

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



ISCAL

TREATY SHOPPING

Bernardo Oliveira

Lisboa, abril de 2017

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

TREATY SHOPPING

Bernardo Oliveira (20130280)

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

Constituição do Júri:

Presidente – Prof. Doutor Paulo Nogueira da Costa

Arguente – Prof. Especialista Amândio Silva

Vogal – Prof.^a Doutora Clotilde Palma

Lisboa, abril de 2017

Declaro ser o autor desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido (no seu todo ou qualquer das suas partes) a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas. Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

Aos meus pais

«A relação entre a Administração fiscal e o
sujeito passivo não é a mesma quando a
maior complexidade da lei torna
indispensável a construção de mecanismos
que impeçam a corrosão *interior* da
tributação e *exterior*»

J. L. Saldanha Sanches (2010)

*«In days gone by, kings used to collect most of their
revenue from land taxes. [...]*

*How ironic it would be if the computer age required
the post-industrial world to go back to a pre-
industrial tax system.»*

The tap runs dry, The Economist, 1997

Agradecimentos

Cabe-me em primeiro lugar agradecer à minha orientadora, a Professora Doutora Clotilde Celorico Palma, por todas as orientações na elaboração desta dissertação e por todo o apoio nos momentos mais complicados de execução dos trabalhos. Agradeço também pelo constante entusiasmo demonstrado e pela forma como nos inspira nestas temáticas da fiscalidade.

Agradeço a todo o corpo docente do Mestrado que me permitiu desenvolver os conhecimentos nesta área e que permitiu que os trabalhos desenvolvidos nas suas unidades curriculares pudessem ser enquadrados com o tema desta dissertação. Igualmente agradeço aos meus colegas por toda a paciência que tiveram em me ouvir e por todas as apresentações efetuadas tendo por base esta temática. Agradeço também ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL) pela aposta nas ofertas formativas em que participei, tanto na Licenciatura como no Mestrado, demonstrando o porquê de continuar a ser uma referência na área.

Agradeço também aos colaboradores do Centro de Estudos Fiscais pela disponibilidade da consulta da biblioteca que demonstrou como um ponto muito importante na pesquisa que efetuámos para elaborar este estudo.

Agradeço a todos os meus colegas de trabalho pelo apoio na elaboração desta dissertação, quer em Portugal quer em Moçambique, e em especial à Maria Cravo e ao Ricardo Firmino por nunca me terem deixado abandonar esta dissertação mesmo nos momentos em que o dever do trabalho não nos deixava ter tempo para mais nada.

Aos meus amigos, em especial à Ana e ao Rui, por todo o apoio que me deram nos momentos em que necessitava de descontrair e, por momentos, não pensar na tarefa que tinha em mãos.

Também quero agradecer à minha família, em especial ao meu irmão, à minha cunhada e às minhas sobrinhas por tudo o que são para mim e por darem aquele apoio que mais ninguém consegue.

Por último gostaria de deixar um especial agradecimento aos meus pais a quem dedico esta dissertação. Obrigado por todos os sacrifícios que fizeram por mim e por tudo o resto que nós sabemos.

A todos o meu muito obrigado.

Resumo

O *treaty shopping* consiste no aproveitamento, por parte de residentes de países terceiros, dos efeitos de uma Convenção para evitar a dupla tributação celebrada por dois países. Consiste, portanto, na escolha do acordo convencional mais favorável tendo em consideração as particularidades da situação em concreto e o resultado que se pretende alcançar.

De facto, com o aumento das trocas comerciais fronteiriças, temos assistido a uma maior agressividade das estratégias fiscais adotadas por multinacionais, através da utilização de figuras que utilizam os elementos de conexão a um território de forma abusiva de modo a beneficiar do tratamento mais favorável constante de determinado acordo para evitar a dupla tributação.

As situações de *treaty shopping* caracterizam-se por serem situações de evasão fiscal pois, ao agir dentro do permitido pela lei, os sujeitos passivos estão a ter comportamentos não conformes com o espírito da lei, ou seja, com estes comportamentos estão a obter vantagens que embora não proibidas não eram objetivo da Lei criá-las.

É de facto a miscelânea existente na interação dos vários sistemas fiscais, que propicia a implementação de operações que levam os sujeitos passivos a aplicar o princípio económico da racionalidade até aos seus limites, abusando de vários normativos nacionais e internacionais.

Até agora os Estados assistiram serenamente ao esvaziar dos seus cofres acreditando na aplicabilidade das regras internacionais que foram desenhadas durante os anos 20 do século passado esquecendo-se que à data as economias não se relacionavam.

Este estudo aborda as medidas utilizadas pelas instituições internacionais e pelos Países para combater este fenómeno, através de uma análise de todos os documentos relevantes anteriores ao Relatório BEPS.

Adicionalmente, este estudo tem como objetivo a análise do Relatório final da Ação 6, nomeadamente, quanto à aplicação da *LOB clause* e da *PPT rule* nele previstas.

Palavras-chave: abuso subjetivo de convenções, cláusulas anti abuso, DFI, CDT, CMOCDE.

Abstract

Treaty shopping consists in the use, by residents of third countries, the effects of a Double Tax Convention. It consists in choosing the most favourable Double Tax Convention, taking into account the particularities of the situation in order to achieve the desired result.

Globalization, the growth of world development of cross-border trade, is responsible for a more aggressive tax strategies adopted by Multinational Enterprises. This aggressive tax strategies are done through the abuse of connecting factors in order to benefit the effects of a most favourable treatment of a specific Double Tax Convention.

The treaty shopping schemes are characterised as situations of tax avoidance because, acting within legal limits, taxpayers have a behaviour which is not in accordance with the spirit of the Law, that is, with this behaviour they granting advantages that were not objective of the Law to create them, although not prohibited by Law.

Is this inappropriate interaction of tax systems that facilitates the implementation of operations that lead taxpayers to apply the economic principle of rationality to its limits, abusing of the national and international standards.

So far, the States watching serenely to the erosion of theirs tax revenues through this phenomenon believing the applicability of international standards stated during the 20s of last century forgetting that at that time the globalization effects does not exists.

This study discusses the measures used by international institutions, as OECD and EU, and the countries in order to combat the treaty shopping schemes, through an analysis of all relevant documents issued by these institutions prior to BEPS Report.

Additionally, this study aims to analyse the Action 6 Final Report, in particular the application of the LOB clause and the PPT rule set out in this report.

Keywords: treaty shopping, anti-avoidance measures, International Tax Law, DTC, OECDMTC

Índice

| | |
|--|-----------|
| I. Introdução | 1 |
| 1.1. Objeto do Estudo..... | 1 |
| 1.2. Objetivos da investigação | 2 |
| 1.3. Estrutura da Dissertação | 2 |
| 1.4. Metodologia geral..... | 3 |
| II. Enquadramento teórico | 4 |
| 2.1. Distinção entre Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal e Fraude Fiscal | 6 |
| 2.2. O papel do Direito Fiscal Internacional na abordagem ao treaty shopping | 13 |
| 2.3. Os elementos de conexão | 20 |
| 2.3.1. Nacionalidade..... | 22 |
| 2.3.2. Residência e domicílio..... | 24 |
| 2.4. Funcionamento geral das estruturas de Treaty Shopping..... | 30 |
| 2.4.1. Direct conduit..... | 32 |
| 2.4.2. Stepping-stone conduit | 34 |
| III. O panorama internacional no combate ao treaty shopping | 38 |
| 3.1. Orientações da OCDE contra o treaty shopping..... | 42 |
| 3.1.1. Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies | 44 |
| 3.1.2. Harmful Tax Competition | 52 |
| 3.2. Medidas anti abuso constantes nas CDT celebradas por Portugal..... | 58 |
| 3.2.1. Cláusulas de tributação efetiva | 60 |
| 3.2.2. Cláusulas de beneficiário efetivo | 64 |
| 3.2.3. Cláusulas de limitação de benefícios | 68 |
| 3.3. Relação do treaty shopping com o Direito da UE | 76 |
| 3.3.1. Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas | 80 |
| 3.3.2. Pacote Fiscal: Diretivas da poupança, juros e royalties e mães e filhas | 83 |
| 3.3.3. Pacote Anti Elisão Fiscal..... | 88 |
| IV. Cláusulas anti abuso em Portugal..... | 97 |
| 4.1. Cláusula Geral anti abuso | 98 |
| 4.2. Cláusulas específicas anti abuso..... | 102 |
| 4.2.1. Preços de transferência..... | 102 |
| 4.2.2. Regras CFC..... | 107 |
| 4.2.3. Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento | 110 |
| 4.2.4. Exit tax | 112 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 4.2.4.1. | Art.º 83.º do CIRC - Exit tax stricto sensu | 114 |
| 4.2.4.2. | Art.º 16.º, n.º 6 do CIRS – Trailing tax | 115 |
| 4.2.4.3. | Art.º 10.º-A do CIRS – Clawback clause | 116 |
| V. | O Relatório BEPS | 117 |
| 5.1. | Ação 6 – Prevent treaty abuse..... | 121 |
| 5.1.1. | Medidas para evitar que os benefícios das CDT sejam atribuídos indevidamente..... | 121 |
| 5.1.1.1. | Situações em que uma pessoa tenta contornar as disposições convencionais..... | 122 |
| 5.1.1.2. | Situações em que uma pessoa recorre às disposições convencionais de forma a evitar a aplicação de normas internas de uma jurisdição | 126 |
| 5.1.2. | Definição do objetivo das CDT | 127 |
| 5.1.3. | Definição da política fiscal na celebração de CDT | 128 |
| 5.1.4. | Trabalhos futuros e resultados | 130 |
| VI. | Caso prático: Financiamento intragrupo | 131 |
| 6.1. | Descrição do caso prático | 131 |
| 6.2. | Tratamento fiscal do caso prático antes do Relatório BEPS | 134 |
| 6.3. | Tratamento fiscal do caso prático depois do Relatório BEPS..... | 142 |
| VII. | Conclusão..... | 145 |
| 7.1. | Síntese do estudo..... | 145 |
| 7.2. | Conclusões do estudo | 150 |
| 7.3. | Limitações do estudo | 151 |
| 7.4. | Sugestões para futuras investigações | 152 |
| | Bibliografia | 153 |
| | ANEXO 1: Tabela prática das Convenções para Evitar a Dupla Tributação celebradas por Portugal..... | 161 |
| | ANEXO 2: As cláusulas anti abuso previstas nas CDT | 171 |
| | ANEXO 3: Plano de Ação BEPS..... | 173 |
| | ANEXO 4: LOB clause prevista no Relatório Final da Ação 6 | 177 |

Índice de figuras

| | |
|--|-----|
| Figura 2.1 – Direct conduit | 33 |
| Figura 2.2 – Stepping stone conduit..... | 35 |
| Figura 3.1 – Funcionamento das LOB clauses..... | 71 |
| Figura 6.1 – Operação de financiamento intragrupo..... | 134 |

Listas de siglas a abreviaturas

§ – Parágrafo

Al. – Alínea

Art.º – Artigo

AT – Autoridade Tributária

ATI – Acordo de Troca de Informações em matéria fiscal

BEPS (Relatório) – *Base Erosion and Profit Shifting*

C+ ou CPM – *Cost Plus Method*

CDT – Convenção para evitar a Dupla Tributação

CFC (*rules*) – *Controlled Foreign Companies rules*

CGAA – Cláusula Geral Anti Abuso

CINM – Centro Internacional de Negócios da Madeira

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CIV – *Collective Investment Vehicles*

CMEUA – Convenção Modelo Estados Unidos da América

CMOCDE – Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CUP – *Comparable uncontrolled price method*

DFI – Direito Fiscal Internacional

DL – Decreto-Lei

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

EBITDA – *Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortisation*

EEE – Espaço Económico Europeu

EM – Estado Membro

EUA – Estados Unidos da América

IBFD – *International Bureau of Fiscal Documentation*

IES – Informação Empresarial Simplificada

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

LGT – Lei Geral Tributária

LOB (*clause*) – *Limitation on Benefits clause*

N.º – Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

PPT (*rule*) – *Principal Purpose test*

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RPM – *Resale Price Method*

Soc. – Sociedade

SPV – *Special Purpose Vehicle*

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TNMM – *Transactional Net Margin Method*

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

u.m. – Unidade monetária

I. Introdução

1.1. Objeto do Estudo

Com o aumento das trocas comerciais fronteiriças, temos assistido a uma maior agressividade das estratégias fiscais adotadas, essencialmente, por multinacionais através da utilização de figuras que utilizam os elementos de conexão a um território de forma abusiva com a finalidade de beneficiar do tratamento mais favorável constante de determinada Convenção para Evitar a Dupla Tributação (CDT)¹.

Assim, podemos facilmente constatar que a temática em questão se relaciona diretamente com o Direito Fiscal Internacional (DFI), sendo a sua principal preocupação a atribuição do direito a tributar a determinada jurisdição quando estamos perante uma situação plurilocalizada (Xavier, 2014:3-5).

Podemos concluir que o DFI atuará, principalmente, nas situações em que existe a possibilidade de existir dupla tributação e naquelas em que existe dupla tributação. No entanto, estando cumprido o objetivo principal do DFI, que é regular as situações de dupla tributação através da determinação de regras de atribuição do direito a tributar, situação que foi resolvida com o desenvolvimento de modelos convencionais como o da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), surgem novos desafios, nomeadamente, as situações de dupla não tributação.

É nos casos em que existe uma dupla pretensão de tributação, ou seja, que mais do que um Estado tem poder de tributar que iremos aplicar o DFI, sendo a sua ferramenta principal as normas convencionais. Considerando que estas normas seguem, na sua grande maioria, o disposto no modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património elaborado pela OCDE, torna-se necessário dotá-las de ferramentas e formular definições globais de certos termos de modo a combater as situações de dupla não tributação.

Na formulação dos acordos convencionais podem-se identificar duas fases distintas, a saber: a fase das negociações e a fase da celebração (Xavier, 2014:113-114). Assim, as convenções para evitar a dupla tributação dependem diretamente da negociação dos seus termos, tal negociação é efetuada na maioria dos casos bilateralmente, no entanto, também poderá ser efetuada

¹ No que respeita às Convenções para evitar a Dupla Tributação, usaremos a sigla CDT em detrimento de outras como é o caso do ADT (Acordo de Dupla Tributação).

multilateralmente, dado que se torna necessário ter em consideração aspetos particulares dos países negociantes, nomeadamente aspetos económicos, financeiros, sociais e políticos.

Conclui-se, portanto, que nem todos os países estão em situação de igualdade quando se negocia uma CDT, o que leva a que existam convenções com benefícios melhores do que outras. São estas diferenças nos benefícios das CDT que levam a que as empresas pretendam utilizar uma CDT em detrimento de outra.

A escolha deste tema deve-se essencialmente a três fatores. Primeiro, é um tema pouco explorado em Portugal, como se pode constatar pela bibliografia analisada, neste momento, apenas o Professor Gustavo Lopes Courinha escreveu sobre o mesmo de uma forma exaustiva. Segundo, é um tema a que foi dado enfoque nos trabalhos no âmbito do Relatório *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da OCDE. Terceiro, devido à expansão das empresas portuguesas para outras geografias, a utilização das convenções fiscais no meu âmbito profissional é uma constante, o que faz com que o tema em questão seja um tema querido.

1.2. Objetivos da investigação

O objetivo geral deste estudo é aferir até que ponto Portugal segue a tendência mundial – relativamente aos desenvolvimentos vindos da OCDE e da União Europeia (UE) – no que respeita às disposições que contrariam o *treaty shopping* e, quando não acontece, encontrar uma razão para tal e em que medida esta inércia pode afetar a estabilidade das receitas fiscais.

Adicionalmente, este estudo pretende analisar de que forma os desenvolvimentos resultantes dos trabalhos no âmbito do BEPS podem ser adotados em Portugal e até que ponto podem ser adotados no nosso sistema fiscal.

1.3. Estrutura da Dissertação

Este estudo está organizado em sete capítulos, sendo que o segundo contém um enquadramento teórico do tema, iniciando-se com a definição do que se entende por *treaty shopping* e o seu enquadramento como figura de planeamento fiscal. Neste capítulo também faremos referência às formas tradicionais do *treaty shopping*, isto é, analisaremos as situações em que habitualmente existe abuso subjetivo das CDT.

