária passiva (opacas) pagam imposto e as entidades desprovidas de personalidade tributária passiva (transparentes) não sujeitos passivos de imposto, permitiu aos contribuintes juntar essas duas situações naturais dos sistemas para criar as entidades híbridas.

12.2.1. Resultado Dupla Dedução (DD).

Um dos resultados da disparidade que permitiu a criação de entidades híbridas é a obtenção de uma dupla dedução (DD) por parte do contribuinte, cujo um único pagamento que efetua vai conseguir ser deduzido em ambos os Estados.¹⁰² É esta a vantagem fiscal que se consegue com a estrutura visada na figura seguinte, em que três entidades relacionadas se encontram distribuído entre dois Estados.

¹⁰² “A DD mismatch arises to the extent that all or part of the payment that is deductible under the laws of another jurisdiction is set-off against non-dual inclusion income.” OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>, pág. 17



Fonte: OECD *Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 BEPS Project

Devido à abordagem divergente adotada por ambos os Estados, em cada um vai se socorrer das suas próprias regras nacionais para classificar a **Entidade Co 1**, esta passa a intitular-se de híbrida devido à disparidade na classificação entre os dois países. No **Estado A**, a entidade híbrida é classificada como sendo transparente e no **Estado B** as regras dizem tratar-se de uma entidade opaca que, juntamente com a **Entidade Co 2** (também ela opaca), por fazerem parte do mesmo consolidado fiscal, qualquer despesa apurada por uma das entidades pode ser utilizada pela outra para neutralizar rendimentos. O único rendimento que a **Entidade Co 1** auferir e utiliza para cumprir com as suas obrigações são dividendos que com base na assimetria do *debt vs equity bias* não concorrem para a formação do lucro tributável e, portanto, nos termos do RETGS do **Estado B**, o custo incorrido com os juros de empréstimos pagos pela **Entidade Co 1** a uma entidade terceira (uma instituição financeira) são aproveitados pela **Entidade Co 2** para fazer reduzir a matéria coletável do consolidado. No **Estado A**, o custo incorrido com pagamento de juros de empréstimos pela **Entidade Co 1** também é reclamado pela **Entidade Co** porque aos olhos da lei naquela jurisdição tudo

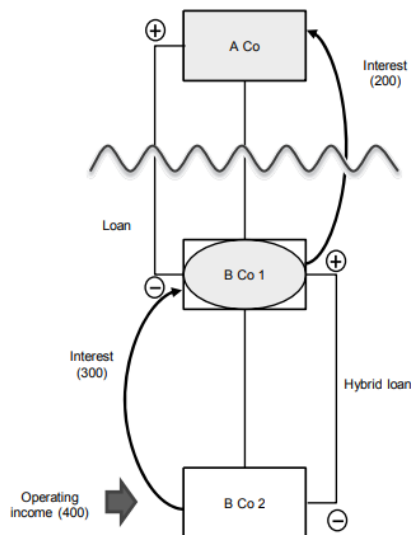
funciona como se tivesse sido ela própria a incorrer naquele custo, porque a entidade híbrida é vista naquele país como uma entidade transparente.

Country A A Co			Country B B Co 1		
	Tax	Book		Tax	Book
Income			Income		
Operating income (A Co)	120	120			
Attributed CFC Income from B Co 2	30	-			
Tax credit on attributed CFC Income	6	-			
Expenditure			Expenditure		
Interest paid by B Co 1	(60)	-	Interest paid	(60)	(60)
Net return		120	Net return		(60)
Taxable income	96		Taxable income (loss)	(60)	
Tax on income (30%)	(28.8)				
Credit for underlying foreign taxes	6		Loss surrender to B Co 2	60	
Tax to pay	(22.8)		Loss carry forward	0	
After-tax return		97.2			
			B Co 2		
			Income		
			Operating Income	180	180
			Interest Income	30	30
			Expenditure		
			Operating expenses	(90)	(90)
			Loss surrender	(60)	-
			Net return		120
			Taxable income	60	
			Tax on income (20%)	(12)	
			Tax to pay	(12)	(12)
			After-tax return		108

Fonte: OECD *Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 BEPS Project

Em suma, a tabela acima traduz em números o efeito da dupla dedução: uma só despesa relacionada com o pagamento de juros com direito a duas deduções na matéria coletável em dois Estados distintos.

12.2.2. Resultado dedução sem inclusão (D/NI).



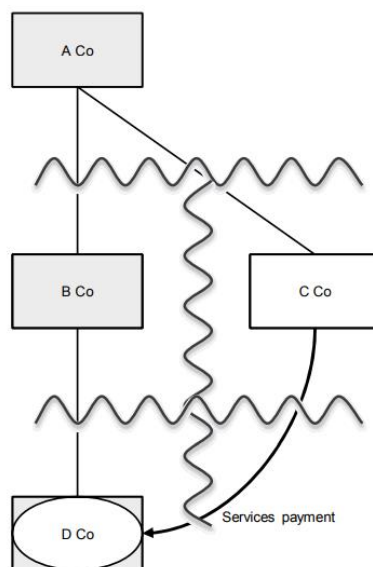
Fonte: OECD *Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 BEPS Project

O planeamento *supra* ilustrado representa o resultado dedução sem inclusão (D/NI). Neste esquema, a **Entidade Híbrida Co 1** estabelecida no **Estado B**, classificada como uma entidade opaca nos termos da legislação desse país, contrai um empréstimo junto à sociedade-mãe residente no **Estado A**. O custo incorrido com o posterior pagamento dos juros de empréstimos pagos pela **Entidade Co 1** é utilizado para deduzir à matéria coletável do consolidado no **Estado B**, ao passo que no **Estado A** não há lugar a nenhuma inclusão porque a entidade híbrida é classificada como transparente naquele ordenamento que, aos do Direito Fiscal, a transação opera como se de um mero fluxo interno de fundos se tratasse dentro da própria **Entidade Co**, como mostra a tabela seguinte:

Country A A Co			Country B B Co 1		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by B Co 1	0	200	Interest paid by B Co 2	300	300
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid to A Co	(200)	(200)
			<u>Net return</u>		
			100		
<u>Taxable income</u>			<u>Taxable income</u>		
0			100		
			B Co 2		
			<u>Income</u>		
			Operating Income		
			400		
			400		
			<u>Expenditure</u>		
			Interest under hybrid loan		
			(300)		
			(300)		
<u>Net return</u>			<u>Net return</u>		
200			100		
<u>Taxable income</u>			<u>Taxable income</u>		
0			100		

Fonte: OECD Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 BEPS Project

12.2.3. Híbrido Reverso.



Fonte: OECD Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 BEPS Project

A figura ilustra um híbrido reverso (*reserve-hybrid entity*) que funciona numa lógica contrária à das entidades híbridas anteriormente analisadas porque, no Estado onde a entidade é incorporada, as regras daquele ordenamento não

classificá-la como uma entidade transparente e no Estado da entidade com quem se relaciona diretamente vai ser vista como se de uma entidade opaca se tratasse. Na ilustração, o custo incorrido com o pagamento de prestação de serviços pela **Entidade C Co** é deduzido na sua matéria coletável no **Estado C** onde reside. Já o rendimento recebido pelo híbrido reverso, **Entidade D Co**, não apresenta qualquer relevância para o **Estado D** porque se tratar de uma entidade transparente para aquela jurisdição e, ao abrigo das suas regras de tributação, a transação opera como se fosse um fluxo entre as entidades residentes no **Estado C** e no **Estado B**. Por sua vez, no **Estado B** aquele pagamento também não tem qualquer impacto na declaração periódica da **Entidade B Co**, porque a **Entidade D Co** estabelecida no **Estado D** é classificada como uma entidade opaca. O resultado obtido é, tal como no esquema anterior, uma dedução no **Estado C** sem inclusão no **Estado D**, tampouco no **Estado B**.¹⁰³ Por outras palavras, temos um conflito negativo de competência para tributar aquele rendimento e, por consequência, a ocorrência do fenómeno da dupla não-tributação

12.3. Recomendações do Relatório Final da Ação 2.

A fim de neutralizar os resultados pouco desejados *supra* descritos, o Relatório Final da Ação 2 propôs recomendações no sentido de introduzir alterações, quer às regras de tributação de fonte doméstica quer no próprio Modelo de Convenção da OCDE. Assim que efetuada a transposição, essas recomendações irão de imediato neutralizar esses efeitos provocados pelas assimetrias híbridas, pondo fim a deduções múltiplas para uma única despesa e deduções sem a correspondente inclusão do rendimento. Espera-se que, com a neutralização destes resultados, as regras implementadas passem a funcionar

¹⁰³ “A D/NI outcome will arise in respect of a payment to a reverse hybrid to the extent that the payment is deductible under the laws of one jurisdiction (the payer jurisdiction) and not included in ordinary income by a taxpayer under the laws of any other jurisdiction where the payment is treated as being received (the payee jurisdiction).” OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report...* pág. 57

como elemento dissuasor na escolha destes veículos por parte dos agentes económicos para deslocalizar rendimentos sem que, no entanto, seja negativamente afetado o comércio e o investimento transfronteiriços.

12.4. Diretiva Anti-Elisão.

No caso europeu, foi acordado em Bruxelas que as recomendações vertidas nos treze relatórios do BEPS seriam implementadas através de Diretivas porque havia interesse em harmonizar todas aquelas regras. Portanto, foi o legislador europeu quem teve a responsabilidade de pegar em todos aqueles relatórios e fazer leis com base nas recomendações. A versão original da ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*)¹⁰⁴ é uma Diretiva abrangente que transpôs para o espaço da União Europeia as várias recomendações dos diversos relatórios BEPS e, relativamente a assimetrias híbridas, consagrou apenas uma pequena regra orientada para lidar só com instrumentos híbridos que resultam da interação de sistemas entre Estados-Membros:

Article 2

Definitions

“For the purposes of this Directive, the following definitions apply:

(9) ‘hybrid mismatch’ means a situation between a taxpayer in one Member State and an associated enterprise in another Member State or a structured arrangement between parties in Member States where the following outcome is attributable to differences in the legal characterization of a financial instrument or entity:

(a) a deduction of the same payment, expenses or losses occurs both in the Member State in which the payment has its source, the expenses are incurred or the losses are suffered and in another Member State (‘double deduction’); or

¹⁰⁴ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

(b) *there is a deduction of a payment in the Member State in which the payment has its source without a corresponding inclusion for tax purposes of the same payment in the other Member State ('deduction without inclusion').*”

Article 9

Hybrid mismatches

“1. *To the extent that a hybrid mismatch results in a double deduction, the deduction shall be given only in the Member State where such payment has its source.*

2. *To the extent that a hybrid mismatch results in a deduction without inclusion, the Member State of the payer shall deny the deduction of such payment.*”

Com feito, para o resultado de dupla dedução com a incorporação de uma entidade híbrida, e assumindo que os países envolvidos fazem parte da União Europeia, o n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva criou uma regra de precedência que permite apenas uma dedução num dos Estados envolvidos, no Estado-Membro onde o pagamento híbrido tem a sua fonte. A dedução no outro Estado-Membro deve ser recusada e, com isto, neutraliza-se o efeito DD indesejado.

É este o motivo pelo qual o BEPS necessitou de ser coordenado internacionalmente, porque é imperativo que os Estados tenham todas as mesmas regras para não haver buracos. Perante uma transação que envolva um instrumento híbrido, o Estado-Membro onde o pagamento híbrido tem a sua fonte vai poder atribuir a dedução com toda a segurança porque à partida já sabe que o outro Estado-Membro envolvido não vai atribuir.

Noutra transação, o efeito dedução sem inclusão deve ser neutralizado no Estado-Membro do pagador, negando-lhe a dedução do custo incorrido. Nos termos do n.º 2 do artigo 9º da Diretiva, Estado-Membro do pagador tem o direito de negar a dedução que só deve ser atribuída perante a certeza de que o rendimento vai ser tributado na esfera do signatário do pagamento.

A ATAD 2¹⁰⁵ é uma Diretiva que veio alargar o âmbito de incidência da regra dos híbridos prevista na versão original da ATAD, e introduziu alterações que cobrem entidades e instrumento financeiros híbridos que resultam da interação de sistemas de tributação com Estados terceiros, estabelecimentos estáveis híbridos, assimetrias importadas, transferências híbridas e assimetria de dupla residência.

A ATAD 2 foi estabelecida com dois prazos de transposição: até 1 de Janeiro de 2020 para transporem a maior parte das disposições da Diretiva; e até Janeiro de 2022 para transpor o artigo 9º-A que trata de assimetrias de híbridos reversos. e foi aprovado durante a presidência holandesa do Conselho Europeu para entrar em vigor apenas em 2022:¹⁰⁶

Article 9a

Reverse hybrid mismatches

“1. Where one or more associated non-resident entities holding in aggregate a direct or indirect interest in 50 per cent or more of the voting rights, capital interests or rights to a share of profit in a hybrid entity that is incorporated or established in a Member State are located in a jurisdiction or jurisdictions that regard the hybrid entity as a taxable person, the hybrid entity shall be regarded as a resident of that Member State and taxed on its income to the extent that that income is not otherwise taxed under the laws of the Member State or any other jurisdiction.

2. Paragraph 1 shall not apply to a collective investment vehicle. For the purposes of this Article, “collective investment vehicle” means an investment fund or vehicle that is widely held, holds a diversified portfolio of securities and

¹⁰⁵ Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries.

¹⁰⁶ Foi uma negociação difícil porque na Holanda existem imensas planeamento com recurso a híbridos reversos e era necessário ganhar tempo para desmontar todas aquelas estruturas.

is subject to investor-protection regulation in the country in which it is established.”

Na estrutura que vimos esquematizada em **12.2.3.**, supondo que o Estado onde se encontra estabelecida o híbrido reverso se trata de um Estado-Membro, e se observados o requisitos de detenção do n.º 1 do artigo 9.º-A da ATAD, a **Entidade Híbrida D Co** passa a ser tratada no **Estado D** da mesma forma como é vista no **Estado B** onde é residente a **Entidade B Co** que a detém, como uma entidade opaca. Mas atenção, as disposições da Diretiva sobre este assunto são para aplicar apenas a partir de 1 Janeiro de 2022, pelo que até lá nada pode ser feito contra esta arquitetura de planeamento fiscal agressivo.

13. Concorrência Fiscal Prejudicial.

Governadas pelo conceito de Planeamento Fiscal Global (*Global Tax Planning*) os grandes grupos multinacionais, cujo único propósito para a sua existência é o lucro depois dos impostos, tendem a gerir os seus atributos fiscais sob orientação de uma política global de coordenação de estratégia de grupo.¹⁰⁷

Até 2012 e 2013, altura em que alguns dos maiores grupos de empresas a nível mundial começaram a ser notícia por causa da perceção de que não estavam a pagar impostos suficientes nos países onde conduziam os seus negócios, o planeamento que veiculavam, de modo a que os lucros apurados tivessem a menor incidência de imposto possível podia envolver a presença de três grandes atores: o paraíso fiscal; o país de baixa tributação que, não obstante a taxa de tributação efetiva muito reduzida que apresenta, faz parte da lista de jurisdições

¹⁰⁷ “The internal allocation of resources among the different group nodes under a unitary business policy often demands the relegation of the particular economic interest of a subsidiary in favour of the common objective of overall profit maximization. Significantly, this unitary business policy often involves obedience to a group tax strategy of tax minimization. Thus, many groups look at the tax results of their entities on a joint basis, having an added interest (and instruments) to engage in overall group tax planning.” Correia, Miguel G.– *Taxation of Corporate Groups*..., pág. 124.

legítimas;¹⁰⁸ e a vítima do planeamento fiscal agressivo, o país com elevada taxa de tributação sobre as empresas.