O terceiro capítulo abordará o panorama internacional no combate ao *treaty shopping*, tanto na OCDE como na UE. Relativamente à OCDE, iremos abordar as orientações relativas ao combate contra o *treaty shopping*, nomeadamente, as que constam nos comentários ao artigo

(art.º) 1.º da Convenção Modelo OCDE (CMOCDE) e, quanto à UE, teremos como objetivo abordar os trabalhos já desenvolvidos com este propósito. Neste capítulo, também faremos um enquadramento das medidas de combate ao *treaty shopping* que normalmente constam das CDT celebradas por Portugal e daquelas que possam não constar e que a sua análise seja relevante para o estudo em questão.

No quarto capítulo iremos abordar as medidas anti abuso adotadas por Portugal. Se no terceiro capítulo analisaremos as medidas anti abuso adotadas por Portugal nas CDT, no quarto o objetivo do estudo será o arsenal anti abuso interno português e analisar a forma como o mesmo é aplicado.

O quinto capítulo será dedicado à análise do Relatório BEPS, onde tentaremos identificar a origem histórica, os objetivos assumidos e, uma vez que os relatórios finais já foram publicados, analisaremos com algum detalhe o Relatório final da *Action 6 - Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*.

No sexto capítulo iremos elaborar um caso prático onde analisamos o efeito das medidas trazidas pelo Relatório BEPS relativamente ao combate ao *treaty shopping*.

Para terminar, no último capítulo serão tiradas as conclusões do desenvolvimento do estudo, nomeadamente a aplicabilidade das medidas sugeridas pela Relatório BEPS, também iremos identificar as limitações do estudo e daremos sugestões para futuras investigações.

1.4. Metodologia geral

A metodologia adotada para a realização deste estudo será centrada na revisão literária e na análise legislativa, sendo utilizada da seguinte forma:

- No que respeita a todo o enquadramento teórico do tema iremos recorrer à revisão da literatura, na sua maioria estrangeira devido ao pouco desenvolvimento do tema em Portugal;
- Relativamente ao caso prático, tendo em consideração que não existe nenhuma pronuncia jurisprudencial relativa ao tema do nosso estudo, iremos simular uma operação desenvolvida num grupo de sociedades e analisar qual o tratamento fiscal antes da aplicação das decisões decorrentes do Relatório BEPS e qual o tratamento depois destas decisões entrarem em vigor.

II. Enquadramento teórico

Atualmente vivemos na era da globalização. De facto, os agentes económicos constataram que não poderiam agir apenas no seu país de origem para conseguirem desenvolver as suas atividades. Assim, temos assistido à mundialização das economias, situação que se faz sentir através da liberalização da circulação de capitais e de mão-de-obra, a eliminação de barreiras comerciais e a evolução tecnológica e das telecomunicações.

Como resultado, «*[g]lobalization has boosted trade and increased foreign direct investments in many countries*» (OCDE, 2013a:7). A evolução deste fenómeno fez com que as cadeias produtivas das empresas, que até há pouco tempo apenas estavam instaladas nos territórios de cada país, fossem substituídas por modelos internacionais de modo a aproveitar os custos menos elevados de determinados países (OCDE, 2013a:7 e OCDE, 2013b:25).

Todos estes desenvolvimentos que se têm sentido ao longo das épocas, têm criado oportunidades para que as multinacionais² reduzissem de uma forma significativa o seu encargo fiscal. Isto levou a que se colocassem em causa questões de justiça fiscal, onde podemos concluir que os governos, os contribuintes e em última análise os próprios negócios, saem prejudicados.

Ao lado do comportamento das multinacionais, estão as normas instituídas ao longo dos tempos que procuram combater a dupla tributação internacional, nomeadamente as CDT¹, que tentam, de certa forma, «*to minimize trade distortions and impediments to sustainable economic growth*» (OCDE, 2013b:5). É notório que os países estão fortemente empenhados para eliminar a dupla tributação, no entanto, «*[t]here are gaps and frictions among different countries' tax systems that were not taken in account in designing the existing standards and which are not dealt with by bilateral tax treaties*» (OCDE, 2013a:9). Também devemos ter em consideração que, é através destas lacunas que as multinacionais definem os seus planos de forma a aproveitá-las e a reduzir ou eliminar os seus encargos fiscais.

Assim, em muitas das situações, quer a legislação nacional, quer as CDT, estão em consonância e produzem os resultados pretendidos, não dando origem à erosão da base tributária nem à transferência de lucros. Aqui é visível uma cooperação internacional, para tentar prevenir a dupla

² No que respeita à abordagem contra as multinacionais levada a cabo em diversos documentos da OCDE relativamente ao Relatório BEPS, na nossa opinião, não é uma tomada de posição contra as mesmas, mas sim a referência da oportunidade que estas têm em comparação com os demais sujeitos passivos de imposto. De facto, se fizermos uma análise cuidada, estas entidades contam sempre com um acompanhamento de consultoras multinacionais que adaptam a cadeia produtiva às vantagens fiscais de cada jurisdição. Por conseguinte, as multinacionais estarão sempre em vantagem em comparação com o sujeito passivo que apenas tem a sua cadeia produtiva localizada numa única jurisdição, podendo dizer-se que a concorrência entre ambos não é efetuada no mesmo patamar de igualdade.

tributação sobre os lucros. Contudo, existem algumas situações em que as normas vigentes revelam deficiências que potenciam a erosão da base tributária e a transferência de lucros. Esta situação prende-se com o facto de existir uma dupla não tributação ou uma tributação reduzida, que é derivada da interação entre as diferentes legislações tributárias. Para além disto, outra situação potenciadora da erosão da base tributável são os esquemas que propiciam uma tributação reduzida, «*by shifting profits away from the jurisdictions where the activities creating those profits take place.*» (OCDE, 2013a:10), ou seja, deixa-se de ter em consideração o nexo económico da atividade desenvolvida.

Conclui-se, portanto, que no presente já não estaremos perante uma urgência em adaptar as normas internas a situações que não criem dupla tributação, mas sim em adaptá-las para que, adicionalmente, não criem situações de dupla não tributação que geram injustiças e retiram a credibilidade a qualquer sistema fiscal e que combatam efetivamente os esquemas que tendem utilizá-las de forma abusiva.

Como já referido, as multinacionais ao planearem as suas cadeias produtivas também terão em consideração os efeitos fiscais de proceder de determinada forma em detrimento de outra. Assim, muitas vezes para beneficiarem de um tratamento fiscal mais favorável são procuradas soluções de investimento através de países terceiros.

O investimento através de um país terceiro é, na maioria dos casos, obtido através da manipulação do principal facto que faz depender a utilização das CDT, ou seja, através do conceito de residência (Courinha, 2015: 291). A este fenómeno, estamos habituados a atribuir-lhe o nome de *treaty shopping*. O *treaty shopping* ou abuso subjetivo de convenções consiste «na criação de situações jurídicas capazes de operar reduções indevidas de carga fiscal no universo convencional, por via da manipulação dos elementos de conexão subjectivos de cada ordenamento» (Courinha, 2015:294)³. No que respeita ao *treaty shopping*, Borrego (2003a:85-86) refere que «[*l*]a característica essencial del *treaty shopping* es la modificación del Estado desde el que se obtiene los rendimientos. Ello pasa por modificar el sujeto al que se le imputa la obtención del rendimiento» e refere que o objetivo «es la aplicación de un convenio de doble imposición que elimina o reduce significativamente el gravamen real que se produce en el Estado en el que se obtiene el rendimiento».

Pensa-se que o termo *treaty shopping* tenha tido origem nos Estados Unidos da América (EUA) como alusão ao facto de os investidores escolherem (*shop*) o melhor tratado para a realização

³ A respeito do que se deve considerar abuso em termos de aplicação das CDT veja-se Antón (2002:81) quando menciona que «[*l*]radicionalmente se ha venido equiparando el uso abusivo de CDIs con una de la técnicas utilizadas como es el *Treaty Shopping*» e que refere que a utilização abusiva «no puede ser identificado exclusivamente con el *Treaty Shopping* [...]». También constituye una fórmula abusiva en la que una persona que puede invocar los beneficios de un CDI, utiliza el Convenio».

dos seus investimentos no Estado da fonte (Panayi, 2007:36; Pistone, 2002:666). Embora atualmente se consiga definir *treaty shopping* de uma forma consensual, Panayi (2007:37) refere que «*it is quite ironic that the country in which the concept of treaty-shopping has risen and which has influenced many countries in adopting anti-treaty-shopping policies is now eschewing from any definitions*».

Seguindo o mesmo conceito, de acordo com a definição de *treaty shopping* dada pelo *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, «*[t]he term is normally applied to situations where a person who is not a resident of either of the treaty countries, establishes an entity in one of the treaty countries in order to obtain treaty benefit*» (Rohatgi, 2002:623)⁴.

Tendo em consideração que estamos perante uma atuação que, através da implementação da intervenção de países terceiros, tenta obter vantagens fiscais seguindo de perto o princípio económico da racionalidade⁵, ou seja, o princípio segundo o qual cada indivíduo tenta seguir a opção que permita a máxima satisfação com o menor dispêndio de recursos, neste caso a situação que permita o menor pagamento de impostos. Existem algumas questões que todos nos interrogamos quando pensamos no *treaty shopping*. Até que ponto os sujeitos passivos têm liberdade para implementar esquemas de planeamento fiscal? Pode o *treaty shopping* ser considerado como fraude fiscal? Qual é o seu relacionamento com o Direito Fiscal Internacional? Quais os esquemas mais comuns de *treaty shopping* e como operam?

De forma a esclarecermos estas questões iremos fazer um enquadramento das diferenças entre fraude, evasão e planeamento fiscal e tentar enquadrar devidamente o fenómeno do *treaty shopping*.

2.1. Distinção entre Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal e Fraude Fiscal

Tendo em consideração a dificuldade na distinção entre as três principais figuras de poupança fiscal, ou seja, fraude fiscal, evasão fiscal e planeamento fiscal, torna-se necessário proceder ao correto enquadramento das três figuras de forma a ficar mais perceptível do tema principal desta dissertação, o *treaty shopping*.

⁴ No que respeita à definição de *treaty shopping* veja-se também Rosenbloom (1993:335), Rosembuj (1998:111), Antón (2002:87-91), Borrego (2003:403) e Oliveira (2012:38).

⁵ Veja-se a importância deste princípio quando Petkova (2004:544) refere que a implementação de esquemas de *treaty shopping* se tornou tão banal que «*[i]t has become so common with international tax planners that computer systems have been developed showing tax advisers the most efficient way of repatriating income by exploiting the existing worldwide treaty network*».

De acordo com Palma (2015:126-127) existem três vias possíveis de poupança fiscal, existindo vias legais, vias antijurídicas e via ilícitas que podem constituir crimes ou contraordenações fiscais. Assim, o contribuinte pode reduzir a sua carga fiscal agindo *intra legem*, *extra legem* ou *contra legem*.

O contribuinte atuará *intra legem* «quando a poupança fiscal é expressa ou implicitamente querida pelo legislador que estabelece normas negativas de tributação» (Palma, 2015:127). Neste âmbito, de acordo com Santos (2010:230), estamos perante a definição de *tax planning* uma vez que os negócios resultam numa economia fiscal *intra legem*. São exemplos deste tipo de atuações a utilização de regimes como o do *participation exemption* previsto no art.º 51.º e seguintes do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC) ou o regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM) previsto no art.º 36.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

Atuará *extra legem* (elisão fiscal) quando «a poupança fiscal ocorre através da utilização de negócios jurídicos que não estão previstos nas normas de incidência fiscal» (Palma, 2015:127). Trata-se, portanto, do fenómeno da “fuga lícita aos impostos”, ou seja, poderemos referir que determinado contribuinte atuou *extra legem* quando utilizou um negócio jurídico que não se encontra expressamente previsto na lei fiscal, obtendo benefícios através desta atuação, mas que o legislador ao não prever a situação queria que esta estivesse abrangida pela lei. Neste caso estaremos perante uma situação de *tax avoidance*, ou seja, perante «formas de minimização da carga fiscal [...] que conduzem a uma economia fiscal *extra legem*» (Santos, 2010:230).

A terceira via de poupança fiscal é a via *contra legem*. Um contribuinte atuará *contra legem* quando «[a] poupança fiscal é conseguida mediante actos ilícitos [...] que estão sujeitos a sanções criminais [...] ou a sanções não penais» (Palma, 2015:127), ou seja, quando o contribuinte recorre a negócios jurídicos que foram classificados pelo legislador como comportamentos proibidos⁶.

Tendo sido explanadas as vias de poupança fiscal existentes, importa começar por definir o que se entende por planeamento fiscal. Embora não exista nenhuma definição concreta de planeamento fiscal, sendo até difícil para o legislador definir tal termo quando teve a oportunidade no Decreto-Lei (DL) n.º 29/2008, de 25 de fevereiro⁷. Na altura, o legislador

⁶ No que respeita à definição das três vias possíveis de poupança veja-se também Catarino (2015:47-48).

⁷ Relativamente a este diploma, embora não seja nosso objetivo direto a sua análise, importa efetuar alguns comentários que têm influência na perceção do estado das medidas adotadas para combater situações detriantes das receitas fiscais.

definiu planeamento fiscal como «qualquer esquema ou actuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto», de acordo com a al. a) do art.º 3.º do DL n.º 29/2008.

Devido à dificuldade na distinção da fronteira que separa as três figuras em análise, Sanches (2006:21) considera que

[o] planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão o legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais.

A este respeito Santos (2010:231-232) destringe entre planeamento fiscal interno, quando os esquemas são operados dentro de um único espaço fiscal – através de benefícios fiscais, exclusões, entre outros – e planeamento fiscal internacional, quando estes esquemas têm contacto com mais do que um espaço fiscal podendo esta figura ter várias modalidades consoante os esquemas são elaborados tendo por base elementos de conexão subjetivos ou objetivos.

O DL 29/2008, de 25 de fevereiro é complementado pelo Despacho n.º 14592/2008, de 15 de maio e pela Portaria n.º 354-A/2008, de 14 de maio. Este veio estabelecer «obrigações específicas de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária sobre esquemas, operações ou transacções adoptados ou propostos que tenham como principal ou um dos principais objectivos a obtenção de vantagens fiscais», de acordo com o n.º 1 do art.º 98.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro.

Desta forma, através do estabelecimento desta obrigação de comunicação de esquemas de planeamento fiscal, um dos principais objetivos foi o da «regulação do exercício da consultadoria fiscal *agressiva*» (Santos, 2010:256) uma vez que os seus promotores (consultores fiscais) e os utilizadores têm a obrigatoriedade de comunicar tais esquemas e de prestar esclarecimentos sobre os mesmos à Autoridade Tributária (AT). Pode dizer-se que este regime permitiria à AT um melhor conhecimento do funcionamento das operações dos sujeitos passivos inseridos em determinadas atividades para estabelecer regras que melhorassem a cobrança de impostos.

No entanto, a publicação do Despacho n.º 14592/2008, de 15 de maio veio alterar o âmbito de aplicação do diploma uma vez que ao ser muito vasto em termos de abrangência de entidades e esquemas poderia suscitar questões quanto à aplicação uniforme do mesmo pelos serviços da AT. Assim, para além de estabelecer a forma como o diploma deveria de ser aplicado, o Despacho veio formular esclarecimentos quanto às obrigatoriedades dos promotores, concretamente no que respeita a advogados, solicitadores e revisores oficiais de contas. Ficou estabelecido que os advogados e solicitadores não se encontram abrangidos pela aplicação do diploma quando estiverem a exercer os seus atos próprios, de acordo com os §§ 32 e 33 do Despacho. Quanto aos revisores oficiais de contas, de acordo com o § 34, ficou estabelecido que não ficariam sujeitos à obrigatoriedade de comunicação quando estivessem no âmbito das funções de interesse público de revisão legal de contas.

Ora, tendo este despacho incidido diretamente sobre os principais promotores de esquemas de planeamento fiscal visados no âmbito de aplicação do DL n.º 29/2008, fez com que tal diploma ficasse sem grande parte da sua utilidade mesmo antes de entrar em vigor, situação que se refletiu no número de esquemas comunicados à AT.

A este respeito, a AT encontra-se obrigada à comunicação ao abrigo do art.º 15.º do DL n.º 29/2008, dos esquemas que receba e que considere como abusivos. Convem ressaltar que à data de elaboração deste trabalho apenas tinham sido comunicados à AT 13 esquemas de planeamento fiscal suscetíveis de serem considerados como abusivos e que apenas em um deles a AT não menciona como possibilidade de atuação a cláusula geral anti abuso.

Por seu turno, Pereira (2011:415) vem referir que o planeamento fiscal (*tax planning*) «consiste em minimizar os impostos a pagar [...] por uma via totalmente legítima e lícita, querida até pelo legislador ou deixada por este como opção ao contribuinte», ou seja, vem relacionar a figura do planeamento fiscal como uma atuação de poupança fiscal *intra legem*.

A acrescentar à referida atuação *intra legem*, Palma (2015:126) vem referir que o planeamento fiscal «não é, em si mesmo, um ato ilícito, mas de poupança fiscal, de gestão tributária, através do qual o contribuinte procura obter uma vantagem fiscal». Na mesma linha de raciocínio, refere, que «é um direito do contribuinte que assenta no princípio constitucional da liberdade de iniciativa prevista no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP)» (Palma, 2015:126)⁸. No que respeita a este ponto, poderemos ainda consultar Silva (2008:42) quando refere que «o planeamento fiscal não é uma prática elitista mas apenas a aplicação do conhecimento da lei a uma situação tributária concreta»

No entanto, embora incentivado pela CRP o planeamento fiscal «deve [...] ser objeto de restrições por aplicação de outros princípios constitucionais, desde logo o disposto no artigo 103.º, n.º 1, da CRP» (Palma, 2015:126)⁹, de facto, tendo em consideração as orientações dadas pela CRP, não seria aceitável se o Estado não impusesse limites à implementação de esquemas de planeamento fiscal, tal situação tende a criar mais desigualdades e a afetar gravosamente a coesão social.

Assim, «[a] dificuldade consiste em saber qual a fronteira entre o ato legítimo de planeamento fiscal e o ato abusivo que conduz a vantagens fiscais patológicas» (Palma, 2015:126). No que diz respeito à distinção da fronteira entre o planeamento fiscal legítimo (*tax mitigation*) e o planeamento fiscal ilegítimo, Sanches (2006:21) fá-lo definindo que «[o] planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo».

Saldanha Sanches (2006:21) divide o planeamento fiscal ilegítimo em duas categorias: a fraude fiscal e a fraude à lei fiscal. A fraude fiscal consistirá num comportamento que viole diretamente a lei fiscal e, por isso, punível com uma sanção penal ou contraordenacional. Por outro lado, a fraude à lei fiscal (também referida como evitação abusiva de encargos fiscais, evitação fiscal abusiva ou elisão fiscal) consiste em comportamentos que contornam a lei fiscal sem a

⁸ De acordo com o art.º 61.º, n.º1 da CRP: «[a] iniciativa privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral».

⁹ O art.º 103.º, n.º 1 da CRP determina que «[o] sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza».

infringirem sendo, por isso, «comportamentos [que] não violam um qualquer dever de cooperação, mas ainda assim não são desejados pelo legislador, por visarem manifestamente ladear o ordenamento jurídico-tributário para conseguir um objectivo oposto aos valores que o estruturam» (Sanches, 2006:22).

Assim, para combater o planeamento fiscal ilegítimo, a Autoridade Tributária (AT), evitando uma contra avaliação da sua parte, tem ao seu dispor na lei limites impeditivos da liberdade de escolha que os contribuintes têm ao seu dispor, as normas anti abuso. Estas normas, que serão objeto do nosso estudo no capítulo IV, «podem visar reduzir, sem que haja hipótese de eliminar, uma estrutural assimetria da informação entre o sujeito passivo e o sujeito activo da obrigação tributária, mediante a imposição de deveres especiais de cooperação que podem contribuir para tornar mais transparente a zona obscura do ordenamento jurídico tributário em que se movem» (Sanches, 2006:26-27).

Por outro lado, podemos referir que a evasão fiscal, elisão fiscal ou evitação fiscal (*tax avoidance*) «se traduz na prática de actos ou negócios lícitos mas que a lei fiscal qualifica como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhes está subjacente ou serem anómalos, anormais ou abusivos» (Pereira, 2011:416)¹⁰. Estamos assim perante uma atuação que poderemos considerar que preenche os requisitos da via de poupança fiscal *extra legem*, ou seja, aquelas situações em que a poupança fiscal é «realizada através de factos ou situações que o legislador tem a intenção de cobrir mas que, por esta ou aquela razão, não se encontram expressamente previstos pela lei fiscal» (Pereira, 2011:416). São estas as situações em que o legislador, embora não as impeça, tenta combater o carácter abusivo dos negócios celebrados neste âmbito através da previsão de normas anti abuso. No que respeita a estas medidas anti abuso, abordaremos o seu conceito e a sua forma de atuação nos próximos capítulos quando abordarmos as medidas implementadas a nível nacional e internacional para prevenir abusos através de situações que não se encontram especificamente previstas na lei.

Para terminar, a fraude fiscal (*tax evasion*) trata-se da violação direta da lei, «quer por acção quer por omissão, não se pagando por via dela, no todo ou em parte, um imposto cujo facto gerador se verificou ou obtendo-se uma vantagem patrimonial indevida.» (Pereira, 2011:416). A definição de fraude fiscal dada por Freitas Pereira é originária da definição de fraude prevista no

¹⁰ A este respeito Catarino (2015:48) vem referir que «[t]ais atos são legítimos desde que, em todos os casos, não violem as leis fiscais, nem abusem da liberdade de conformação jurídica dos negócios em que intervenham, dos factos tributários, nem provoquem ou deem causa a situações de clara evasão fiscal (tax evasion)».

art.º 103.º, n. 1 do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT)¹¹ e que exemplifica algumas situações que constituem fraude fiscal como, por exemplo, a adulteração de registos contabilísticos com a finalidade de não permitir uma validação eficaz por parte da AT do apuramento da matéria coletável ou a celebração de negócios simulados.

Assim, no âmbito da fraude fiscal, estamos perante a via de poupança fiscal *contra legem* e, como já referimos, é uma situação punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias de acordo com o n.º 1 do art.º 103.º do RGIT. No entanto, de acordo com o n.º 2 do art.º 103.º do RGIT, se a vantagem patrimonial obtida for inferior a 15.000€ não será sancionada a título de fraude fiscal, mas constituirá uma infração fiscal punível nos termos do RGIT.

Após a apresentação das distinções entre as três vias de poupança fiscal, podemos concluir que o contribuinte pode minimizar os seus encargos fiscais desde que tal ocorra *intra legem*, ou seja, quando estamos perante situações de planeamento fiscal que são permitidas pelo legislador. No entanto, existe uma linha ténue que separa o que é considerado planeamento fiscal e planeamento fiscal abusivo.

Neste caso entramos no campo da elisão fiscal que «implica a prática de ato ou conjunto de atos [...], no âmbito da esfera de liberdade concedida aos particulares pelo princípio da legalidade ou tipicidade da tributação, que têm como efeito a aplicação de regime tributário menos oneroso do que se aplicaria sem que tivessem sido praticados» (Palma, 2015:127). Assim, com vista a minimizar os encargos, pode ser escolhido apenas um ordenamento fiscal ou diversos ordenamentos de forma a estabelecer o negócio jurídico que se apresente menos oneroso a nível fiscal (Palma, 2015:127).

Os comportamentos elisivos dos contribuintes, tal como Catarino (2015:49) refere

são causa de severos entraves à concorrência económica, geram a erosão das receitas fiscais, a distorção da equidade e refletem certa medida de menosprezo pelo cumprimento das regras de cidadania, do plano ético e da ordem de valores instituída segundo a qual cada um deve contribuir para a satisfação dos encargos coletivos na medida dos seus haveres.

Apesar de compreendermos a posição do autor, na nossa opinião, os problemas trazidos pelos comportamentos elisivos dos contribuintes não terão só origem na sua vontade de diminuir os seus encargos fiscais, mas também terão origem na concorrência fiscal existente entre os

¹¹ O art.º 103.º, n.º 1 do RGIT dispõe que «[c]onstituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias».

Estados¹². Assim, os sentimentos referidos pelo autor serão apenas sentidos num dos Estados, no caso de um negócio que envolva mais do que uma jurisdição, enquanto o Estado que acaba por receber os benefícios da tributação, mesmo que eventual, de determinada situação não os sentirá, ou seja, neste caso estamos de acordo com a posição de Sanches (2010:67) quando refere que «[u]m Estado mais eficiente pode conseguir uma produção de bens públicos por um preço menor, onerando menos os seus contribuintes, e desse modo forçar os Estados seus concorrentes ao mesmo comportamento». Concluindo, pensamos que não se pode referir que as situações de elisão fiscal deterioram as receitas fiscais dos países e depois não se tomam medidas que efetivamente combatam estas situações que permitam uma arrecadação mais eficiente das receitas fiscais.

No caso do *treaty shopping*, temos uma atuação que faz a escolha de determinada CDT em detrimento de outra, ou seja, estaremos perante a figura da elisão fiscal internacional pois, ao agir dentro do permitido pela lei, os sujeitos passivos estão a ter comportamentos não conformes com o espírito da lei, ou seja, com estes comportamentos estão a obter vantagens que embora não proibidas não eram objetivo do legislador criá-las.

De acordo com Xavier (2014:351), na elisão fiscal internacional «[t]rata-se, em suma, de evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas, através de actos ou conjuntos de actos, que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica (mais favorável)».

Tendo em consideração esta definição de elisão fiscal internacional, podemos constatar que esta tem por base um duplo pressuposto: a existência de vários ordenamentos fiscais que competem entre si no que respeita à atratividade dos seus regimes fiscais relativos a determinada situação; e a liberdade de opção de escolha que o contribuinte dispõe (Xavier, 2014:352). É neste pressuposto de que o contribuinte dispõe da liberdade de escolha do ordenamento em que irá localizar determinada operação que reside o principal objetivo da teoria do planeamento fiscal.

No entanto, tal como Xavier (2014:352) refere, o contribuinte não terá esta opção de escolha de uma forma direta por se mostrar incompatível com o princípio da legalidade em matéria de impostos, mas terá esta liberdade de escolha localizando a operação em determinado ordenamento através da manipulação do elemento de conexão que faz com que determinada operação seja tributável num ordenamento em vez de o ser noutro.

¹² A este respeito veja-se Santos (2010:232-233) quando analisa as razões das diferenças de sistemas fiscais de tributação dos rendimentos.

Assim, podemos classificar a elisão fiscal internacional de acordo com a natureza do elemento de conexão que é utilizado de forma a diminuir o encargo do imposto. A elisão pode ser subjetiva, quando é operada através da utilização de um elemento de conexão subjetivo como, por exemplo, a sede de uma sociedade, ou pode ser objetivo, quando é operada através da utilização de um elemento de conexão objetivo como, por exemplo, a alteração do local da fonte de pagamento de um rendimento de forma a não ser abrangido pela norma de incidência de determinada jurisdição (Catarino, 2015:56-57).

Concluindo, podemos constatar que no tema em análise estaremos perante situações que se encontram reguladas pelo DFI, pelo que, é necessário elaborarmos o devido enquadramento deste e referirmos os aspetos fundamentais que o regem.

2.2. O papel do Direito Fiscal Internacional na abordagem ao *treaty shopping*

O DFI tem como principal objetivo tratar situações que devido aos seus elementos entram em contacto com mais do que uma jurisdição com capacidade para tributar, ou seja, tem como objetivo tratar as situações plurilocalizadas em que a mesma situação poderá ser tributada em mais do que uma jurisdição. Assim, concluímos que estão excluídas do âmbito do DFI as situações puramente internas, ou seja, aquelas que pelos seus elementos só poderão ser alvo de tributação numa jurisdição (Xavier, 2014:3).

Os elementos que fazem com que determinada situação entre em contacto com mais do que uma jurisdição são os chamados elementos de conexão. De acordo com Xavier (2014:224) «[o] elemento de conexão, é o elemento da previsão normativa que, fixando a “localização” de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação.». Assim, são elementos de conexão, por exemplo, a sede de uma empresa, a localização de um imóvel, a residência ou a nacionalidade de uma pessoa singular.

No DFI, a dupla tributação exprime as situações em que estamos perante um concurso de normas (Xavier, 2014:31). De acordo com Xavier (2014:31), «há concurso de normas quando o *mesmo facto* se integra na *previsão de duas normas diferentes*.». No entanto, para que se verifique um concurso de normas é necessário que exista a identidade do facto e pluralidade de normas.

No que respeita à identidade do facto, a doutrina responsável pelo conceito de dupla tributação formulou a regra das quatro identidades. Esta regra determina que o facto tributário é dividido em quatro aspetos: materialidade, subjetividade, identidade do imposto e temporalidade. Assim,

para haver identidade do facto é necessário estarmos perante a mesma situação (identidade do objeto), que a norma incida sobre o mesmo sujeito (identidade do sujeito), estarmos perante o mesmo imposto em sentido lato (identidade do imposto) e que a pretensão de incidência seja sobre o mesmo período (identidade do período tributário). Conforme afirma Tórres (2002:194), a dupla tributação «se verifica quando vários titulares de soberania tributária, independentes entre si, submetem o mesmo contribuinte, pelo mesmo fato imponible, contemporaneamente, a um imposto da mesma espécie»

De facto, podemos constatar que a criação desta regra teve como objetivo a simplificação do que se deveria considerar como uma situação potencialmente criadora de dupla tributação, no entanto, tal como Xavier (2014:34) refere, a aplicação desta regra não ficou isenta de problemas, que se deveram em grande maioria devido às diferentes origens das normas em concurso e à diferente aplicação de conceitos sobre a mesma situação em concreto.

O segundo aspeto a ter em conta, para a existência de dupla tributação, é a pluralidade de normas, ou seja, determinada situação tem de estar abrangida por duas normas de incidência de jurisdições distintas.

Assim, é nos casos em que existe uma dupla pretensão de tributação, ou seja, que mais do que um Estado tem poder de tributar que iremos aplicar o DFI, sendo a sua ferramenta principal as normas convencionais. Estas normas convencionais seguem, em princípio, o disposto na CMOCDE.

No entanto, apesar de numa primeira fase, o DFI se preocupar em combater as situações de dupla tributação, como podemos constatar com a evolução da própria CMOCDE que temos hoje em dia, neste momento, e praticamente desde 2013 com a publicação do relatório BEPS, embora tenham havido desenvolvimentos desde 1998, a questão que está no centro das atenções é referente às situações de dupla não tributação.

Por se tratar de uma situação internacional, isto é, em que são conjugados normativos de várias jurisdições, somos de concordar com Xavier (2014:44-49) no sentido de que estamos perante «'evasão fiscal internacional'». Segundo o autor, esta expressão engloba, para além da *tax evasion*, uma componente de elisão fiscal internacional porquanto «[...] se traduz na prática de actos lícitos pelos quais os particulares, influenciando voluntariamente os elementos de conexão, procuram evitar a aplicação de certo ordenamento tributário» (Xavier, 2014:45).

Adicionalmente, para além da manipulação voluntária dos elementos de conexão através de práticas abusivas, a pretensão final será atingir situações de dupla não tributação. A este propósito, considera-se dupla não tributação o «fenómeno pelo qual, nas relações entre dois ou

mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, esta não é efectivamente abrangida por nenhuma delas» (Xavier, 2014:45).

A dupla não tributação pode ocorrer, essencialmente, em duas situações: quando não existe uma CDT e quando esta existe. A primeira situação resulta da inexistência de normas tributárias de incidência, ou existindo, estas não preveem a tributação de determinado rendimento, ou seja, isentam-no (conflito negativo).

Por outro lado, na existência de uma CDT, podemos dividir a situação de dupla não tributação em dois tipos: dupla não tributação por razões de lei interna e dupla não tributação por conflito de interpretação. A dupla não tributação por razões de lei interna ocorre quando, após a celebração da CDT entre duas jurisdições que atribui a uma delas a competência exclusiva para tributar determinada situação, esta não exerce a sua competência em razão de disposição do seu normativo interno. Por outro lado, a dupla não tributação por conflito de interpretação ocorre quando um dos Estados interpreta o regime convencional como atribuindo a competência exclusiva ao outro Estado contratante, no entanto, este não reconhece que a convenção lhe atribui tal exclusividade (Xavier, 2014:44-49).