Os que verdadeiramente se apresentam como os beneficiários das práticas de planeamento fiscal agressivo, que a Ação 5 do BEPS pretende neutralizar, são o grupo de países com taxas de tributação reduzidas¹⁰⁹ e o grupo de países por detrás dos paraísos fiscais.¹¹⁰

Muito da erosão das bases tributação provocadas pelas grandes multinacionais é possível devido à utilização do conceito de Planeamento Fiscal Global, que consiste em olhar para os rendimentos do grupo numa base global e, com isso, fazer um jogo muito simples que passa por colocar as deduções com custos incorridos nos países com elevadas taxas de tributação e colocar as inclusões de rendimentos auferidos nos paraísos fiscais (idealmente) ou nos países de tributação reduzida. Geralmente, o que se faz é triangular por via dos países de tributação reduzida, para se chegar aos territórios de tributação nula. Portanto, numa lógica de pensamento de grupo, o objetivo é colocar as deduções nos países de elevada tributação e as inclusões no paraísos fiscais ou nos países

¹⁰⁸ Por exemplo, a Irlanda e a Holanda que possuem um conjunto de atributos muitos próprios, tais como: uma alargada rede de ADT; são Estados-Membros da UE e, por isso, estão abrangidos pelas diretivas comunitárias, nomeadamente as Diretivas Mãe-Filhas e Juros e Royalties; e a ausência de retenção na fonte para pagamentos feitos a entidades estabelecidas em paraísos fiscais.

¹⁰⁹ A Holanda, o Luxemburgo, a Irlanda, a Estónia e Malta que tem uma taxa imposto aparentemente alta, mas depois tem mecanismos de mitigação que fazem com que a taxa efetiva seja bastante mais baixa.

¹¹⁰ Neste domínio o Reino Unido desempenha um papel fundamental. Em Novembro de 2016, o Grupo de Código de Conduta da UE, mandatado pelo Conselho da União Europeia, trabalhou num projeto em que se pretendia implementar uma lista negra de paraísos fiscais. Na altura, o que se fez foi analisar todas as jurisdições no mundo para identificar as jurisdições de tributação nula e o que se concluiu é que a larga maioria eram *Crown Dependences* ou *Overseas Territories* do Reino Unido. Também foi possível constatar que parte significativa do capital que vinha de fora da União Europeia para catapultar a praça financeira de Londres chegava de forma triangulada a través de veículos de investimentos incorporados naqueles territórios dependentes britânicos. Quando as negociações tentaram incluir esses territórios com ligações ao Reino Unido, a Suíça e outros quatro Estados-Membros (a Irlanda, o Luxemburgo, a Holanda e Malta), a lista que acabou por ser adotada a 5 de Dezembro de 2017 incluía apenas 17 países e territórios fora da União Europeia.

de média ou baixa tributação, o que se faz com recurso a três principais instrumentos de planeamento: a detenção de propriedade intelectual num paraíso fiscal para obter pagamento de *royalties*; a criação de subsidiárias financeiras a conceder empréstimos para receber contrapartida de juros, estrategicamente localizadas e a financiar todo o grupo; e a criação de um centro de serviços partilhados num país de baixa tributação que preste todos os serviços relacionados com a gestão do grupo. Tudo é estruturado de forma bastante meticulosa para que os fluxos sigam sempre a mesma direção, com pagamentos a fluir dos países onde a taxa de tributação é elevada rumo aos países onde a tributação daqueles rendimentos é baixa ou inexistente.¹¹¹

No espaço da UE é mais complexo concretizar este planeamento na medida em que um pagamento direto de *royalties* para uma entidade sediada, por exemplo nas Ilhas Caimão, por uma entidade estabelecida num Estado-Membro com elevada taxa de tributação, Alemanha ou Portugal por exemplo, porque dispõem de regras anti abuso com taxas de retenção na fonte majorada se o pagamento for realizado para um paraíso fiscal, o que inviabiliza todo este esquema. Não obstante, o que até à data continua a possibilitar este tipo planeamento dentro da UE e facilita o pagamento de juros ou *royalties* para paraísos fiscais é a Diretiva que eliminou a retenção na fonte para pagamentos daquela natureza no seio dos grupos de sociedades europeus e que nos últimos anos tentou-se renegociar, mas sem sucesso porque para tal é preciso

¹¹¹ “...in certain cases, the changes in the location of tax attributes may involve changes to the group’s functional structure. Consider, for instance, the group’s potential interest in locating additional tax deductions in a profit making node (A1) and tax inclusions on a loss making node (A2). To change the group’s functional structure and have A2 providing administrative services for A1, as well as for the rest of the group, provides one potential approach. As a result, while the remaining group entities, including A1, have deductions for the payments made for services, the entity rendering such services (A2) may effectively offset the group’s taxable income using its unused losses from other lines of business. By the same token, group financing may be channelled through a sole entity, compounding the loan related deductions in such profit making entity (A1).” Correia, Miguel G. – *Taxation of Corporate Groups...* pág. 124.

unanimidade no Conselho.¹¹² Com a Diretiva Juros e *Royalties*, os grupos começaram a fazer sub-licenciamentos, na Irlanda por exemplo, de direitos de propriedade intelectual detidos por uma entidade num paraíso fiscal.¹¹³ Como vimos, uma vez observados os requisitos da Diretiva Juros e *Royalties*, cessa a obrigação de reter o pagamento na fonte, o que permite que o pagamento com direito a deduzir o custo seja feito de Portugal para a Irlanda sem grandes constrangimentos porque a tributação daquele rendimento passa a ser da exclusiva competência do Estado-Membro de destino. Uma vez feito o pagamento para a Irlanda, se for um rendimento associado à propriedade intelectual pode ser abrangido pelo regime especial de tributação de *royalties* (as famosas *IP Boxes*) com taxas muito reduzidas de imposto,¹¹⁴ pode, adicionalmente, beneficiar de uma informação vinculativa (*ruling*) da autoria das autoridades fiscais que, geralmente, é emitida de forma privada ao investidor garantindo que este pode beneficiar daquele regime de tributação especial. Deste modo, facilmente se consegue fazer um pagamento para fora da União porque

¹¹² “Two recent Room Document cleared for consultation by the European Council discuss a possible amendment to the EU Interest and Royalties Directive[...] aimed at making the source exemption of qualified interest and royalty payments dependent on the condition that such payments undergo an effective taxation rate of at least 10 an effective taxation of at least 10% in the Member State of establishment of the recipient.” Weber, Dennis – *EU Law and the building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, IBFD, 2017, pág. 127.

¹¹³ Veja-se o paradigmático exemplo do denominado esquema *Double Irish with a Dutch Sandwich* que se resume em “tax avoidance technique employed by certain large corporations, involving the use of a combination of Irish and Dutch subsidiary companies to shift profits to low or no tax jurisdiction. The double Irish with a Dutch sandwich technique involves sending profits first through on Irish company, then to a Dutch company and finally to second Irish company headquartered in a tax.” IBFD International Tax Glossary, pág. 157.

¹¹⁴ “The most significant policy innovation in recent years with regard to R&D output incentives has been the introduction, by a significant number of European states, of IP Box regimes, which tax at (significantly) lower tax rates income derived from the transfer and/or direct use of intangible assets, in particular assets.” Weber, Dennis – *EU Law and the building of Global...* pág. 99.

países como a Irlanda não têm taxas de retenção na fonte majoradas para paraísos fiscais.¹¹⁵

Numa perspetiva mais abrangente e em sentido figurado, a União Europeia pode ser ilustrada como um castelo com muros (as taxas de retenção na fonte majoradas para paraísos fiscais) em vários pontos de controlo, mas depois alguns pontos de controlo decidem não ter muros. Consequentemente, a Diretiva Juros e *Royalties* permite que um grande volume de operações seja canalizado para esses países que decidiram não adotar taxas de retenção na fonte majoradas para paraísos fiscais. Através da Diretiva Juros e *Royalties*, muito dinheiro vai parar a países como a Holanda e a Irlanda e, a partir desses pontos estratégicos, sai facilmente para os paraísos fiscais, a troco de “migalhas” (que acabam por ser uma fortuna para países pequenos) deixadas naqueles países para serem tributados, garantindo a verificação do requisito da residência fiscal necessário para aplicação da Diretiva e também afastar a aplicação regra anti-abuso do beneficiário efetivo ao garantir que existe um mínimo de rendimento sujeito a tributação.