É esta situação de dupla não tributação por conflito de interpretação que está a preocupar a OCDE. Tratando-se de um caso de fácil aproveitamento pelos sujeitos passivos que pretendem diminuir os seus encargos fiscais, a dupla não tributação por conflito de interesses é um dos principais problemas que levam à erosão das receitas fiscais dos Estados. Para combater tal acontecimento, a OCDE através do BEPS prevê que sejam efetuadas alterações à CMOCDE de forma a normalizar definições para que todos os Estados abordem a mesma situação de acordo com o mesmo pensamento.

Como já referimos, as situações de *treaty shopping* constituem situações abusivas dos acordos convencionais. Este abuso das convenções é obtido através do abuso dos elementos de conexão fazendo com que se beneficie de um tratamento mais favorável atribuído por um regime convencional em detrimento de outro.

Assim, e seguindo a teoria de Xavier (2014:224-226) podemos ter três níveis de classificação dos elementos de conexão. O primeiro nível corresponde à distinção entre elementos de conexão subjetivos, quando se reportam às pessoas como, por exemplo, a residência ou a nacionalidade, ou objetivos, quando se reportam aos factos como, por exemplo, a fonte de pagamento do rendimento.

Num segundo nível de classificação podemos distinguir os elementos de conexão entre conexão simples, quando se utiliza apenas um elemento de conexão, ou conexão múltipla, quando se

utiliza uma variedade de elementos de conexão. Adicionalmente, a conexão múltipla divide-se em três categorias, a saber: subsidiária, alternativa ou cumulativa.

De acordo com Xavier (2014:224) «[n]a *conexão subsidiária*, a norma prevê duas ou mais conexões, estabelecendo que uma delas (secundária) só se aplicará na falta ou impossibilidade da conexão primária». Como exemplo temos o n.º 2 do art.º 4.º da CMOCDE que estabelece os critérios de desempate nas situações em que ambos os Estados contratantes consideram determinada pessoa residente no seu território. Esta norma estabelece uma conexão primária a habitação permanente e, caso este elemento falhe, é estabelecido como conexão secundária o centro de interesses vitais da pessoa. São também estabelecidos outros elementos de conexão, sempre subsidiários, até que, caso não seja possível determinar a residência, chegamos à situação de que os Estados contratantes deverão resolver esta situação através de um acordo.

Por outro lado, estamos perante uma conexão alternativa quando «[...] a norma prevê duas conexões como igualmente aptas para produzir o mesmo efeito» (Xavier, 2014:225). Um exemplo de conexão alternativa está presente no n.º 5 do art.º 11.º da CMOCDE, nesta norma considera-se que os juros são provenientes do Estado contratante em que o devedor tenha a sua residência ou, quando não for residente, são provenientes do Estado contratante do estabelecimento estável desde que esta obrigação lhe seja imputável.

Por último, a conexão cumulativa, ao contrário da conexão alternativa, caracteriza-se por a norma prever «[...] dois ou mais elementos de conexão cuja concorrência se deve verificar simultaneamente para que certo efeito se produza.» (Xavier, 2014:225).

No terceiro nível de classificação, podemos ainda distinguir os elementos de conexão entre variáveis ou fixos. Os primeiros têm a particularidade de poderem mudar no tempo e no espaço e são, por exemplo, a nacionalidade, a residência, a sede, entre outros. Os segundos não são suscetíveis de se alterarem no tempo e no espaço e são, por exemplo, a localização de um imóvel ou o local da celebração de um contrato.

É esta possibilidade de alteração dos elementos de conexão que está na origem do fenómeno da elisão fiscal internacional ou, por outras palavras, do *treaty shopping*. Para combater estas situações, numa primeira fase, é frequente estabelecer-se presunções para se determinar um elemento de conexão que se espera que seja mais estável no tempo e no espaço, tal como Xavier (2014:226) nos transmite, nestes casos «o verdadeiro elemento de conexão não é constituído pelo conceito do lugar da prestação do serviço, da residência do titular do rendimento ou da fonte do rendimento, mas pelos conceitos que serviram de base à presunção».

Cingindo-nos apenas aos impostos sobre o rendimento e o capital, a problemática dos elementos de conexão fixa-se entre o princípio da fonte e do princípio da residência e entre o princípio da universalidade e da territorialidade.

Tal como Paula Rosado Pereira (2015:216) nos refere, os princípios da fonte e da residência apresentam-se como uma das traves-mestras para a construção de um sistema fiscal internacional. A mesma autora refere que «[o]s princípios da residência e da fonte não se excluem mutuamente, sendo que a legislação interna da maioria dos Estados, bem como as CDT, têm subjacente a aplicação cumulativa de ambos os princípios, embora geralmente com uma prevalência do princípio da residência» (Pereira, 2015:217), no entanto, refere ainda que, apesar de a opinião internacional ser na sua maioria concordante com este pensamento, existem diversos autores que têm criticado tal posição argumentando que a tributação se foca há demasiado tempo primeiramente no princípio da residência relegando para segundo plano o princípio da fonte.

O princípio da residência consiste no direito a tributar os titulares dos rendimentos que sejam residentes em determinado território, surge assim associado a um princípio de tributação universal (*world wide taxation*) como, por exemplo, está previsto no CIRC em Portugal. No entanto, apesar de ser tradicionalmente o princípio de tributação internacional mais favorecido, «não atribui a esse Estado, em relação a diversos tipos de rendimento, um direito exclusivo de tributação» (Pereira, 2015:218) ficando a tributação no Estado da residência sujeita a limitações por se ter atribuído alguma competência ao Estado da fonte para tributar.

Por outro lado, o princípio da fonte consiste na atribuição de direito de tributar ao Estado da fonte relativamente aos rendimentos originados no seu território. Como já referimos, sendo o princípio que, normalmente, é relegado para segundo plano «[a] legitimidade da tributação pelo Estado da fonte é comumente reconhecida, concretizando-se, na maior parte dos casos, mediante a aplicação de uma retenção na fonte sobre o valor do rendimento» (Pereira, 2015:223).

No que respeita à discussão entre o princípio da fonte e o princípio da residência, a dupla tributação e, em especial, a dupla não tributação, ocorrem por dois Estados terem em consideração elementos de conexão distintos. Como já referimos, poderemos estar num caso de conflito de interpretação pois, um dos Estados tem em consideração o princípio da fonte para a tributação de determinado rendimento e outro apenas tem em consideração o princípio da residência.

A discussão existente na defesa dos princípios em causa baseia-se no facto de que o país da fonte é o país menos desenvolvido enquanto o país de residência será o país mais desenvolvido que exporta capitais. Tendo em consideração o vasto regime convencional em vigor à data em Portugal, podemos constatar que nem todas as convenções determinam as mesmas regras. Ora, quando os Estados negociam as condições existe sempre, ou na grande maioria dos casos, um Estado que se encontra em situação mais vantajosa devido ao seu poder económico e/ou financeiro. Assim, podemos verificar que, por exemplo, a taxa estabelecida na convenção com a Alemanha relativamente aos dividendos foi estabelecida em 15%, o que contrasta com a taxa estabelecida na convenção com Cabo Verde que se fixou nos 10%. Constata-se que, numa situação clara de desvantagem económica perante a Alemanha, não restou qualquer hipótese a Portugal senão aceitar a taxa que teria sido determinada. Por outro lado, estando em vantagem, como acontece perante Cabo Verde, já houve possibilidade de estabelecer uma taxa que se pensa ser mais favorável a Portugal.

De acordo com o explicado anteriormente está Paula Rosado Pereira (2015:229), quando refere que «a actual ponderação entre os princípios da residência e da fonte, do modo como está consagrada nas CDT, apresenta desvantagens para os países em vias de desenvolvimento, no que diz respeito à obtenção de receitas fiscais, em virtude da prevalência do princípio da residência». Assim, a posição do Estado da fonte, normalmente o país em vias de desenvolvimento, sairá enfraquecida pois, embora exista uma defesa doutrinal da posição deste Estado, pode-se constatar que as atuações mais recentes têm restringindo o poder de tributar do Estado da fonte (Pereira, 2015:229-230). Aliás, como a autora afirma «[é] esta a tendência que prevalece também ao nível da harmonização fiscal europeia, com a eliminação das retenções na fonte no pagamento de dividendos e de juros e *royalties*» (Pereira, 2015:230)¹³.

Sendo que, de acordo com o princípio da territorialidade, caso se atribuísse a competência de tributar exclusivamente ao Estado da fonte se reduziria as situações de dupla tributação e, principalmente, de dupla não tributação, não é demais verdade que ninguém considera vedado o direito ao Estado da fonte de tributar os rendimentos originados no seu território. No entanto, os países de residência não abrem mão de exercer o seu poder de tributar e, de acordo com Xavier (2014:228-229), fundamentam a sua pretensão, essencialmente, em cinco razões:

¹³ No que respeita à diminuição do poder de tributar do Estado da fonte, veja-se os exemplos deixados pela aplicação das Diretivas europeias que permitiram um avanço na harmonização fiscal europeia a nível da tributação dos rendimentos. De facto, uma vez que nesta matéria é necessária a unanimidade para se aprovarem regras europeias, apesar da diminuição das receitas fiscais que pode advir destes diplomas, é de destacar a aprovação da Diretiva da Poupança (Diretiva n.º 2003/48/CE, do Conselho de 3 de junho de 2003), da Diretiva juros e *royalties* (Diretiva n.º 2003/49/CE, do Conselho de 3 de junho) e a Diretiva Mães e Filhas (Diretiva n.º 2011/96/EU, do Conselho, de 30 de novembro).

1. Princípio da igualdade: Os Estados exportadores de capitais fixam o seu argumento no facto de, ao não considerarem os rendimentos obtidos no estrangeiro, estariam a prejudicar os sujeitos passivos residentes que apenas obtêm rendimentos no interior do território daquele Estado. De facto, tendo em consideração os princípios basilares dos impostos sobre o rendimento, estes levam-nos obrigatoriamente à tributação segundo o princípio da universalidade (*world-wide-income*);
2. “Alma da empresa”: Ao estabelecer vantagens e promover a proteção dos seus residentes, o Estado de residência justifica a tributação dos rendimentos globais dos seus residentes. Tal como Xavier (2014:229) questiona «[n]ão se poderá mesmo afirmar [...] que é nessa direção efetiva e não no país da fonte, que os rendimentos são produzidos?»;
3. Atribuição de benefícios pelo país da fonte: A terceira justificação utilizada pelos países de residência para tributar os rendimentos obtidos no estrangeiro pelos seus residentes reside no facto de, ao necessitarem de grandes investimentos externos, os países fonte destes rendimentos tendem a atribuir benefícios àqueles que disponibilizem capitais para promover a evolução económica deste. Ora, os países de residência afirmam que nestas situações poderá verificar-se «uma injustificada “evasão” de imposto.» (Xavier, 2014:229);
4. Defesa de interesses;
5. Objetivos de política económica

As últimas duas justificações prendem-se com o facto de a não tributação de rendimentos obtidos externamente representarem uma perda de receitas fiscais inaceitáveis e serem um claro incentivo à exportação de capitais tendo como principal consequência a descapitalização da economia interna.

Existindo um certo acordo no que respeita à aceitação dos dois princípios de tributação internacional, os princípios da fonte e da residência, embora respondendo ao problema da conexão, não o fazem relativamente à extensão do poder de tributar, ou seja, estes princípios auxiliam-nos na determinação da jurisdição que tem competência para tributar, mas não o fazem relativamente à extensão do exercício deste poder.

O problema da extensão do poder de tributar é regulado pelos princípios da universalidade e da territorialidade. Estes definem se a pretensão de tributar é ilimitada ou é limitada.

Nos dias de hoje, os sistemas fiscais mais evoluídos tendem a adotar estes dois princípios em simultâneo. Assim, tende-se a aplicar uma obrigação tributária ilimitada para os residentes, ou

seja, através do princípio da universalidade, tende-se a tributar todos os rendimentos gerados pelos residentes, isto é, tributar os rendimentos gerados internamente e os gerados no exterior. Pode dizer-se que segue um modelo de tributação segundo o princípio do *world-wide-income* (Xavier, 2014:231-232).

No entanto, no que respeita aos não residentes que obtêm rendimentos no seu território, tende-se a estabelecer uma obrigação tributária limitada, ou seja, apenas se tributam os rendimentos gerados no seu território (princípio da territorialidade).

Considerando que serão assim as pretensões de exercer o poder de tributar, nem todos os Estados adotam estes princípios tal como aqui os explicámos.

De facto, vários países latino-americanos tendem apenas a tributar os rendimentos obtidos no seu território pelos seus residentes, abdicando da tributação dos rendimentos auferidos por estes que provêm do exterior.

Mais, existem ainda outros Estados, nomeadamente os EUA e as Filipinas, que seguem um modelo de tributação diferenciado. Estes Estados tendem a aplicar o princípio da nacionalidade para tributarem os seus nacionais, independentemente de estes serem ou não considerados residentes no território do qual são nacionais.

É de facto a miscelânea existente na interação dos vários sistemas fiscais que propicia a implementação de operações que levam os sujeitos passivos a aplicar o princípio económico da racionalidade até aos seus limites, abusando de vários normativos nacionais e internacionais. Por outro lado, até agora os Estados assistiram serenamente ao esvaziar dos seus cofres acreditando na aplicabilidade das regras internacionais – desenhadas durante os anos 20 do século passado – esquecendo-se que à data as economias não se relacionavam com tanta frequência como assistimos hoje em dia.

2.3. Os elementos de conexão

Como já referimos, nos esquemas de *treaty shopping* o principal objetivo a obtenção de benefícios de determinada CDT por pessoas que, em princípio, deles não poderiam beneficiar com a finalidade de reduzir, eliminar ou diferir o pagamento de determinado imposto.

Para que os benefícios sejam atribuídos, as entidades que os pretendem obter têm de estar enquadradas no âmbito de aplicação da CDT em questão. Para tal, terão de adaptar tais requisitos ao seu objetivo final, ou seja, têm de alterar os elementos de conexão com

determinado território de forma a se encontrarem aptos a beneficiar da aplicação das CDT celebradas por este.

Assim, como referido anteriormente, a elisão fiscal poderá ser de âmbito subjetivo, quando são operados através da manipulação dos elementos de conexão subjetivos, ou de âmbito objetivo, quando o são através de elementos de conexão objetivos.

Considerando que no caso do *treaty shopping* estamos perante uma atuação de elisão fiscal internacional operada através de um elemento de conexão subjetivo, não nos iremos aprofundar na análise do fenómeno da elisão fiscal internacional operada através de elementos objetivos.

Apesar disto, a elisão fiscal objetiva tem por base os elementos de conexão objetivos, ou seja, o local da fonte, o local do exercício de uma atividade, a localização de um estabelecimento estável, entre outros (Xavier, 2014:353). Dividindo-se em três categorias conforme o objetivo desejado: dividindo o rendimento por diversas jurisdições; acumulando o rendimento em território fiscalmente mais favorável obtendo um diferimento da tributação (*tax deferral*) ou transferindo o rendimento de uma jurisdição para outra que lhe conceda um tratamento fiscal mais favorável (Xavier, 2014:353).

Tendo em consideração os comportamentos em causa, o relatório BEPS aborda estas temáticas mais aprofundadamente noutras ações cuja análise não é o principal objetivo deste estudo¹⁴.

Como último comentário, na nossa opinião, deve aqui ser enquadrada a figura do *rule shopping*. Embora tenha uma denominação idêntica ao *treaty shopping*, este caracteriza-se por um sujeito passivo residente que se encontra abrangido por uma CDT específica procurar regras que lhe sejam mais favoráveis tendo como objetivo afastar a incidência do imposto em ambos os Estados contratantes de tal CDT¹⁵.

¹⁴ Nomeadamente no que diz respeito ao relatório final da ação 7 relativa à questão dos estabelecimentos estáveis e das ações 8 a 10 relativas ao regime dos preços de transferência.

¹⁵ Relativamente ao *rule shopping* podemos verificar uma situação apenas conhecida na Alemanha em que algumas CDT celebradas continham cláusulas que previam a suspensão dos seus benefícios na distribuição de dividendos quando a sociedade dominante detivesse mais do que determinada percentagem na dominada. Assim, uma entidade que detivesse uma sociedade alemã teria à sua disposição a constituição de cinco entidades que eram utilizadas para distribuir a participação social na empresa alemã com o único objetivo de beneficiar da aplicação da CDT celebrada. Em conclusão, estávamos perante uma atuação de divisão do rendimento, por uma ou várias jurisdições, mas em que o beneficiário efetivo do rendimento continuaria a ser a entidade que detinha inicialmente a empresa alemã e que, posteriormente, passou a deter indiretamente esta empresa através da interposição de cinco sociedades (Leitão, 1999 *apud* Ferreira e Pinto, 2009). LEITÃO, Luis M. T. Meneses – **Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Edições Almedina, 1999. ISBN 978-972-40-1258-2.

No que respeita ao fenómeno do *treaty shopping*, os elementos de conexão em questão são a nacionalidade e a residência e domicílio, embora a nacionalidade, enquanto elemento de conexão, tenha sido relegada para segundo plano com as disposições que hoje estão em vigor.

2.3.1. Nacionalidade

Como já referimos anteriormente, a doutrina tratou de relegar o elemento de conexão nacionalidade para segundo plano. De facto, como veremos adiante quando abordarmos a dupla residência, a nacionalidade só será relevante para efeitos de determinação da residência num terceiro nível¹⁶.

Assim, de acordo com Xavier (2014:261) «[a]s tentativas de fundamentação do poder de tributar baseadas na ideia de nacionalidade [...] não conseguiram impor-se na doutrina». Xavier (2014:262) adianta ainda que a tributação de acordo com o princípio da nacionalidade implicaria uma dificuldade acrescida na justificação da tributação dos não residentes que obtenham rendimentos em determinado território. Na nossa opinião, a acrescer ao facto da justificação da tributação de não residentes, teremos de ter em consideração que os países não terão, em princípio, poder suficiente para impor as suas leis fora do seu território, ou seja, teriam problemas com o âmbito de incidência e de eficácia da lei no espaço.

Como conclui Xavier (2014:262) «a nacionalidade é irrelevante para efeitos de delimitação do poder tributário dos Estados», no entanto, existem países que elaboraram reservas ao art.º 1.º da CMOCDE, que determina que as CDT se aplicam apenas aos residentes dos Estados contratantes, nomeadamente os EUA¹⁷ e as Filipinas¹⁸.

Apesar de entendermos a posição dos Estados que querem tributar os seus nacionais independentemente da sua residência, o caso dos EUA é particular, pois os seus nacionais, de entre os demais, sentem os benefícios da manutenção da sua nacionalidade americana e como tal entendem que o Estado da sua nacionalidade os queira tributar mesmo que já lá não residam.

Quanto à obtenção do estatuto de nacional de determinado Estado, no que respeita às pessoas singulares, a aferição da nacionalidade deve efetuar-se ao abrigo da lei do Estado em que se

¹⁶ A este respeito vide o n.º 2 do art.º 4.º da CMOCDE.

¹⁷ De acordo com o parágrafo 28 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE fica estabelecido que «[o]s Estados Unidos reservam-se o direito, com certas exceções, de tributar os seus nacionais e os seus residentes, incluindo certos antigos cidadãos e residentes de longa duração, sem atender ao disposto na Convenção».

¹⁸ De acordo com o parágrafo 1 das posições sobre o art.º 1.º da CMOCDE elaborados pelas economias não pertencentes à OCDE fica estabelecido que «[a]s Filipinas reservam-se o direito de tributar os seus nacionais ao abrigo do seu direito interno».

invoca ser nacional (Xavier, 2014:264)¹⁹. No que respeita às pessoas coletivas, a nacionalidade resulta da lei da respetiva constituição. Assim, tal como Xavier (2014:264) refere, será «portuguesa uma sociedade com sede em Portugal, ainda que incorporada em país estrangeiro, da mesma forma que será estrangeira, sociedade incorporada segundo as leis portuguesas com sede em país estrangeiro».

Uma vez que a nacionalidade não será a primeira linha de conexão com algum território, de acordo com as disposições da CMOCDE, foi necessário criar o princípio da não discriminação em função da nacionalidade que se encontra presente no art.º 24.º da CMOCDE. Este princípio traduz-se no facto de «os “estrangeiros” (incluindo os apátridas) não ficarem sujeitos, num dado Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente *diferente* ou *mais onerosa* do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitos os nacionais desse Estado que se encontrem na mesma situação» (Xavier, 2014:267-268).

Assim, embora seja proibida a discriminação em relação à nacionalidade, já não o é no que respeita à residência pois, tal como refere Xavier (2014:269) «a verdade é que um residente e um não residente – seja qual for a sua nacionalidade – não se encontram na “mesma situação”»²⁰.

Ainda no que respeita à nacionalidade e intrinsecamente relacionado com o princípio da não discriminação podemos referir-nos à cláusula da nação mais favorecida. De acordo com Xavier (2014:277)

[e]nquanto que [o princípio da não discriminação] consiste na defesa de um tratamento [...] que não seja mais gravoso do que aquele dado aos nacionais do outro Estado que se encontrem na mesma situação, a cláusula da nação mais favorecida vai mais longe, determinando a concessão aos nacionais de um daqueles Estados, do tratamento mais favorável dado pelo outro a um terceiro Estado.

Tendo especial aplicação nas relações entre Estados membros (EM) da União Europeia (UE) no âmbito das CDT celebradas entre estes, importa referir que na aplicação das CDT vigora o primado do Direito da União Europeia, ou seja, não são aplicáveis «as disposições convencionais em caso de conflito entre um tratado e as regras comunitárias» (Xavier, 2014:277).

¹⁹ No caso português, o art.º 4.º da CRP determina que «[s]ão cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional». Em Portugal, a nacionalidade é regulada pela Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de outubro).

²⁰ No que respeita ao princípio da não discriminação, também podemos constatar a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que tem permitido algumas restrições às quatro liberdades fundamentais que regem o funcionamento da União desde que não violem o princípio da não discriminação e desde que sejam proporcionais aos resultados pretendidos.

Assim, podendo os EM solicitar a aplicação desta cláusula, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no âmbito do caso D (Processo C-376/03), veio referir que os residentes dos Estados contratantes de uma CDT não se encontram numa situação comparável e como tal, os benefícios atribuídos pela aplicação da referida CDT estando de acordo «com o Direito Comunitário, o residente de um Estado-membro não pode invocar um tratamento mais favorável concedido num tratado que se lhe não aplica» (Xavier, 2014:280).

2.3.2. Residência e domicílio

Estes dois conceitos, tal como referem Xavier (2014:280-284) e Courinha (2015:60-66), são normalmente utilizados para designarem a mesma situação podendo originar confusões com a sua utilização indevida.

O conceito de domicílio já serviu como elemento de conexão base para a aplicação das CDT, contudo, desde 1963 que se passou a adotar o conceito de residência (Courinha, 2015:61). Atualmente, o conceito de domicílio é um dos critérios que pode definir a residência, tal como veremos.

Assim, não tendo o conceito de domicílio fiscal grande relevância para o DFI, podemos referir que este tem como objetivo uma função principalmente formal, pois fixa «o contribuinte num dado local para efeitos das suas relações procedimentais e processuais com a administração e a justiça» (Courinha, 2015:62).

O conceito de residência apresenta-se como o elemento de conexão por excelência tendo, por isso, um papel muito relevante na aplicação das CDT. Assim, o art.º 1.º da CMOCDE determina que a Convenção é aplicável aos residentes dos Estados contratantes.

Tal como refere Xavier (2014:284), a distinção entre pessoas residentes e não residentes é de grande importância pois define a extensão e as obrigações fiscais das diversas entidades para com cada autoridade fiscal. Assim, os não residentes estarão sujeitos a imposto pelos rendimentos obtidos no território de determinado Estado, estando por isso sujeitos a um regime de tributação limitado, enquanto os residentes desse Estado estarão sujeitos ao princípio da universalidade, ou seja, serão tributados pelos rendimentos auferidos em todo o mundo.

Assim, o art.º 4.º da CMOCDE, nomeadamente o seu n.º 1 define que se considera residente de um dos Estados contratantes aquele que, por força dos normativos internos de cada Estado, é considerado como tal. Tendo o mencionado normativo uma aceitação generalizada dos casos em que os Estados podem considerar uma entidade como residente no seu território, veda-lhes

a possibilidade de atribuição da residência quando determinada entidade se encontre sujeita a imposto como consequência de rendimentos de fonte localizada nesse Estado.

Tendo em consideração a remissão para o normativo nacional para aferir sobre o estatuto de residente, importa abordar a forma de como o legislador português define o que considera um residente.

Assim, no que respeita às pessoas coletivas, são consideradas residentes em Portugal, de acordo com o art.º 16.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), aquelas que:

- Tenham permanecido em território nacional mais que 183 dias, seguidos ou interpolados, em qualquer período de 12 meses;
- Tendo permanecido menos tempo, disponham em qualquer dia do período anterior de habitação que faça supor a sua intenção de manutenção como residência habitual;
- Sejam tripulantes de navios ou aeronaves a 31 de dezembro, quando estas estão ao serviço de entidades com residência, sede ou direção efetiva em Portugal;
- Desempenhem no estrangeiro funções ao serviço do Estado Português.

No que respeita aos requisitos da qualificação como residente podemos constatar que a Reforma do IRS efetuada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, procedeu a algumas alterações neste regime. Desde logo o critério da permanência no território nacional. Até 2014 este requisito apenas determinava a permanência de 183 dias e presumia-se que este prazo fosse contado dentro de um determinado ano civil. A partir de 2015, este requisito foi alterado de forma que tal prazo seja estabelecido dentro de qualquer prazo de 12 meses que se inicie ou termine no ano em análise.

No nosso ponto de vista, para além da aproximação às regras da OCDE no que respeita ao conflito de residências, esta nova disposição deste critério de residência tem um âmbito anti abuso no ponto em que pode considerar residentes pessoas que antes não o eram. Por exemplo, não considerando o critério da residência habitual, uma pessoa que está qualificada como não residente perante a AT e que se desloca a Portugal entre agosto a maio do ano seguinte, até 2014 ela continuaria a não cumprir o critério dos 183 dias e através deste requisito nunca seria residente. A partir de 2015, passará a estar enquadrado no requisito da permanência e será considerado residente em Portugal.

O requisito da residência habitual também foi alterado. Se antes a aferição da detenção de uma residência habitual em Portugal seria efetuada a 31 de dezembro, a partir de 2015, é-lo efetuado durante todos os dias do ano, ou seja, torna o requisito muito mais restrito pois bastará ter num dia uma residência que cumpra os requisitos que passará a ser residente. No entanto, pensamos que não devemos ter uma leitura literal pois a prova de que a pessoa cumprirá o âmbito deste requisito por apenas um dia num período de doze meses não nos parece razoável. Também no que respeita a este requisito podemos verificar que foi alterado de forma a aproximar o normativo português das indicações da OCDE.

No que respeita aos outros requisitos para se ser considerado residente não se verificou nenhuma alteração pelo que não iremos aprofundar a sua análise.

A grande novidade trazida pela Reforma do IRS foi a da residência parcial. Tal como menciona Courinha (2015:98) «[u]m mecanismo comum a muitas legislações fiscais é, com efeito, o de não admitir o fraccionamento intra-anual da residência para efeitos fiscais». No entanto, Portugal já admite a residência parcial de pessoas singulares, pelo que, distanciou-se do modo tradicional como os diversos sistemas fiscais abordam a residência e aproximou-se do comentário n.º 10 ao art.º 4 da CMOOCDE, ao contrário do que aconteceu com Espanha que determinou através do comentário n.º 25 do mesmo artigo que em virtude do seu direito interno não iria proceder conforme o comentário formulado.

Assim, tal como mencionado pela Comissão para a Reforma do IRS a crise financeira que atingiu Portugal, juntamente com o efeito da globalização, fizeram com que se assistisse a um grande número de pessoas a deslocarem a sua residência essencialmente devido a fatores laborais. Consciente desta situação a Comissão para a Reforma do IRS (2014:49) vem referir que «[a] maioria das vezes, tais deslocações sucedem no decorrer de um ano fiscal, suscitando questões complexas de determinação da residência fiscal.».

Tais questões relativas à residência, os conflitos de residência, decorriam de a legislação portuguesa não permitir uma figura parcelar da residência, sendo até 2014 a figura da residência considerada como una, ou seja, as pessoas ou eram consideradas residentes ou eram consideradas não residentes, não sendo permitidas as duas qualidades dentro do mesmo ano civil.

Tendo como objetivo suprir estes problemas foram alterados os n.º 3, 4 e 5 do art.º 16.º do CIRS. A solução escolhida, de acordo com a opinião da Comissão para a Reforma do IRS (2014:49)

permite a resolução equilibrada destes conflitos de residência, na medida em que o sujeito passivo é tratado como residente fiscal, e portanto suscetível de estar sujeito a tributação sobre os rendimentos auferidos mundialmente no local onde efetivamente reside em determinado período de cada ano.

Adicionalmente, a aferição da residência passou a efetuar-se por cada membro do agregado familiar. Tal alteração teve origem na mudança de paradigma da tributação de sede de IRS, se antes a tributação regra era a tributação conjunta, a partir de 2015 a tributação regra será a tributação separada podendo os sujeitos passivos optar pela tributação conjunta. No entanto, a aferição individual da qualidade de residente permite ter em consideração a situação em que apenas um dos cônjuges deixa de ser residente em Portugal continuando todo o restante agregado a permanecer em Portugal.

Por outro lado, no que respeita às pessoas coletivas, a al. a) do n.º 1 do art.º 2.º do CIRC vem sujeitar a Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) as pessoas coletivas que tenham sede ou direção efetiva em território português. Ideia que é reforçada pelo n.º 3 do mesmo artigo e principalmente pelo n.º 2 do art.º 13.º da Lei Geral Tributária (LGT). De facto, podemos afirmar que a residência das pessoas coletivas é situada em território nacional quando aqui se situe a sua sede ou a sua direção efetiva.

Estamos perante um conceito de residência baseado em dois elementos de conexão alternativos, a sede e a direção efetiva, sendo que a aplicação alternativa visa «abarcar situações de residência tanto meramente formal [...] como meramente material» (Courinha, 2015:114).

No entanto, apesar de estarem previstos no normativo nacional estes dois elementos de conexão no que respeita à residência de pessoas coletivas não se verifica qualquer intenção do legislador de os definir expressamente, tal como Courinha (2015:115) refere «não se encontram, no Código do IRC ou noutras fontes de lei fiscal, regras que determinem com inteira precisão as situações em que um sujeito passivo pode considerar-se como residente em Portugal por via de aqui se localizar a sua “sede” ou “direção efetiva”».

Se no que respeita à definição de sede, tal como afirma Courinha (2015:115), o Direito Comercial conseguiu resolver a lacuna da definição, o mesmo não se passou no caso da direção efetiva. No que respeita à definição de sede, se considerarmos o disposto no n.º 3 do art.º 12.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), podemos definir que a sede é no local onde a sociedade tem o seu domicílio. Sendo esta definição bastante para compreendermos o que se considera a sede de uma pessoa coletiva não sendo necessários quaisquer comentários adicionais.

Por outro lado, no que respeita à direção efetiva, Portugal não tem grande tradição de atribuição de residência a pessoas coletivas através deste elemento de conexão (Courinha, 2015:118)²¹. Tal facto leva-nos a retirar uma definição de direção efetiva através de discussões sobre o tema tidas noutras instâncias, sendo o TJUE uma das principais fontes uma vez que a definição de direção efetiva está diretamente relacionada com a liberdade fundamental da liberdade de estabelecimento prevista no art.º 49.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Ainda relativamente a este tema devemos referir que Portugal teve em 2012 um Projeto de Lei apresentado pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, rejeitado na Assembleia da República, que tinha como principal objetivo a inclusão no CIRC de uma definição de direção efetiva²². O Projeto de Lei surge depois de ser conhecida a deslocalização da maioria do capital da Sociedade Francisco Manuel dos Santos para a Holanda.

Embora em Portugal se tenha optado por seguir a teoria britânica do *central management and control*²³, parece-nos correto afirmar que as normas portuguesas seguem de perto a definição de direção efetiva (*place of effective management*) adotado pelo OCDE no comentário n.º 24 ao art.º 4.º da CMOCDE que determina que «[a] direcção 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 da entidade, na sua globalidade», acrescentando ainda que «[u]ma entidade pode ter mais de um local de direcção, mas só pode ter um local de direcção efectiva».