O Projeto BEPS veio exigir bastante para tentar lidar com este grupo de países de baixa tributação que desempenham um papel tremendo na erosão das bases de tributação devido ao facto de não disporem de regras anti-abuso para lidar com paraísos fiscais. Os países de elevada tributação têm regras anti-abuso eficazes para lidar com paraísos fiscais: taxas de retenção na fonte majoradas; regras CFC; e regras de subcapitalização.

Na Europa, antes do BEPS, já havia vários exemplos (Portugal é um deles) de países a partir dos quais o pagamento direto para paraísos fiscais não se vislumbrava um bom ponto de partida no planeamento fiscal global de uma multinacional porque ficava demasiado dispendioso. São os países de baixa

¹¹⁵ “The Irish Government, in 2010, relaxed the rules on charging withholding taxes on royalties paid to non-residents so that it is now possible for royalties to be paid to any country without withholding tax.” Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation*... pág. 649.

tributação que subvertem a lógica do sistema montado porque servem de ponte que faz a ligação desses rendimentos dos países de elevada tributação em direção aos paraísos fiscais.

Através do jogo das deduções e inclusões, um jogo de posicionamento, as multinacionais conseguem deduzir a matéria coletável onde a taxa de imposto é muito elevada porque, logicamente, quanto maior as despesas para deduzir maior são os benefícios. Por outro lado, conseguem a proeza de colocar todo o rendimento do grupo em países onde a tributação é inexistente. Para se compreender este jogo é preciso olhar para os tais países de baixa tributação cujas jurisdições reúnem características fiscais que conseguem receber “bem” esses juros e *royalties*, e depois conseguem pagar para fora sem grandes onerações fiscais. Receber “bem” significa ter a capacidade de receber o pagamento sem qualquer retenção na fonte do montante bruto recebido, que por sua vez será sujeito a uma taxa de tributação bastante reduzida sob a alçada do regime especial de uma *IP Box*, geralmente cumulada com informações vinculativas emitidos para assegurar de forma vinculativa que a taxa efetiva que vai ser aplicada é aquele resulta do regime de tributação mais favorável para os intangíveis, derrogando a taxa normal de imposto sobre as empresas e garantindo uma taxa efetiva sobre o recebimento de juros e *royalties* muito baixa.

13.1. A Ação 5 do BEPS.

Para contrariar este tipo de práticas, em 2013 a OCDE reconheceu no Plano de Ação BEPS que os regimes de tributação preferencial continuam um dos principais focos de pressão no que respeita às práticas fiscais prejudiciais.¹¹⁶

¹¹⁶ The underlying policy concerns expressed in the 1998 Report as regards the “race to the bottom” on the mobile income tax base are as relevant today as they were 15 years ago. However, the “race to the bottom” nowadays often takes less the form of traditional ringfencing and more the form of across the board corporate tax rate reductions on particular types of income (such as income from financial activities or from the provision of intangibles). OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en>, pág. 17.

Ao mesmo tempo a OCDE foi capaz de reconhecer que os regimes fiscais prejudiciais passaram cada vez mais a assumir formas que privilegiam a tributação de certos tipos de rendimentos e, a este respeito, faz referência a rendimentos obtidos através da cedência de direitos de intangíveis que beneficiam dos regimes de *IP Box*. Para neutralizar estas novas formas de práticas fiscais prejudiciais, a OCDE destacou que seria necessário desenvolver soluções mais eficazes e que levassem em conta dois requisitos fundamentais: a transparência e a substância.

Para tal a Ação 5 propôs o seguinte:

*“Revamp the work on harmful tax practices with a priority on improving transparency, including compulsory spontaneous exchange on rulings related to preferential regimes, and on requiring substantial activity for any preferential regime. It will take a holistic approach to evaluate preferential tax regimes in the BEPS context. It will engage with non-OECD members on the basis of the existing framework and consider revisions or additions to the existing framework.”*¹¹⁷

13.1.1. The Nexus Approach.

De modo a promover o alinhamento da tributação com a substância das atividades desenvolvidas para assegurar que os lucros sujeitos a tributação não possam ser artificialmente deslocalizados dos países que contribuíram para a criação de valor da fonte daqueles rendimentos, a solução que OCDE propôs em 2015 foi a abordagem do nexo de causalidade:

“This approach was developed in the context of IP regimes, and it allows a taxpayer to benefit from an IP regime only to the extent that the taxpayer itself

¹¹⁷ *Ibidem* pág. 18

*incurred qualifying research and development (R&D) expenditures that gave rise to the IP income.”*¹¹⁸

A Ação 5 do BEPS defende que, primeiro, para lidar com problema destas *IP Boxes*, um contribuinte só pode beneficiar do seu regime de tributação especial quando o próprio incorreu em despesas na investigação e desenvolvimento (*Research & Revelopment*) que deram origem àquele rendimento. Por exemplo, a equipa investigadores que está na Irlanda tem de ter contribuído para desenvolver da propriedade intelectual que está na Irlanda e que é candidata a beneficiar desse tratamento privilegiado em sede desse regime especial de tributação. Esta abordagem da OCDE, denominada por “*the nexus approach*”, exige que haja um nexo de causalidade entre a concessão do tratamento privilegiado e a contribuição na atividade de pesquisa e desenvolvimento da propriedade intelectual naquele país. Logo, se a propriedade intelectual que está a dar origem ao rendimento estiver a ser desenvolvida em países como a Alemanha, onde há imensa investigação e onde toda a despesa é incorrida, mas depois a patente for transferida para a Irlanda, a substância da operação justifica que o intangível não possa beneficiar dessas taxas reduzidas porque os regimes de tributação privilegiada de propriedade intelectual foram consagrados com o propósito de encorajar atividades de pesquisa e desenvolvimento que promovam o crescimento económico, logo, tal regime preferencial deve beneficiar somente os contribuintes que de facto incorrem em despesas em prole da inovação e do desenvolvimento científico.

Aos contribuintes que pretendam beneficiar do regime de tributação preferencial sobre rendimentos de propriedade intelectual, a OCDE sugere que se apresentem provas com o grosso das despesas incorridas, capazes de fazer prova

¹¹⁸ OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>, pág. 11.

do valor acrescentado com que se contribuiu para o desenvolvimento daquelas atividades.¹¹⁹

Ainda assim, uma simples alteração de comportamentos dos agentes económicos pode facilmente contornar estas regras com a restabelecimento dos centros de pesquisa para aqueles países onde a tributação é baixa e facilmente se consegue fazer pagamentos para paraísos fiscais.

13.1.2. Troca espontânea de informações vinculativas.

A outra prioridade desta Ação 5 prende-se com a transparência que se quer melhorar com a troca espontânea de informações vinculativas.¹²⁰ Na União, um conjunto de Diretivas foram aprovadas na área da troca informações entre autoridades fiscais de Estados-Membros, todas elas construídas com base na recomendação do BEPS que, no concerne às informações vinculativas, propôs a troca de informações entre as autoridades fiscais sobre seis categorias de decisões vinculativas que emitem.¹²¹⁻¹²² Entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2017 o 2.º excerto da *Directive on Administrative Cooperation (DAC)*¹²³, a Diretiva base

¹¹⁹ *Ibidem*, pá g. 24 “Expenditures therefore act as a proxy for substantial activities. It is not the amount of expenditures that acts as a direct proxy for the amount of activities. It is instead the proportion of expenditures directly related to development activities that demonstrates real value added by the taxpayer and acts as a proxy for how much substantial activity the taxpayer undertook”

¹²⁰ *Ibidem*, pá g. 45 “This work contributes to the third pillar of the BEPS Project which has the objective of ensuring transparency while promoting increased certainty and predictability.”

¹²¹ *Ibidem*, pá g. 45 “This approach builds on the fact that Action 5 is not limited to exchanging information on rulings related to preferential regimes but allows for broader transparency.”

¹²² *Ibidem*, pá g. 46 “This includes six categories of taxpayer-specific rulings which in the absence of compulsory spontaneous exchange of information could give rise to BEPS concerns. These six categories are (i) rulings relating to preferential regimes; (ii) unilateral APAs or other cross-border unilateral rulings in respect of transfer pricing; (iii) cross-border rulings providing for a downward adjustment of taxable profits; (iv) permanent establishment (PE) rulings; (v) related party conduit rulings; and (vi) any other type of ruling agreed by the FHTP that in the absence of spontaneous information exchange gives rise to BEPS concerns.”

¹²³ Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE.

sobre cooperação administrativa entre autoridades fiscais dos Estados-Membros que remonta a sua aprovação a 2011 e que veio substituir a velha Diretiva sobre Cooperação Administrativa e Assistência Mútua de 1977. Esta segunda alteração à Diretiva, a DAC 3,¹²⁴ visa implementar a recomendação do BEPS no campo das informações vinculativas e acordos prévios sobre de apreços de transferências. Para além da informação vinculativa emitida de forma privada que garantia o acesso ao regime de tributação especial de intangíveis, também estavam a ser negociados acordos sigilosos que acordavam metodologias de preços de transferência em que o Estado em questão se comprometia a aplicar uma taxa tributação efetiva mais reduzida e, com isso, blindar a situação jurídica do contribuinte. O que se começou a notar, especialmente com os processos que foram instaurados pela Comissão Europeia ao nível de auxílios de Estado,¹²⁵ foi que havia uma prática instituída por vários governos em conceder nestas informações vinculativas tratamentos preferenciais para atrair investimento, concessões essas que não estavam tipificadas na lei e que não eram aceitáveis. Então, uma das medidas que também foi aprovada ao nível da OCDE, e que depois se refletiu na UE, foi a de começar a haver uma troca anual de informação relativa a essas informações vinculativas. A DAC 3 que implementou esta recomendação do BEPS diz quais são as decisões vinculativas que têm ligações ao mercado internacional e que todas elas têm de ser transmitidos para as outras autoridades fiscais que tem interesse neste tipo de transações. Portanto, se o Luxemburgo hoje emitir uma informação vinculativa à Jerónimo Martins, vai ter de enviar esse acordo para a Autoridade Tributária e Aduaneira no final do ano.

É uma troca de informações que já está ocorrer ao nível das autoridades fiscais dos Estados-Membros e que vai, naturalmente, permitir controlar melhor

¹²⁴ Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de Dezembro de 2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

¹²⁵ Comissão Europeia, *State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland) Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg)*, Press release of 11 June 2014, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/et/IP_14_663

o que se anda a passar. Esta troca de informações vai manter o seu carácter sigiloso, isto é, vai ficar apenas entre autoridades fiscais.

14. Entidades Estrangeiras Controladas (CFC).

Já vimos de que modo globalização criou variadíssimas oportunidades para que os grupos multinacionais pudessem fazer planeamento fiscal agressivo que lhes permitisse mitigar a carga tributária nos respetivos Estados de residência.

Vimos que na relação vertical entre duas entidades residentes (sociedades mãe e filha) no mesmo Estado, o reconhecimento da personalidade tributária passiva e a conseqüente tributação separada de uma filial afastam o princípio da tributação universal dos rendimentos da sociedade-mãe. No contexto da fiscalidade internacional este mesmo tratamento, o da tributação separada, é atribuído a uma filial estrangeira e cujos lucros não devem concorrer para a formação da matéria coletável da sociedade-mãe, também em observância do princípio da territorialidade enquanto fundamento do poder de tributar.

A grande exceção a este princípio da tributação separada é o regime das CFC que, composto por um conjunto de regras anti-abuso, entra em ação para negar o diferimento da tributação de rendimentos (geralmente de natureza passiva)¹²⁶ no Estado da Residência da entidade investidora através do planeamento que utiliza subsidiárias do grupo residentes em paraísos fiscais, para onde o rendimento é artificialmente deslocado e “parqueado” sem que seja sujeito a tributação (ou sujeito a tributação irrisória) por tempo indeterminado devido à manipulação do evento de realização do facto tributável, ou seja, a não

¹²⁶ “The CFC legislation usually aims to tax the resident shareholder on the passive income on the foreign subsidiary, rather than on any trading or other actively derived profits. This is because it is far more likely that financial investments, giving rise to passive income, will be transferred to the subsidiary to take advantage of a low rate of tax than it is that a physical trade or business would be transferred merely to take advantage of low tax rates” ...” Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation* ... pág. 550

distribuição dos lucros. Para que tal não aconteça, as CFC podem assim assumir diferentes modelos imputação de lucros, entre os quais, o modelo que opera ao nível do levantamento da personalidade tributária passiva da entidade estrangeira controlada e atribui todo o rendimento apurado à sociedade-mãe, ou, por via da ficção do evento de realização da distribuição de dividendos no exercício seguinte, salvaguardando não só os interesses do Estado onde reside o investidor, mas também os interesses do Estado da Fonte do rendimento como nota Ana Paula Dourado.¹²⁷

O quadro conceptual de referência no desenho das regras CFC contém três grandes elementos: primeiro, a definição de controlo; segundo, o chamado o teste da baixa tributação; e por último, a extensão das regras de atribuição dos rendimentos. Geralmente, uma sociedade estrangeira controlada, para efeitos de aplicação deste regime, é uma entidade controlada, detida direta ou indiretamente, em mais de 50% do seu capital social. Depois, há que determinar se aquela entidade CFC está, ou não, sediada num paraíso fiscal e, para tal, é feito o teste que determina se o território em causa é, ou não, de baixa tributação. Para tal, as legislações costumam adotar várias abordagens e uma delas é a criação de uma lista negra de jurisdições. Por conseguinte, todas as subsidiárias do grupo residentes numa daquelas jurisdições que façam parte da lista serão apanhadas pelo regime de imputação coerciva de lucros. Outra possibilidade é a exigência ao nível das taxas estatutárias que, em termos relativos, alguns legisladores estabelecem que a taxa nominal estatutária do Estado onde a subsidiária é residente tem de equivaler a uma certa percentagem da taxa do Estado onde reside a sociedade-mãe e, em termos absolutos, outros exigem uma taxa nominal mínima de imposto. Por fim, a abordagem mais sofisticada, em que

¹²⁷ “They also indirectly protect the interests of the source States by making it unattractive to transfer profits to a haven (considering residence country A, source country B, and affiliated company in low-tax jurisdiction C, the CFC rules might prevent profit shifting from country B to country C, which would benefit country B)” Paula Dourado, Ana – *The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU*, *British Tax Review*, n.º 3, 2015, pág. 342

é considerado apenas o imposto efetivamente pago pela subsidiária e que tem de cumprir com o mínimo estabelecido.

Uma vez verificados os dois elementos, o de controlo e o da localização da subsidiária num território de baixa tributação, é necessário definir em que medida será feita a atribuição dos lucros, que dependerá do sistema de tributação do Estado da Residência do investidor:¹²⁸ pode o lucro apurado pela entidade controlada ser atribuído na totalidade; pode ser atribuído a totalidade do lucro apurado, com exceção a certas categorias de rendimentos da atividade empresarial normal; pode ainda ser imputado à sociedade-mãe apenas certas categorias de rendimentos, tais como rendimento passivo e rendimento auferido em transações com entidades relacionadas.