²¹ O autor desenvolveu uma justificação para a falta de tradição da aplicação deste elemento de conexão. Esta justificação reside no facto de Portugal se ter tornado um importador de capitais e, por isso, a menor tendência para atrair a residência de sociedades através deste critério. Outro motivo justificativo desta falta de tradição reside na própria UE, pelo facto de esta ser uma zona de integração económica onde se promove a interligação das várias economias que a compõem. Assim, somos da opinião que a não aplicação se deve mais a uma questão política assumida por Portugal do que por uma questão de falta de condições para provar a aplicação deste elemento de conexão.

²² No Projeto de Lei n.º 133/XII/1.ª propunha-se que o n.º 4 do art.º 2.º do CIRC passasse a ter a seguinte composição:

4 - Para efeitos deste Código, considera-se que uma pessoa coletiva tem direção efetiva em território português sempre que se verificar uma das seguintes situações:

- a) O regime de responsabilidade aplicável aos sócios, aos gerentes ou aos administradores seja o do direito do Estado português;
- b) As decisões de direção superior, refletindo o poder de controlo de facto da pessoa coletiva e que vinculam a gestão global da empresa, sejam tomadas no território português, independentemente da localização da sede da empresa;
- c) Haja lugar à distribuição pela administração de lucros de exercício gerados em território português.

²³ Relativamente a esta teoria, o caso *De Beers* apresenta-se como o mais importante. No decorrer deste processo as autoridades fiscais britânicas atribuíram a residência fiscal de uma sociedade constituída na África do Sul através de métodos materiais, ou seja, através da disposição da direção efetiva da sociedade. Para tal não recorreram ao critério do *day-to-day management*, mas sim ao *central management and control* como o local efetivo de reunião do conselho de administração. Assistiu-se assim, pela primeira vez a uma «secundarização do local de constituição de uma sociedade (embora não a sua rejeição), enquanto critério válido para fixação da residência fiscal» (Courinha, 2015:123).

Apesar da remissão para os normativos internos dos Estados contratantes efetuada pelo n.º 1 do art.º 4.º da CMOCDE, existem situações em que, pelas diferenças nas previsões normativas que são normais devido à filosofia de tributação seguida por cada Estado, tanto as pessoas singulares como as pessoas coletivas podem ser consideradas residentes por ambos os Estados contratantes. Assim, tornou-se necessário estabelecer regras adicionais de atribuição da qualidade de residente para efeitos da convenção para que se evitassem as injustiças decorrentes de uma dupla residência (*dual residence*).

Se, na inexistência de convenção entre duas jurisdições, que consideram uma pessoa como residente no seu território a tributação poderá ser efetuada de forma ilimitada por ambas, a existência de uma convenção irá determinar qual será a residência que relevará para efeitos tributários. Assim, a convenção atuará com base em dois pressupostos: o princípio da unicidade da residência, que determina que a residência para efeitos fiscais só poderá ser uma e que tem como consequência que tal pessoa será tributada na outra jurisdição apenas relativamente aos rendimentos que aí obtenha; e presumindo que a qualidade de residente na jurisdição preterida esgote os seus efeitos fiscais a menos que esta seja considerada como requisito para a obtenção de direitos civis ou políticos (Xavier, 2014:292-293).

Assim, no caso das pessoas singulares, estabeleceu-se um regime de conexões subsidiárias no n.º 2 do art.º 4.º da CMOCDE, que constitui um conjunto de testes aos elementos relevantes para atribuição da qualidade de residente de tal forma que foi estipulado para conseguir responder aos casos mais complexos e levou a que muitos autores o apelidassem de critério de desempate (*tie breaker*), de acordo com Xavier (2014: 293-294).

No que às pessoas singulares diz respeito, os critérios de desempate dão preferência à habitação permanente, no entanto, quando não é possível a atribuição da residência para efeitos fiscais através deste elemento de conexão, a CMOCDE utiliza como conexões subsidiárias os seguintes critérios: centro de interesses vitais, permanência habitual, nacionalidade e em última instância o comum acordo entre os Estados contratantes.

É de notar que o elemento de conexão nacionalidade, tal como já tínhamos referido, é quase irrelevante para a resolução destas situações. Adicionalmente, devemos referir que estes critérios deverão ser aplicados sucessivamente sem a possibilidade da escolha do critério de desempate, tal como refere Xavier (2014:294) é «ilegítimo o recurso ao mútuo acordo quando a questão já podia ser resolvida pelo critério do centro de interesses vitais».

No que respeita às pessoas coletivas, nas situações em que estas sejam consideradas residentes para efeitos fiscais em mais do que uma jurisdição, o critério de desempate previsto no n.º 3 do

art.º 4.º da CMOCDE é a direção efetiva. Apesar de ser considerada uma situação rara, de acordo com o comentário n.º 21 ao art.º 4.º da CMOCDE, não foi considerado adequado o critério formal do registo das pessoas coletivas e, assim, tendo por base os efeitos fiscais da tributação internacional dos rendimentos provenientes da navegação marítima, interior e aérea o critério da direção efetiva prevaleceu.

No entanto, os comentários à CMOCDE preveem situações em que os Estados contratantes poderão tratar de forma diferente a dupla residência de pessoas coletivas. Assim, este tratamento diferenciado é efetuado através de acordo amigável entre os Estados contratantes que, de acordo com a disposição proposta no comentário n.º 24.1 ao art.º 4.º da CMOCDE, devem ter em consideração o «local da direção efetiva, o local do seu estabelecimento ou constituição, e quaisquer outros factores relevantes».

2.4. Funcionamento geral das estruturas de *Treaty Shopping*

No âmbito da implementação de esquemas de planeamento fiscal devem ter-se em consideração diversos fatores, nomeadamente, no que respeita à forma como será efetuado o planeamento. Tal como refere Borrego (2006:17) «*[a]rtificial structures, whose purpose is exclusively of a tax nature will be attacked by tax authorities and will not be efficient in the medium term*», ou seja, a implementação de esquemas de planeamento não deverá ser efetuada de ânimo leve, deve ter em consideração a robustez das figuras propostas analisando situações como o nexó económico da solução encontrada.

Adicionalmente, deve ter-se em consideração que as estruturas artificiais tendem a ser mais controladas pelas autoridades fiscais e, por isso, sujeitas à aplicação de cláusulas de limitação de benefícios que determinam que estas estruturas não possam aceder aos benefícios decorrentes da rede de convenções de determinada jurisdição (Borrego, 2006:17).

Por último, tendo em consideração que um dos principais objetivos será obter a máxima segurança legal, os esquemas de planeamento fiscal internacional operados através das CDT tendem a ser mais seguros do que os esquemas que apenas se baseiam nas legislações internas, uma vez que as alterações aos normativos das CDT seguem um procedimento mais complexo do que as alterações legislativas dos normativos internos. Aplicando este objetivo à realidade portuguesa, conseguimos verificar a importância do mesmo pois, infelizmente, o nosso legislador tende a alterar sucessivamente o normativo interno reduzindo a segurança legal dos esquemas de planeamento exclusivamente internos (Borrego, 2006:17).

Assim, de acordo com Borrego (2006:19)²⁴ existem três níveis de tributação que os esquemas de planeamento fiscal internacional devem ter em consideração:

- 1) «*tax levied in the location in which the investment is made ('destination tax')*» (Borrego, 2006:19). Este nível de tributação deve ser considerado apenas quando o investimento é efetuado através de um *Special Purpose Vehicle* (SPV) que seja sujeito a tributação. De acordo com o mesmo autor, a *destination tax* pode ser reduzida através do aproveitamento de benefícios fiscais previstos na legislação, da imputação de despesas dedutíveis para o SPV ou a escolha do veículo mais apropriado para a realização do investimento pretendido;
- 2) Redução da tributação dos rendimentos transferidos para outro Estado ou eliminação da tributação na fonte (*route tax*). Para a redução da tributação neste nível dos esquemas de planeamento fiscal internacional poderemos recorrer a esquemas de *treaty shopping* ou a esquemas de *rule shopping*.
- 3) «*minimizing the tax imposed in the investor's State of Residence (residence tax)*» (Borrego, 2006:21). O objetivo neste nível de tributação será a redução da tributação de forma que a poupança fiscal obtida nos níveis anteriormente mencionados não seja perdida com uma tributação elevada no Estado da Residência do investidor²⁵. De forma a minimizar a tributação neste nível do esquema de planeamento, podem ser adotadas várias estratégias, nomeadamente, a utilização de regras internas ou de disposições das CDT que utilizem o método da isenção para a eliminação da dupla tributação podendo gerar situações de dupla não tributação, alteração do Estado onde o rendimento é obtido através da deslocalização da residência ou da sede, e acumulação de rendimentos em zonas de baixa tributação através da utilização de *base companies*, obtendo um diferimento de tributação ou *tax deferral* (Borrego, 2006:21-23).

Tendo em consideração o exposto, concordamos com Borrego (2006:23-24) quando refere que

international tax planning should aid to optimize 'destination', route and residence tax. The tax structure adopted should be congruent with the business structure, because otherwise it could be affected by both unilateral and bilateral measures to avoid planning which is exclusively for tax purposes and which is clearly of an elisive nature.

²⁴ A este respeito veja-se também Borrego (2003a:46-52).

²⁵ Tal como Borrego (2006:21) menciona: «*[t]he reduction obtained in the 'destination' and the route tax paid may be lost in the event that it is not possible to reduce the tax imposed in the investor's State of Residence, since the tax savings obtained abroad will give rise to a higher tax base in this state*»

Embora um esquema de planeamento fiscal internacional tenha de prever as três fases anteriormente descritas, no nosso estudo apenas iremos abordar a segunda fase, ou seja, o *route tax* e dentro deste iremos focar-nos especialmente no *treaty shopping*.

No que respeita aos esquemas de *treaty shopping* podemos encontrar várias abordagens no que respeita à classificação dos mesmos. De acordo com Borrego (2006: 25-38), podemos dividir os esquemas entre aqueles que operam através de contratos (*trusts*) e aqueles que operam através da interposição real de pessoas (neste caso empresas). Dentro dos esquemas com interposição de empresas ainda podemos identificar dois tipos de estruturas: aquelas que utilizam uma estratégia direta através da utilização de sociedades *conduit* e aquelas que utilizam uma estratégia indireta através de esquemas de *stepping stone conduits*.

De outro ponto de vista, Panayi (2007:37-42) identifica três tipos de esquemas de *treaty shopping*: O primeiro é aquele em que são utilizadas estruturas *conduit* quer assumam uma estratégia direta ou indireta, no segundo temos as situações *borderline*, ou seja, aquelas «*where the intermediary entity has some features of a viable entity but also some features of a conduit.*» (Panayi, 2007:42) e aqueles que utilizam estruturas comerciais com legitimidade, mas que conseguem aproveitar benefícios atribuídos pelas CDT possuindo por isso características de situações de *treaty shopping* (*bona fide commercial structures*).

Por último, Courinha (2015: 303-308) opta por apenas referenciar os esquemas de *treaty shopping* que operam através da estrutura de *direct conduit* e de *stepping stone conduit*.

Assim, considerando as classificações mencionadas, iremos analisar os esquemas de *treaty shopping* operados através de *direct conduit* e de *stepping stone conduit*.

2.4.1. Direct conduit

Importa, em primeiro lugar, definir o que se entende por *conduit company*. De acordo com Panayi (2007:38), estamos perante uma *conduit company* quando uma entidade «*situated in a treaty country is acting as a conduit for channelling income economically accruing to a person in another State who is thereby able to take advantage improperly of the benefits provided by a tax treaty*», podendo esta entidade assumir diversas formas jurídicas, desde empresas a *trusts*.

Assim, os esquemas que preveem a utilização de *conduit companies* têm tipicamente três características de acordo com Panayi (2007:38):

- 1) A entidade promotora do esquema não reside no mesmo Estado onde a entidade *conduit* é criada;

- 2) A entidade *conduit* possui uma atividade económica mínima no Estado onde está localizada;
- 3) O rendimento obtido pela entidade *conduit* ou é isento de tributação ou sujeito a uma tributação mínima no seu Estado de residência.²⁶

Um exemplo de utilização deste tipo de esquema de *treaty shopping*, como se pode observar na figura 2.1, é quando uma sociedade (Soc. P), residente no Estado 1, pretende receber dividendos da sua subsidiária (Soc. S), residente no Estado 2, não existindo entre os dois Estados CDT celebrada, ou existindo esta preveja benefícios muito restritos.

De forma a não se encontrar no âmbito de tributação, a Soc. P cria uma sucursal (Soc. R) no Estado 3. O Estado 3 tem celebrada CDT com o Estado 1 e Estado 2 e prevê benefícios que podem ser obtidos de forma menos restrita do que diretamente do Estado 1 para o Estado 2.

Assim, a Soc. R é detida em 100% pela Soc. P e detém em 100% a Soc. S. Na distribuição dos dividendos, se tal ocorresse do Estado 2 para o Estado 1 haveria lugar a retenção na fonte de acordo com o regime do Estado 2, no entanto, se os rendimentos forem pagos ao Estado 3, a CDT celebrado reduz ou elimina a tributação por via de retenção na fonte. Adicionalmente, o regime interno do Estado 3 ou não tributa este tipo de rendimentos ou tributa-os a uma taxa muito reduzida.

Para terminar, na distribuição de dividendos do Estado 3 para o Estado 1, a CDT elimina ou reduz a tributação em sede de retenção na fonte de forma que no final a tributação suportada (a existir) seja inferior àquela a que a Soc. P estaria sujeita se os rendimentos fossem pagos diretamente do Estado 2 para o Estado 1.



Figura II.1 – Direct conduit

Fonte: Panayi (2007:39)

²⁶ A respeito das características dos esquemas de *treaty shopping* operados através de *direct conduit* ou *stepping stone conduit* vide OCDE (2015e) – R(6). *Double taxation conventions and the use of conduit companies*.

2.4.2. *Stepping-stone conduit*

Os esquemas de *treaty shopping* operados através de *stepping stone conduit* caracterizam-se por serem um desenvolvimento da estratégia de *direct conduit*, em virtude da primeira estratégia ser demasiado linear revelando-se «gradualmente desadequada face à modernização das soluções normativas que no Direito interno ou no quadro das Convenções iam reagindo ao fenómeno» (Courinha, 2015:304). Para o combate aos esquemas de *direct conduit* contribuíram positivamente as *black list* criadas por diversas entidades, que dificultaram o acesso a ordenamentos fiscais que possuísem as características mencionadas anteriormente.

A criação destas medidas de combate ao acesso a jurisdições de baixa tributação levou a que a tomada de decisões evoluísse da escolha de jurisdições com taxa de tributação muito baixas para a escolha de jurisdições em que existem taxas de tributação razoáveis, mas em que a base tributável é menor, ou seja, passou-se a adotar a lógica de que será preferível suportar uma taxa de 20% numa base tributável de 5 unidades monetárias (u.m.) do que uma taxa de 5% numa base tributável de 100 u.m..

Neste modelo de atuação, de acordo com Courinha (2015:305), «a sociedade interposta (*conduit*) é despida de uma base tributável positiva, por via da assunção de um encargo especialmente elevado», ou seja, neste modelo o rendimento obtido pela sociedade interposta não é isento de tributação, no entanto, de forma a evitar que este rendimento seja tributado, «*the income generated is compensated with expenses billed by companies residing in a third state*» (Borrego, 2006:31) e neste processo os fluxos monetários podem alterar as suas características, por exemplo, transformar dividendos em juros (Panayi, 2007:39).

Com a compensação destes rendimentos consegue-se obter uma erosão da base tributária no Estado da residência da sociedade interposta, no entanto, deve ser libertada uma certa margem nesta sociedade de forma que o Estado da residência aceite esta operação, ou seja, deve ser demonstrada alguma substância económica, embora aparente (Borrego, 2006:31).

Assim, estaríamos perante um esquema de *stepping stone conduit* quando a Soc. P interpõe as Soc. R e Soc. RR de forma a receber dividendos da Soc. S e a não ser tributado tal como aconteceria se a Soc. S distribuísse dividendos diretamente à Soc. P, tal como se pode observar na figura 2.2 abaixo.