14.1. A Ação 3 do BEPS.

Com a Ação 3 do BEPS, a própria OCDE reconheceu que se tratava de uma área pouco trabalhada pela organização e, por isso, propôs que se trabalhasse no aperto das regras CFC, que já vigoram em vários países, de modo a torná-las mais eficazes:¹²⁹

“Develop recommendations regarding the design of controlled foreign company rules. This work will be co-ordinated with other work as necessary”

O Relatório Final desta Ação 3 publicado em 2015 não contém grandes recomendações específicas para além do estabelecimento de vias alternativas a adotar com o propósito de endurecer os respetivos regimes CFC. Devemos, ainda

¹²⁸ “If a jurisdiction has a worldwide tax system, its CFC rules could apply broadly to any income that is not being currently taxed in the parent jurisdiction and still remain consistent with the parent jurisdiction’s overall tax system. If, however, a jurisdiction has a territorial tax system, it may be more consistent for its CFC rules to apply narrowly and only subject income that should have been taxed in the parent jurisdiction to CFC taxation” OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

¹²⁹ *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* – Report: 2013 (OECD 2013), pág. 16

assim, destacar a recomendação de um limiar (*de minimis threshold*) para aplicação deste regime de imputação de lucros capaz de reduzir os custos administrativos associados e dotar as regras CFC de maior eficácia ao garantir exclusão de certas entidades.¹³⁰ A este respeito, destacamos duas soluções recomendadas cujo propósito é evitar situações em que uma entidade estrangeira controlada pode ser apanhada pelas redes do regime CFC do Estado da Residência do investidor, devido ao facto de estar a beneficiar de um regime de tributação preferencial de propriedade intelectual, uma *IP Box*, cuja concessão do tratamento especial observe os parâmetros estabelecidos pelo Relatório da Ação 4, ou seja, a observância do requisito da substância da atividade económica comprovada pela contribuição na atividade de pesquisa e desenvolvimento da propriedade intelectual naquele país.¹³¹

Para Ana Paula Dourado, esta Ação do BEPS, juntamente com outras, são a prova de que o princípio da tributação singular não está a ser aplicado nas operações transfronteiriças.¹³²

¹³⁰ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>, pág. 33

¹³¹ *Ibidem* “A substance analysis can apply as either a threshold test or a proportionate analysis. Under a threshold (or “all-or-nothing”) test, a set amount of activity (as identified through one or more proxies) would allow all income of the CFC to be excluded. A CFC that had not engaged in this amount of activity would have all of its income included in CFC income.” pág. 47

¹³² “The need for the BEPS initiative demonstrates that the single tax principle is not in force and that national tax policies on cross-border movements and income have prevailed over an idea of international tax fairness and consistency of policies. From the latter perspectives, in a world where multinationals operate without major obstacles, the single tax principle is not in force but it should be, at least as an interpretive principle. In fact, the single tax principle is an expression of the ability-to-pay principle when cross-border income comes into play.” Paula Dourado, Ana – *The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative ...* pág. 352

14.2. Diretiva Anti-Elisão.

No quadro da legislação comunitária aplicável aos Estados-Membros, o parâmetro de conformidade com as liberdades fundamentais é a palavra de ordem. Na União Europeia, a aplicação de regras CFC, em detrimento da liberdade fundamental do livre estabelecimento, só é admissível se for demonstrada a presença de um esquema puramente abusivo.

Os elementos de desígnio das CFC podem ser encontrados no artigo 7.º da ATAD, uma das normas europeias que transpôs as diretrizes do Relatório Final da Ação 3. Na alínea a) do n.º 1 está presente o requisito de controlo que estabelece o limiar de 50% de controlo¹³³ e a definição de baixa tributação na alínea b), não com recurso a uma lista negra mas antes com uma formulação algo obscura devido às negociações impostas pela Irlanda.¹³⁴ Portanto, quando o rendimento em causa é um dos listados na alínea a) do n.º 2 do artigo 7, o n.º 1 do artigo 8.º estabelece, por um lado, que à matéria coletável da subsidiária que deu origem ao imposto pago pela subsidiária deve aplicar-se a taxa de imposto do Estado do investidor para apurar quanto seria pago de imposto ao abrigo das regras daquele ordenamento.¹³⁵ Por outro, ainda o n.º 1 do artigo 8.º estabelece que os prejuízos fiscais da subsidiária não devem ser atribuídos, apesar de possibilitar que haja um reporte para a frente de prejuízos (*loss carryforward*) para utilização em períodos subsequentes se houver lucros. Logo, se no período

¹³³ “(a) in the case of a entity, the taxpayer by itself, or together with its associated enterprises holds a direct or indirect participation of more than 50 percent of the voting rights, or owns directly or indirectly more than 50 percent of capital or is entitled to receive more than 50 percent of the profits of that entity;”

¹³⁴ “the actual corporate tax paid on its profits by the entity or permanent establishment is lower than the difference between the corporate tax that would have been charged on the entity or permanent establishment under the applicable corporate tax system in the Member State of the taxpayer and the actual corporate tax paid on its profits by the entity or permanent establishment.”

¹³⁵ Where point (a) of Article 7(2) applies, the income to be included in the tax base of the taxpayer shall be calculated in accordance with the rules of the corporate tax law of the Member State where the taxpayer is resident for tax purposes or situated.

subsequente houver lucro para imputar, o prejuízo fiscal pode ser utilizado para contrapor.

Se o imposto efetivamente pago pela subsidiária for inferior à diferença entre o respetivo montante e o imposto que seria pago no estado da entidade investidora estaremos perante um paraíso fiscal e, então, as regras CFC já são aplicáveis. Vejamos:

Imposto que seria pago no Estado do investidor ----->	3000
Imposto efetivamente pago pela subsidiária ----->	1000
Diferença	2000

1000 < 2000 = Paraíso Fiscal

Por fim, no n.º 2 do artigo 7.º a regra da atribuição adotada foi a da inclusão limitada à categoria de rendimento passivo com uma exceção para rendimento de base ativa.¹³⁶

Existem regras CFC em Estados-Membros da União mais apertadas que estas acolhidas pela diretiva e, naturalmente, essas manter-se-ão tal como foram consagradas. O que se exige é os todos países com adesão ao Projeto BEPS que, até à data, nada ou pouco tinham sobre regras CFC tenham agora de implementar este padrão mínimo (*minimum standards*) estabelecido pela Ação 3.

As regras CFC neutralizam apenas o planeamento fiscal com recurso a subsidiárias residentes em paraísos fiscais. Repare-se que se este planeamento foi feito com o estabelecimento da própria sociedade-mãe no paraíso fiscal, os regimes das CFC deixam de ter alcance porque foram desenhadas apenas para

¹³⁶ “2. Where an entity or permanent establishment is treated as a controlled foreign company under paragraph 1, the Member State of the taxpayer shall include in the tax base: (a) the non-distributed income of the entity or the income of the permanent establishment which is derived from the following categories: (i) interest or any other income generated by financial assets; (ii) royalties or any other income generated from intellectual property; (iii) dividends and income from the disposal of shares; (iv) income from financial leasing; (v) income from insurance, banking and other financial activities; (vi) income from invoicing companies that earn sales and services income from goods and services purchased from and sold to associated enterprises, and add no or little economic value;”

apanhar as subsidiárias do grupo.¹³⁷ Devido aos consensos que foram possíveis obter ainda serem limitados, vai continuar a existir muito planeamento fiscal agressivo a acontecer. Na União Europeia continua a ser possível evitar as regras CFC porque os grupos de empresas ainda conseguem fazer socorrer-se dos tais países de baixa tributação,¹³⁸ como a Irlanda ou a Holanda através da Diretiva Juros e *Royalties*, para depois facilmente transferir o rendimento para os paraísos fiscais porque as leis nacionais desses países não apresentam taxas de retenção na fonte majoradas e a abordagem adotada pela ATAD, pura e simplesmente, não resolve este problema.

15. Regras de subcapitalização.

Também já vimos de que forma o Planeamento Fiscal Global permitiu aos grupos multinacionais explorar de forma agressiva as vantagens fiscais associadas ao financiamento com recurso a instrumentos de dívida, ao ponto de conseguirem escolher com relativa facilidade qual a jurisdição onde pretendem obter os empréstimos para financiar as empresas do grupo e, em virtude dessa escolha, obter deduções fiscais mais vantajosas com custos associados ao pagamento de juros. A assimetria de tratamento causada pelo *debt vs equity bias* desempenha aqui também um papel fundamental no endividamento excessivo

¹³⁷ “In recent years, we have seen a growth in numbers of “inversions” from both the US and the UK. This is a process by which a MNE relocates its holding company to another jurisdiction, and is also referred to as “migration”, or “re-domiciliation”. The overall aim is to divert foreign income away from the current holding company location to a lower tax location. Typically, shares in foreign subsidiaries will be transferred into the ownership of the new holding company. The location chosen for the new holding company will not only be low tax – crucially, it will also lack “controlled foreign company” (CFC) rules” Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation*... pág. 329.