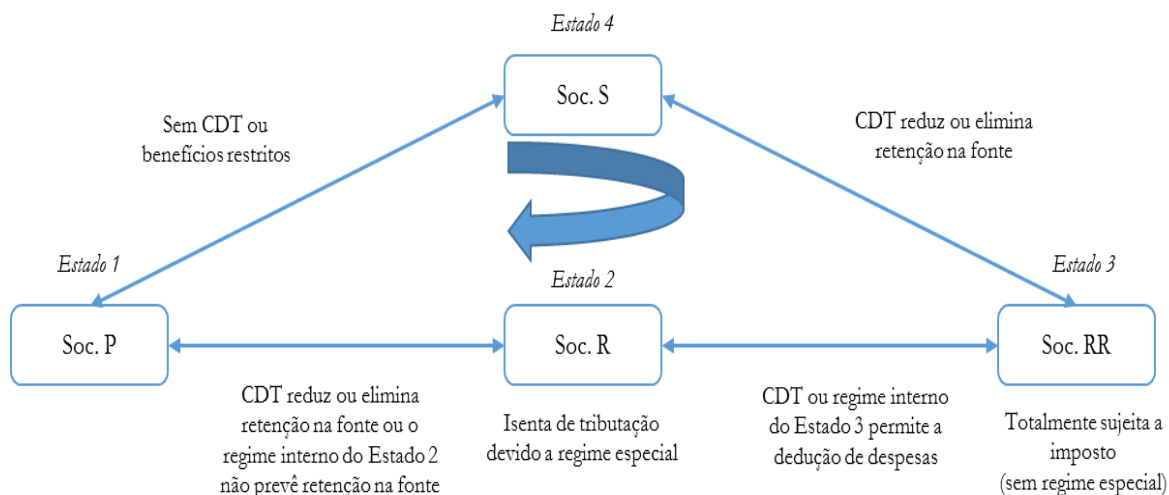


Figura II.2 – Stepping stone conduit

Fonte: Panayi (2007:40)

Considerando a figura 2.2, o esquema de *treaty shopping* é constituído pelas seguintes etapas, de acordo com Panayi (2007:39-40):

- 1) A Soc. RR, residente no Estado 3, detém uma subsidiária (Soc. S) no Estado 4 que celebrou uma CDT com o Estado 3. Por sua vez, a Soc. P, residente no Estado 1, detém a Soc. R, residente no Estado 2 e pode beneficiar de CDT celebradas entre os dois Estados. Adicionalmente, existe uma CDT celebrada entre o Estado 2 e o Estado 3, mas não existe qualquer CDT celebrada entre o Estado 1 e o Estado 4 ou, existindo, esta é restrita na possibilidade de beneficiar das suas disposições. Por último, a Soc. RR é detida pela Soc. R.;
- 2) Num segundo momento, a Soc. S distribui dividendos à Soc. RR. A distribuição de S para RR, através da aplicação da CDT entre o Estado 4 e o Estado 3, não é tributada ou a tributação é reduzida em virtude da CDT. Por outro lado, a Soc. RR é totalmente sujeita a tributação no seu Estado de residência;
- 3) De forma a não ser tributada, a Soc. RR incorre em despesas fiscalmente dedutíveis, por exemplo, comissões, serviços ou juros, e que são debitadas pela Soc. R;
- 4) Os pagamentos de rendimentos da Soc. RR para a Soc. R são isentos de tributação devido a regime interno do Estado 3 ou a tributação é reduzida através da aplicação da CDT entre o Estado 2 e o Estado 3;
- 5) A Soc. R não está sujeita a tributação no seu Estado de residência devido a um regime interno ou está sujeita a baixa tributação destes rendimentos. Adicionalmente, na

distribuição de dividendos para a Soc. P a operação ou não é tributada ou é tributada a taxas diminutas.

Concluindo, tendo em consideração o exemplo, os rendimentos podem ser canalizados através das duas sociedades interpostas de forma a se poder beneficiar dos regimes convencionais e dos regimes internos existentes, sendo o objetivo a redução ou eliminação da tributação na chegada destes rendimentos à Soc. P. Tal como menciona Panayi (2007:40),

pursuant to the stepping-stone conduit structure, a parent Company P would set up Company R to derive most of its income in the form of profits from services to its subsidiary Company RR. Company RR, in its turn, would derive most of its income in the form of dividends from its subsidiary Company S.

Embora seja um exemplo relativamente simples, pois poderiam aqui ser aplicadas regras rígidas em matéria de preços de transferência, a intenção era apresentar um exemplo deste tipo de esquema de *treaty shopping*, sendo que as medidas de combate a estas situações serão apresentadas nos próximos capítulos.

Através do desenvolvimento do presente capítulo tivemos como objetivo o de definir o enquadramento do fenómeno do *treaty shopping* dentro do Direito Fiscal Internacional. Conseguimos verificar a importância que os esquemas de *treaty shopping* têm na função do planeamento fiscal existente nas decisões das empresas.

No entanto, embora as entidades tenham à sua disposição estes esquemas, devem ter em consideração que o planeamento fiscal internacional é composto por mais fases para além da sua implementação. É, pois, importante verificar a incidência de tributação no Estado da fonte e, adicionalmente, assegurar uma baixa tributação no Estado da residência para que a operação tenha sentido.

Adicionalmente, para além dos fatores tributários, devem ser tidos em consideração outros fatores como «*level of formalities, accounting and audit requirements and in general, the administrative controls required for the creation and operation of companies*» (Borrego, 2006:31). Para além destes fatores, o autor ainda refere fatores como controlos legais à circulação de moeda e a força da moeda no mercado internacional. Por último também devem ser evitadas disposições internas contra a limitação à dedução de gastos de financiamento e preços de transferência.

Embora do ponto de vista empresarial, o *treaty shopping* surja como uma forma de poupança para aumentar os seus resultados – o que resulta num aumento do valor da empresa – não podemos

ficar indiferentes em relação aos impactos que estes esquemas têm a nível interno dos Estados e da forma que os afetam no que respeita às negociações inerentes à formalização de CDT.

Assim, no próximo capítulo iremos analisar as consequências inerentes à utilização de esquemas deste tipo e também analisaremos as medidas tomadas para combater este fenómeno a nível internacional, ou seja, iremos analisar os desenvolvimentos promovidos a nível da OCDE, de seguida iremos abordar as medidas constantes das CDT celebradas por Portugal e que têm implicações no combate aos esquemas de *treaty shopping* e, por último, iremos analisar a relação entre as medidas de combate ao *treaty shopping* e o Direito da UE.

III. O panorama internacional no combate ao treaty shopping

Ao longo deste capítulo iremos abordar as medidas levadas a cabo a nível internacional para combater os esquemas de uso abusivo de convenções. Adicionalmente, iremos abordar as cláusulas incluídas nas CDT celebradas por Portugal e que têm como objetivo a correta utilização das CDT e o combate a situações que tenham como único objetivo o acesso aos benefícios delas decorrentes através da sua utilização abusiva.

De facto, no capítulo anterior tentámos exprimir a ideia de que o *treaty shopping* pode ser uma via que as empresas têm à sua disposição para a poupança fiscal. No entanto, estes esquemas tendem a ser vistos como abusivos, mas existem casos que por questões económicas se apresentam como operações comnexo económico.

Na nossa opinião, a grande maioria dos esquemas a que podemos tratar de *treaty shopping* terão como único objetivo a evasão fiscal e a erosão das bases tributáveis, caberá, portanto, à minoria aqueles que seguem objetivos económicos e outros que aproveitam vazios legais que lhes permitem não ser tributados.

Considerando que as vantagens destes esquemas para as empresas são claras, estas trazem desvantagens aos Estados que celebram CDT e que afetam a normal negociação destes instrumentos que têm como objetivo fomentar as relações internacionais e diminuir entraves ao investimento além-fronteiras que a fiscalidade por vezes pode criar.

Tendo por base as pesquisas efetuadas para a elaboração deste estudo conseguimos encontrar três autores que comentam os efeitos do *treaty shopping* para os Estados Contratantes das CDT. Neste âmbito, Rohatgi (2002:363) refere que o *treaty shopping* afeta o Estado da fonte no que respeita às suas receitas fiscais, uma vez que estes esquemas afetam o princípio da reciprocidade em que as CDT assentam e o balanceamento dos sacrifícios de receita que a conclusão de uma CDT deve trazer. Adicionalmente, refere que o Estado da fonte «loses tax revenues due to either reduced withholding taxes or an unintended erosion of its tax base» (Rohatgi, 2002:363). Por outro lado, o autor refere que as autoridades fiscais não gostam dos esquemas de *treaty shopping* uma vez que estes tornam as CDT em tratados com o mundo (*treaty with the World*) e reduzem o incentivo para a conclusão de novas CDT.

No seu pensamento, Borrego (2006:50-59) começa por referir que «the immediate effects of **treaty shopping** are evidenced on non-resident taxation» (Borrego, 2006:51) uma vez que este vê as suas receitas diminuir por ter celebrado uma CDT, ou seja, embora a perda de receitas resulte naturalmente da celebração de uma CDT, ela pode ser mais evidente quando permite esquemas

de *treaty shopping*. Este facto é especialmente relevante porque «[a] convention concluded by two states is the result of a negotiation in which each one has requested recognition of its interests and in particular, of the interests it has in the other state» (Borrego, 2006:51), assim, os estados não conseguem celebrar todas as CDT com as mesmas disposições pois estas irão variar consoante o Estado com quem a vão celebrar e irá depender da posição que cada ocupa durante o processo negocial²⁷. Concluindo, de acordo com Borrego (2006:53) «[t]he immediate consequence of this type of structures is a loss of non-resident tax revenue of a higher amount than that initially projected based on the economic situation which prevailed at the time the convention was entered into.».

No entanto, embora em primeira instância a consequência principal seja a perda de receitas fiscais no Estado da fonte, o Estado da residência também pode sofrer com este tipo de regimes. Em primeiro lugar, não nos podemos esquecer que ambos os Estados, na negociação de uma CDT, se encontram tanto na posição de Estado da fonte como na posição de Estado da residência.

Normalmente, quando existe um diferencial de posições no que respeita aos pagamentos de rendimentos entre entidades de ambos os Estados, tende-se a fortalecer os elementos de conexão ligados com a residência. Assim, tende-se a diminuir o esforço fiscal, isto é, da perda de receitas fiscais suportado pelo Estado da residência através da alteração das medidas que este tem de implementar de forma a reduzir ou eliminar a dupla tributação, ou seja, «the non-resident tax revenue losses suffered by a state are compensated by the higher resident tax revenue collected» (Borrego, 2006:53). Também nesta situação as estruturas de *treaty shopping* podem trazer prejuízos para o Estado da residência uma vez que estes, ao verem as suas receitas fiscais provenientes da tributação de não residentes diminuírem, tendem a aumentar a tributação dos residentes. De forma a compensar este aumento de tributação as entidades veem-se compelidas a adotar medidas que diminuam a sua base tributária e a acumular rendimentos em zonas de tributação mais baixa, pelo que, «[t]he losses of non-resident tax revenue suffered by the state is not compensated by higher resident tax revenue.» (Borrego, 2006:53).

Outra consequência mencionada por Borrego (2006:54) é o enfraquecimento da posição negocial dos Estados para a celebração de CDT. O autor parte do princípio de que os Estados só irão concluir uma CDT se as suas legislações internas tratarem, em termos tributários, de forma idêntica os rendimentos obtidos por não residentes. Uma vez que o fenómeno do *treaty shopping* consiste no acesso a CDT por entidades residentes em estados terceiros que em

²⁷ Como menciona Borrego (2006:51) «[a] state's negotiating position is inversely proportional to its investment volume in the other state, particularly when the treaty is aimed at significantly reducing taxation at source.».

princípio não teriam possibilidade de beneficiar das disposições dessa CDT, pode implicar que o Estado da Residência destas entidades «*has a minimum incentive or interest in initiating the negotiation of a tax treaty given that its residents are able to apply the DTCs concluded by other states*» (Borrego, 2006:54). A posição negocial poderá ainda ser mais afetada se um dos Estados preferir a tributação através do princípio da residência em detrimento de implementar medidas para tributar os não residentes (Borrego, 2006:55).

O mesmo autor menciona ainda, como consequências do *treaty shopping*, a promoção da evasão fiscal internacional, a promoção para se efetuar operações sem substância económica e promovem a dupla não tributação dos rendimentos de forma a eliminarem o principal objetivo das CDT que é a redução ou eliminação da dupla tributação.

Por outro lado, Courinha (2015:308-313) identifica como efeitos do *treaty shopping* a perda de receitas fiscais e o *free-riding*. O autor refere que embora os ativos detidos por entidades localizadas em zonas *offshore* seja elevado, o montante imputado a esquemas de *treaty shopping* não será muito elevado até porque estas zonas *offshore* se encontram em jurisdições inseridas nas várias *black lists* criadas e, portanto, as operações com estas jurisdições encontram-se fortemente condicionadas pelo normativo anti abusivo largamente consensual nos ordenamentos fiscais mais desenvolvidos (Courinha, 2015:308-309). O autor refere que o efeito do *treaty shopping* se faz sentir mais no seio de espaços de integração económica porque

por um lado, tais ordenamentos fiscais, por configurarem zonas excluídas das *black lists*, não são discriminados; por outro, a dupla tributação na distribuição de lucros e pagamentos de juros e *royalties* tende a ser evitada entre entidades com certas relações especiais, o que facilita a canalização de fundos da sociedades [sic] intermédia para a sociedade com interesse económico na estrutura e situada no ordenamento que não dispõe das vantagens fiscais visadas. Courinha (2015:309).

Ainda refere que, a perda de receita fiscal não é absoluta uma vez que a perda de receita de um Estado será compensada pelo aumento de receita no outro Estado. Conclui-se, portanto, que embora seja difícil a quantificação da perda de receitas fiscais, este argumento é «a consequência mais visível e politicamente sensível a decorrer do *Treaty Shopping*» (Courinha, 2015:309).

Outro argumento utilizado pelo autor é o fenómeno de *free-riding*. No processo negocial de uma CDT «[o]s dois Estados envolvidos dispõem-se a ceder reciprocamente parte da suas receitas fiscais» (Courinha, 2015:310) pelo que existe «uma íntima relação entre reciprocidade e relatividade, com as concessões feitas pelos Estados Contratantes a justificarem a não aplicação

das vantagens decorrentes destas a sujeitos não residentes em nenhum deles.» (Courinha, 2015:311).

Esta relação entre o princípio da reciprocidade e da relatividade é afetada pela implementação de estratégias de *treaty shopping* pois permite que, através da interposição real de pessoas, entidades residentes em Estados terceiros acedam aos benefícios de determinada CDT sem que o Estado da sua residência se tenha envolvido em qualquer processo negocial. O cerne da questão reside no facto de o Estado terceiro, ao verificar que os seus agentes económicos conseguem aceder a benefícios de CDT celebradas por outros estados pode não demonstrar interesse em negociar uma CDT, fazendo com que os outros Estados celebrem tratados com o mundo e com que os Estados terceiros e os seus residentes sejam denominados de *free riders*.

Esta assunção leva-nos a dois pontos de vista. Em primeiro, leva-nos a questionar o porquê de os Estados quererem continuar a celebrar CDT. De acordo com Rixen (2008:12) os Estados continuam a querer celebrar CDT uma vez que «*while the residence country is willing to grant unilateral tax relief no matter how much tax the source country collects, it would be even better off if, at the same time, source taxation were limited.*».

Por outro lado, como refere Courinha (2015:312), os Estados terceiros beneficiam de um processo negocial celebrado por outros Estados, com todas as vantagens daí decorrentes, sem que tenham efetuado qualquer esforço a nível das suas receitas fiscais, ou seja, há «uma contribuição nula associada a uma vantagem significativa [...] e que é ampliada prospectivamente pelo facto de o Estado não encontrar qualquer incentivo [...] na negociação e celebração de uma futura Convenção».

Conclui-se assim que as CDT, ao possibilitarem a implementação de estratégias de *treaty shopping*, fazem com que Estados terceiros apenas beneficiem da sua omissão negocial «pelo que permanecerá numa posição de vantajosa e cómoda passividade» (Courinha, 2015: 313).

Considerando o exposto, no que respeita ao combate a práticas abusivas da utilização de CDT, importa verificar quais as medidas tomadas a nível internacional para acabar com este fenómeno. Desde logo, importa ressaltar que o *treaty shopping* foi, desde cedo, diretamente relacionado com jurisdições de baixa tributação, pelo que, se poderá verificar que as primeiras medidas tenderam a dificultar o acesso a estas jurisdições nas montagens de esquemas que não tinham qualquer nexó económico com as operações desenvolvidas.