¹³⁸ “... unless there is clear evidence of avoidance of tax, such as where a subsidiary in another (low tax) EU Member State lacks all economic substance, the governments of the EU Member States cannot use their CFC legislation in respect of subsidiaries resident elsewhere in the EU.” *Ibidem*, pág. 551

das sociedades¹³⁹ e conduz ao fenómeno da subcapitalização cujo efeito principal é o desnivelamento entre capitais próprios da empresa e capitais alheios. Esta assimetria de tratamento fiscal não só põe em causa o governo das próprias sociedades, devido ao aumento do risco de estas virem a falir, como também põem em causa o papel desempenhado pela neutralidade fiscal que discrimina pela positiva o recurso aos instrumentos de dívida para financiamento das empresas.¹⁴⁰

Tal como o pagamento de *royalties*, o pagamento de juros tem sido um dos grandes instrumentos por excelência, em termos de fluxos transacionais, para a concretização da erosão das bases de tributação e deslocalização dos lucros. Por isso, a OCDE com a Ação 4 propôs o seguinte:

“[development of] recommendations regarding best practices in the design of rules to prevent base erosion through the use of interest expense, for example through the use of related-party and third-party debt to achieve excessive interest deductions or to finance the production of exempt or deferred income, and other financial payments that are economically equivalent to interest payments. The work will evaluate the effectiveness of different types of

¹³⁹ “An increase in the tax rate in one country will make it profitable to use more debt in the affiliate located in this country. More debt will, however, increase the risk of bankruptcy for the group. This effect is mitigated by lowering the use of debt in all other affiliates. By shifting external debt in this way, multinationals can exploit the debt tax shield to a greater extent than national firms, while keeping the overall risk of bankruptcy in check.” Møen, J. et al. (2011), “International Debt Shifting: Do Multinationals Shift Internal or External Debt?”, University of Konstanz, Department of Economics Working Paper Series, No. 2011-40, pág. 3

¹⁴⁰ De modo a alcançar a neutralidade fiscal entre financiamento com recurso a dívida e capital, países como a Bélgica implementaram chamados regimes de ACE (*Allowance for Corporate Equity*) cujo objetivo é neutralizar a assimetria de tratamento ao permitir a dedutibilidade de despesas relacionadas com a distribuição de dividendos. Cfr. Klemm, Alexander – *Allowances for Corporate Equity in Practice*, IMF Working Paper, 2006, pág. 4. Solução contrária a esta seria da *Comprehensive Business Income Tax*, sugerida pela *U.S. Department of Treasury* em 1992, cuja dedução dos encargos não seria de todo admissível quer se tratassem de dividendos ou juros que, por sua vez, uma vez pagos não seriam de incluir na matéria coletável da entidade detentora de capital e da entidade locatária, respetivamente. Cfr. IBDF Glossary

limitations. In connection with and in support of the foregoing work, transfer pricing guidance will also be developed regarding the pricing of related party financial transactions, including financial and performance guarantees, derivatives (including internal derivatives used in intra-bank dealings), "and captive and other insurance arrangements. The work will be co-ordinated with the work on hybrids and CFC rules."

Do ponto de vista do design das normas, há várias formas de estruturar as regras de subcapitalização,¹⁴¹ mas fundamentalmente existem duas grandes abordagens: a abordagem *Thin Cap* e a abordagem *Earnings Stripping*. Ambos servem para limitar o montante de juro dedutível em situações conectadas com a fraude e a evasão fiscal, mas são duas abordagens tecnicamente distintas

O *Thin Cap* é a abordagem que tradicionalmente foi adotada pelos legisladores, admitindo apenas a dedução da totalidade dos gastos incorridos com pagamento de juros se fosse respeitada determinada proporção estipulada na relação entre a dívida e o capital próprio da sociedade.

O *Earnings Stripping* é uma abordagem mais rigorosa e estabelece uma relação entre dívida e lucros. No desenho das regras, os legisladores podem criar regimes com algumas variáveis. As regras de subcapitalização podem aplicar-se apenas a dívidas contraídas junto de entidades relacionadas, pelo que se o pagamento de juros for realizado para uma entidade não relacionada as regras já não se aplicam, ou podem aplicar-se a todo o tipo de dívida, independentemente de ter sido contraída junto a uma entidade relacionada ou não. Pode ainda a limitação ser aplicável apenas aos pagamentos internacionais, salvaguardado os

¹⁴¹ "In practice, thin capitalization regimes differ widely across countries in the restrictions they put on the tax deductibility of interest on company debt, in the discretion that authorities have in applying these restrictions, and in the alternative tax treatment of company interest that is applicable in case full interest deductibility is denied." Blouin, J. et al. (2014), "Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure", IMF Working Paper, No. 14/12, International Monetary Fund, Washington, DC, pág. 7.

pagamentos domésticos, ou pode aplicar-se a todos os pagamentos, para dentro ou para fora do território.

Geralmente é possível encontrar dois limiares cumulativos: um limiar fixo, de €1.000.000,00 de euros por exemplo, normalmente para proteger as pequenas e médias; e um limiar variável, através do qual se vai considerar o EBITDA¹⁴² e admitir a dedutibilidade dos juros até 30% daquele valor de referência com a possibilidade de se fazer uma transferência de períodos fiscais, tanto da limitação não utilizada como do juro excessivo que ultrapassa o limiar permitido. A estruturação deste tipo de regras permite ao legislador conceder o reporte de prejuízos para a frente, permitindo deduzir tudo o que não foi deduzido no próximo ano, se tiver espaço para isso.

15.1. Diretiva Anti-Elisão

A abordagem do modelo de subcapitalização de *Earnings Stripping* é a que tem sido adotada à volta do mundo porque se chegou à conclusão de que é mais eficiente e mais eficaz. É, naturalmente, o modelo que foi recomendado pela OCDE no Relatório da Ação 4.¹⁴³ O que se pode notar é que a ATAD, ao adotar o quadro de recomendações do BEPS, quer para as regras de subcapitalização e para as regras de CFC, criou um quadro de possibilidades ao legislador nacional em que lhe é atribuída a possibilidade de escolher, o que nos leva a concluir que as regras de subcapitalização na Europa vão ser muito diferentes entre os Estados-Membros. Trata-se de uma Diretiva particularmente flexível, porque o próprio Relatório da Ação 4 também mostra diferentes caminhos.

¹⁴² Acrónimo anglo-saxónico de “Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization”.

¹⁴³ “The best practice approach is based around a fixed ratio rule which limits an entity’s net interest deductions to a fixed percentage of its profit, measured using earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation (EBITDA) based on tax numbers.” OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>, pág. 23.

Na ATAD, um conceito basilar é o de *exceeding borrowing costs* que podem ser deduzidos no período fiscal em que tiverem decorrido, apenas até 30% do EBITDA¹⁴⁴. Por exemplo, a **Sociedade A** paga juros no valor de €20.000,00, mas recebe também juros no valor de €15.000,00 – isto foi pensado para lidar com empresas que tem muita atividade financeira. O montante que vai ser limitado é a diferença entre os dois, ou seja, toda despesa com o pagamento de juros coberta pela receita de juro é aceite e pode ser dedutível sem quaisquer limitações. Logo, ao receber juros de €15.000,00, a **Sociedade A** pode deduzir na totalidade uma parcela dos custos incorridos, neste caso no valor de €15.000,00, e apenas o *exceeding borrowing costs*, isto é, só a despesa que excede o montante de juros recebidos por aquela entidade (€5.000,00) é que vai ser sujeita à limitação dos 30%. Ao *exceeding borrowing costs* que extravasar essa limitação, quando um Estado-Membro fizer a transposição da Diretiva pode permitir nos termos do n.º 6 do artigo 4.º: o reporte para a frente sem qualquer limitação temporal; o *carryforward* sem limites e o *carryback* para o máximo de três anos; ou o *carryforward* sem qualquer limitação temporal e para o máximo de 5 anos a capacidade de dedutibilidade de juros que não foi utilizada.

¹⁴⁴ Art. 2.º da ATAD dispõe da seguinte definição “(2) ‘*exceeding borrowing costs*’ means the amount by which the deductible borrowing costs of a taxpayer exceed taxable interest revenues and other economically equivalent taxable revenues that the taxpayer receives according to national law”.

Conclusão

O Projeto BEPS da OCDE, endossado pelo G20, é uma iniciativa louvável porque representa uma vontade e um esforço coletivo grande, rumo à mudança de paradigma neste domínio da tributação internacional. Não obstante, feitas as contas, a avaliação ao progresso alcançado pelo Projeto leva-nos a concluir pela manutenção do *status quo* com algumas adaptações aos sistemas de tributação, querendo isto dizer que o BEPS limitou-se a trabalhar no aperto dos elementos de conexão previamente existentes (Fonte e Residência) sem que tenha sido imposta qualquer obrigação de implementar um requisito de tributação mínima a nível internacional. Isto leva a que um Estado possa ter 0% de taxa de imposto sobre os lucros das empresas e ainda assim estar em cumprimento com as diretrizes do BEPS. Como nota a própria OCDE, e passamos a citar:

*“No or low taxation is not per se a cause of concern, but it becomes so when it is associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it [...] what creates tax policy concerns is that, due to gaps in the interaction of different tax systems, and in some cases because of the application of bilateral tax treaties, income from cross-border activities may go untaxed anywhere, or be only unduly lowly taxed.”*¹⁴⁵

Portanto, a única coisa que se fez foi recomendar um corpo de regras para assegurar que o rendimento em causa tinha uma ligação efetiva ao país onde foi gerado. Foi até aqui onde se conseguiu chegar porque não foi possível obter o consenso político de todos os países envolvidos. O que realmente se pretendia era a adoção de ambas as abordagens, aprimorar os elementos de conexão de forma a garantir que países como a Irlanda, a Holanda, o Luxemburgo, as Bahamas e outros só pudessem tributar as atividades que apresentassem um nexo efetivo àqueles países, e ainda garantir também que estes países tributassem todo o rendimento que lhes tinha sido alocado com base num grau mínimo de imposto,

¹⁴⁵ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting... pág. 10.

por exemplo 10% de tributação efetiva. Quer ao nível da OCDE, quer na mesa de negociações de Bruxelas, não se conseguiu introduzir o limiar mínimo de tributação pretendido porque estes centros de decisão política funcionam com regras de votação no momento da tomada de decisões, sendo que na OCDE funciona a regra do consenso e na União Europeia, em matérias fiscais, funciona a regra da unanimidade no Conselho. O Parlamento Europeu, em matérias fiscais, não tem voto, limitando-se apenas a dar um mero parecer de carácter consultivo. As matérias fiscais são da estrita competência dos Estados-Membros que exigem unanimidade, logo, para ter os vinte e oito em simultâneo a votar no mesmo sentido exige que se façam muitas concessões.

Se estas medidas implementadas vão de facto a melhorar a coerência do Direito Internacional Fiscal só o tempo dirá. Paralelamente à implementação Projeto BEPS, a OCDE criou um grupo de trabalho com mais de 100 países que se chama *Inclusive Framework* e que continua até ao dia de hoje a certificar-se que todas as recomendações do BEPS que foram subscritas pelos países aderentes são de facto implementadas por todos através do processo de *peer-to-peer review* que está a acompanhar a implementação gradual dessas medidas em todo o mundo.

Bibliografia

A. Monografias, Obras Coletivas e Artigos em Publicações Periódicas.

- Antunes, José Engrácia – *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, 2009.
- Avi-Yonah, Reuven; Sartori, Nicola; Marian, Omri – *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011.
- Araújo, Fernando – *Introdução à Economia*, Almedina, 2006.
- Atkinson, Anthony B. – *Inequality – What can be done?* Lisboa, Bertrand, 2016.
- Caldas, Marta – *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Coimbra, Almedina, Cadernos IDEFF 18, 2015.
- Correia, Miguel G., *Taxation of Corporate Groups under a Corporation Income Tax: An Interdisciplinary and Comparative Tax Law Analysis*, PhD thesis, London School of Economics and Political Science, 2010.
- Courinha, Gustavo Lopes – *A Residência no Direito Internacional Fiscal*, Almedina, 2015.
- Dourado, Ana Paula; Dias, Augusto Silva – *Information duties, Aggressive Tax Planning and the Nemo Tenetur se Ipsum Accusare in Light of Article 6 (1) of the ECHR*, Kofler, G., Maduro, M., Pistone, P. (eds.), *Taxation and Human Rights in Europe and the World*, Amsterdão, IBFD, 2011, págs. 253-276.
- Dourado, Ana Paula – *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*, 43 *Intertax*, Issue 1, 2015, págs. 42-57.
- Dourado, Ana Paula – *The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU*, *British Tax Review*, n. ° 3, 2015.
- Dourado, Ana Paula – *Governança Fiscal Global*, Coimbra, Almedina, 2018.
- Finnerty, Chris J.; Merks, Paulus; Petriccione, Mario; Russo Raffaele, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007.

- Peter Harris, *Corporate Tax Law: structure, policy and practice*, Cambridge University Press, 2013.
- Holmes, Kevin – *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, Amesterdão, IBFD, 2014.
- *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, 2016
- Jogarajan, Sunita – *Double taxation and the League of Nations*, Cambridge University Press, 2018.
- Klemm, Alexander – *Allowances for Corporate Equity in Practice*, IMF Working Paper, 2006. Disponível em:
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp06259.pdf>
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – *Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2007.
- Mendes, António Rocha – *O IRC e as Reorganizações Empresaria*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.
- Oats, Lynne; Miller, Angharad; Mulligan, Emer – *Principles of International Taxation*, 6th edition, Bloomsbury Professional, 2017.
- Oliveira, V. Cunha *Tributação do Rendimento – Tributação Mundial vs Tributação na Fonte*, Vida Económica,
- Panayi, Christiana HJI – *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?*, 10 Intertax, 2015, págs. 544-558. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2668922>
- Pereira, Paula Rosado – *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina, 2010.
- Peters, Cees – *On the Legitimacy of International Tax Law*, IBFD Doctoral Series, 2014.
- Piantavigna, Paolo – *Tax Abuse in European Union Law: A Theory*, 20, EC Tax Review, Issue 3, 2011.
- Piantavigna, Paolo – *Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies*, World tax Journal, Volume 9, N.º 1, 2017, págs. 47-98.

- Pires, Manuel – *Problemática do Direito Internacional Fiscal*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987.
- Calçada Pires, Rita – *Notas de reflexão: acordos para evitar e para eliminar a dupla tributação no direito internacional fiscal do século XXI*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, A.1 nº 2, Coimbra, 2008, págs. 179-195.
- Pires, Rita Calçada – *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2018.
- Rohatgi, Roy – *Basic International Taxation – Volume 1: Principles*, Haryana, Taxmann, 2007,
- Sousa da Câmara, Francisco – *A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação*, In Cadernos de CTF, nº 403, 2001
- Stiglitz, Joseph E. – *The Price of Inequality*, Bertrand Editora, Lisboa 2016.
- Ting, Antony – *The taxation of Corporate Groups Under Consolidation*, Cambridge, 2012.
- Xavier, Alberto – *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, Almedina, 2011.
- Vann, Richard J.; Thuronyi, Victor – *Tax Law Design and Drafting – International Aspects of Income Tax*, Volume 2, Chapter 18, International Monetary Fund, 1998.
- Vasques, Sérgio – *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2013.
- Vasques, Sérgio – *O Imposto Sobre o Valor Acrescentado*, Coimbra, Almedina, 2015
- Weber, Dennis – *EU Law and the building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, IBFD, 2017.

B. Documentos e Relatórios da OCDE e da UE

- OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion*, 1987.
- OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

- OECD, BEPS Action 2: Neutralise the Effect of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws), 19 March 2014 - 2 May 2014.
- OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>
- OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>
- OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>
- Recomendação da Comissão Europeia, de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE).

C. Legislação.

- Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE.
- Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de Dezembro de 2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.
- Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries.
- Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market

- Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património: versão condensada, 22 de Julho de 2010, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 2013.

D. Jurisprudência do TJUE

- Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, [2006] I-07995
- Imperial Chemical Industries plc (ICI) contra Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes) C264/96, ECLI:EU:C:1998:370, [1998] I-04695

E. Recursos Eletrónicos

- <https://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>
- <https://www.oecd.org/fr/ctp/glossaryoftaxterms.htm>
- https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp.pdf
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/et/IP_14_663