Assim, iremos analisar a posição da OCDE no que respeita ao incentivo aos seus países membros em aplicarem medidas contra estes fenómenos. De seguida, iremos analisar as medidas constantes das CDT celebradas por Portugal e que pretendem combater este

fenómeno. E, por último, iremos analisar a relação entre o combate ao *treaty shopping* e o Direito da UE, essencialmente verificando se este combate não é contrário a alguma das quatro liberdades fundamentais que norteiam o Direito da União Europeia.

3.1. Orientações da OCDE contra o *treaty shopping*

A OCDE tem os seus primórdios na execução do Plano Marshall que teve como objetivo o financiamento dos vários Estados europeus para se reconstruírem após a 2ª Guerra Mundial e para relançarem as suas economias que se encontravam devastadas pelo conflito. Após a execução do Plano, a então Organização Europeia de Cooperação Económica foi reformulada dando lugar à OCDE, permitindo a entrada de novos Estados para a organização.

Assim, foi assinada em 1960, em Paris, a Convenção da OCDE que estatuiu, no seu art.º 1.º, que esta organização teria como objetivos:

- a) *to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;*
- b) *to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and*
- c) *to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.*

Considerando os objetivos atribuídos à OCDE, ou seja, a melhoria das condições económicas dos Países Membros e a promoção do desenvolvimento económico mundial, a OCDE apresenta-se «na primeira linha dos esforços desenvolvidos no sentido de compreender e ajudar os governos a dar resposta aos novos desenvolvimentos e preocupações» (OCDE, 2013c:15). Podemos considerar que, a OCDE possui um estatuto muito relevante no que respeita às políticas económicas seguidas pelos Países Membros uma vez que é no seu âmbito de atuação que existe um processo de troca de experiências entre os diversos Países Membros.

Uma vez que a tributação interfere diretamente no comportamento da economia, até pelo já explicado no decorrer deste estudo, desde cedo que a OCDE se preocupou com estas matérias. Tendo em consideração que já no âmbito da sua criação se abordava a questão da globalização, hoje mais do que nunca, a atuação da OCDE tem relevância para o desenvolvimento económico mundial, veja-se o trabalho desenvolvido entre a OCDE e o G20 no âmbito do BEPS que será abordado no capítulo V.

De acordo com Oliveira (2012:39), as medidas contra o *treaty shopping* são de dois tipos: medidas internas, em que iremos abordar o caso português no próximo capítulo, e medidas de carácter convencional. No que respeita às medidas de carácter convencional, a autora menciona que «é sobretudo no âmbito da OCDE que um maior esforço tem sido feito no sentido de prevenir as práticas abusivas de *treaty shopping*» (Oliveira, 2012:39). Na sequência deste pensamento, a autora refere que a OCDE tem vindo a tentar esclarecer que o objetivo das CDT é eliminar a dupla tributação e não promover a não tributação dos mesmos, motivo pelo qual tem vindo a rever os comentários ao art.º 10.º da CMOCDE na tentativa de incentivar os Estados a negar o acesso ao regime convencional a entidades que tenham como único objetivo a evasão fiscal. É ainda referido que, a principal forma utilizada para combater este fenómeno tem sido a inclusão de cláusulas anti abuso nas CDT – veja-se as cláusulas do beneficiário efetivo ou de limitação de benefícios.

Ora, no que respeita à análise destas cláusulas anti abuso iremos abordar a adoção das mesmas por Portugal no seu regime convencional mais à frente neste capítulo.

No que respeita aos trabalhos desenvolvidos no seio da OCDE para combater as práticas abusivas de *treaty shopping*, podemos identificar três momentos particularmente relevantes:

- 1) Publicação do relatório *Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies* publicado em 1987 e que foi relevante para a inclusão de comentários à CMOCDE na sua revisão de 1992 de forma a combater a utilização de *conduit companies*;
- 2) Aprovação em 1998 do relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* que teve como principal objetivo «disciplinar as práticas da concorrência fiscal prejudicial ao nível dos designados paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais dos países membros» (Palma, 2015:134); e
- 3) Criação, em conjunto com os G20, de um grupo de trabalho que teve como responsabilidade a elaboração do relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) e todo o trabalho subsequente que levou à publicação dos relatórios finais até ao final de 2015.

Pela importância que a OCDE tem no que diz respeito ao desenvolvimento de ferramentas para que os Estados possam combater os fenómenos de erosão das bases tributárias das entidades suas residentes, iremos de seguida abordar o output trazido tanto pelo relatório relativo à utilização das *conduit companies* como ao relatório da concorrência fiscal prejudicial.

3.1.1. *Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies*

Como refere Xavier (2015:403), a reação aos esquemas de *treaty shopping* passa normalmente pela inclusão de cláusulas de beneficiário efetivo nas CDT celebradas de forma a que os benefícios previstos apenas sejam concedidos a pessoas que estejam realmente abrangidas pelos mesmos.

No entanto, o Relatório sobre as *conduit companies* publicado em 1987 refere que as medidas tomadas na CMOCDE da altura (versão de 1977) «*deal with the conduit situation in a rudimentary way, expressing only a general concern that improper use of treaties should be avoided*» (OCDE, 2015e:9).

Assim, o relatório em análise surge como um dos pioneiros no que respeita à identificação dos esquemas abusivos de utilização das CDT, identificando as principais características das *conduit companies* e identificando que este tipo de entidades serão as mais utilizadas em situações que se pretende canalizar os rendimentos por determinadas jurisdições²⁸ através da utilização de CDT que, em princípio, os reais beneficiários efetivos não estariam aptos a fazê-lo, ou seja, a interposição real de pessoas permite a utilização abusiva de CDT.

No que respeita aos problemas trazidos pela utilização destas estruturas, o relatório identifica que o maior dos problemas reside na negociação que precede a celebração de convenções entre os Estados contratantes. O relatório menciona que a celebração de CDT corresponde a um sacrifício de receita fiscal de ambas as partes, no entanto, existem Estados que devido à sua legislação interna são mais propícios ao estabelecimento de *conduit companies*. Assim, o relatório menciona que «*a radical solution would be not to conclude treaties with countries which are especially prone to becoming a base for conduit companies*» (OCDE, 2015e:9-10).

Apesar desta recomendação radical, a abstenção na celebração de CDT com Estados que tradicionalmente encorajam este tipo de estruturas será uma boa opção, no entanto, os problemas relativos ao abuso das CDT não ficaram resolvidos apenas com esta medida. O mesmo relatório conclui, logo de seguida, que «*the conduit situation may even occur between countries whose taxation has no special features, especially in the case of stepping-stone strategies*» (OCDE, 2015e:10).

Conclui-se, assim, que serão necessárias medidas adicionais para combater as *conduit companies* e o efeito abusivo das CDT que delas decorre. Assim, o relatório sugere a introdução de cinco cláusulas que têm como objetivo principal o combate à utilização abusiva das CDT e que passamos a descrever cada uma delas.

²⁸ No caso de estarmos perante esquemas em que o objetivo será a acumulação de rendimentos em jurisdições de baixa ou nula tributação as entidades a serem utilizadas seriam as *base companies*.

1) Cláusula de transparência ou “*look-through*” *approach*

Na cláusula de transparência, prevista no §13 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE, estaria em causa a delimitação negativa da aplicação de determinada CDT às sociedades detidas ou controladas diretamente ou através de outras sociedades por pessoas não residentes de um Estado Contratante²⁹. No entanto, embora seja assumido que a cláusula de transparência seja uma boa forma de combate ao abuso de CDT, quando celebradas com Estados de nula ou reduzida tributação e onde a participação na economia desses Estados não é, por tradição, muito forte, é sugerido que os Estados que adotem esta cláusula devem incluir uma outra que permita a salvaguarda de atividades desenvolvidas de boa-fé, de acordo com o §14 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE. Assim, é determinado que na presença deste tipo de cláusulas se deve prever em que situações é que uma entidade se pode considerar detida ou controlada por não residentes.

De acordo com Morán (1996:54) esta cláusula permite «*limitar la aplicación del Tratado a los residentes últimos de uno o de ambos Estados contratantes levantando el velo de las compañías o sociedades intermediarias.*». Adicionalmente, refere que este tipo de cláusulas tem sido muito criticada uma vez que existe uma contradição «*con el principio admitido en los sistemas jurídicos de los países miembros de la OCDE, de la personalidad jurídica de las sociedades, diferente de la personalidad de sus accionistas*» (Morán, 1996:54). Tendo em consideração este pensamento desenvolvido pela doutrina, temos de verificar que no caso das *Controlled Foreign Companies (CFC) rules* estamos perante o mesmo efeito jurídico e na sede de aplicação dessa cláusula anti abuso a mesma doutrina já evoluiu e constatou que a transparência fiscal societária pode ser uma boa ferramenta de combate a situações de abuso.

Apesar das virtudes desta cláusula, somos da mesma opinião que Panayi (2007:50-51) quando refere que este tipo de cláusulas «*can be over-inclusive in the sense that, unless accompanied by clauses safeguarding bona fide business activities, look-through clauses could catch structures [...] just on the basis of ownership*» e, por esse motivo, torna-se necessário a inclusão de cláusulas de boa-fé, tal como mencionado no §24 do Relatório das *conduit companies*. A mesma autora refere o outro lado da moeda, ou seja, se por um lado a cláusula pode incluir no seu âmbito de aplicação situações de boa-fé, por outro lado «*can also be under-inclusive in the sense that they might not catch a stepping-stone*

²⁹ No §13 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE consta que uma cláusula deste tipo poderia ser formulada da seguinte forma

[u]ma sociedade residente de um Estado Contratante não tem direito a um desagramento de imposto em virtude da presente Convenção, a título de um elemento do rendimento, de ganhos ou lucros, a menos que o seu capital não constitua propriedade nem seja controlado, directamente ou por intermédio de uma ou mais sociedades, qualquer que seja o Estado de que são residentes, por pessoas não-residentes de um Estado Contratante.

structure» (Panayi, 2007:51), situação que também já estava contemplada como uma desvantagem da cláusula no §24 do Relatório das *conduit companies*.

Como desvantagens desta cláusula, para além das já mencionadas através da análise da bibliografia consultada, o Relatório das *conduit companies* identifica no seu §24 que a implementação deste tipo de cláusula traria dificuldades nos Estados em que as empresas são principalmente constituídas por ações ao portador e poderia levar à exigência da inversão do ónus da prova, uma vez que o controlo teria de ser aplicado automaticamente cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário.

2) Cláusula de exclusão ou *exclusion approach*

A cláusula de exclusão, formulada no §21 e seguintes dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE, consiste no impedimento ao acesso aos benefícios previstos nas CDT por entidades abrangidas por determinadas normas no seu Estado da Residência, ou seja, tem como objetivo a exclusão de entidades isentas de imposto ou tributadas apenas numa pequena parcela do seu rendimento³⁰. É dada a possibilidade aos Estados Contratantes de aplicarem a cláusula de exclusão apenas a determinados tipos de rendimentos, sendo que neste caso os principais tipos de rendimentos visados serão os rendimentos passivos, ou seja, juros, dividendos, royalties, entre outros. Assim, de acordo com Rosembuj (1998:139) a previsão de uma cláusula de exclusão «*no es sólo una referencia que se dirige a las llamadas international Money-box companies, sino, también, as las que por sí o su situación geográficas gozan de un régimen fiscal privilegiado*».

No que respeita à aplicação deste tipo de cláusulas é assumido no §21.1 que «[a]s cláusulas de exclusão são claras e fáceis de aplicar, ainda que requeiram em certos casos assistência administrativa». No entanto, na nossa opinião a cláusula será de fácil aplicação se constar da CDT, pois podem existir casos em que tal não aconteça. Veja-se o caso da CDT celebrada entre Portugal e o Luxemburgo, no n.º 1 do art.º 29.º está presente uma disposição que refere que a CDT não será aplicável às sociedades que beneficiem de um tratamento fiscal especial. Embora de definição não objetiva, o protocolo à CDT vem efetuar uma interpretação adicional à disposição mencionada e referir que esta é especialmente dirigida às sociedades *holding* abrangidas pelas Leis de 1929 e de 1938.

Ora, a questão reside no facto de que uma CDT resulta de um processo negocial e os Estados Contratantes são representados por pessoas altamente qualificadas para o efeito, no entanto,

³⁰ No §21 dos comentários ao art.º 1.º da CMODE é sugerida uma redação de cláusula de exclusão que pode ser utilizada pelos Estados Contratantes que determina «Nenhuma disposição da Convenção que preveja a isenção ou redução de imposto será aplicada aos rendimentos recebidos ou pagos por uma sociedade tal como definida no Artigo [...] da Lei [...] ou qualquer outra disposição similar promulgadas por [...] após a assinatura da Convenção».

parece-nos que podem existir situações em que um dos Estados Contratantes poderá não ser tão claro relativamente às possibilidades de constituição de empresas e os regimes que as mesmas podem beneficiar. No caso apresentado, o art.º 29.º da CDT determina que os Estados Contratantes irão periodicamente atualizar o que entendem por sociedades que beneficiam de um tratamento fiscal especial.

Concluindo, de acordo com Rosembuj (1998:139), o benefício da previsão de uma cláusula deste tipo reside no facto que se «*declara innecesária la pesquisa sobre la propiedad o control de las mismas o sus rendimientos, puesto que existe la presunción ordinaria que sólo está para beneficio de no residentes que obtienen renta extraterritorials*».

Como ponto franco desta cláusula é identificado no §27 do Relatório das *conduit companies* que a cláusula de exclusão «*is of a very limited scope and cannot deal with more advanced techniques of improper use of tax treaties*». Da mesma opinião é Panayi (2007:54) ao referir que «*the exclusion approach does not address the stepping-stone structure*». Do nosso ponto de vista, existe ainda outro ponto fraco que será a possibilidade de não se conhecer determinado regime fiscal que possa colocar o equilíbrio da CDT em questão e que seja um vazio legal disponível para entidades que não hajam de boa-fé poderem aproveitar os benefícios decorrentes da celebração de determinada CDT.

3) Cláusula de sujeição a imposto ou *subject-to-tax approach*

A cláusula de sujeição a imposto já se encontra prevista em várias CDT celebradas por Portugal, figurando com um dos três tipos mais comuns de cláusulas utilizadas por Portugal nas suas CDT.

No que concerne ao Relatório das *conduit companies*, a cláusula de sujeição a imposto encontra-se prevista nos §§ 15 e 16 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE. Esta cláusula consiste na negação da atribuição no Estado da fonte dos benefícios de uma CDT nos casos em que tal rendimento não esteja sujeito a imposto no Estado da residência. Assim, podemos verificar que a inclusão deste tipo de cláusula visa atingir o principal objetivo das CDT, ou seja, nesta situação evita-se a dupla tributação, uma vez que o rendimento apenas é tributado no Estado da fonte, e evita-se a dupla não tributação ao ser impedida a atribuição dos benefícios de uma CDT, normalmente a isenção dos mesmos³¹, tal como refere Rosembuj (1998:139).

³¹ No §15 dos comentários ao art.º 1.º da CMODE é sugerida uma redação de cláusula de sujeição a imposto nos seguintes termos:

«Quando o rendimento proveniente de um Estado Contratante é pago a uma sociedade residente do outro Estado Contratante e na qual uma ou mais pessoas não-residentes nesse outro Estado Contratante,

Embora esta cláusula ofereça vantagens, como mencionado no §16 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCD, principalmente em Estados com estruturas económicas desenvolvidas e legislação fiscal complexa, no entanto, tal como referido no §31 do Relatório das *conduit companies*, este tipo de cláusulas não abrange técnicas avançadas de abuso de CDT como é o caso dos esquemas de *stepping stone conduit*.

Adicionalmente, de acordo com Rohatgi (2002:364) «[*This approach adversely affected tax-exempt entities like charities, pension funds, etc., and other entities that were granted tax holiday benefits in the source country*».

Apesar dos comentários à CMOCD identificarem como ponto fraco deste tipo de cláusula o combate às estruturas de *stepping stone*, Rosembuj (1998:140-141) discorda deste pensamento uma vez que

[*e*] método de *sujeción*, mediante el reenvío, permite al Estado de residencia la directa operatividad de sus previsiones en materia de abuso de Derecho, simulación y fraude de ley, que deja inalterado el criterio de primacía jerárquica del CDI, precisamente porque autoriza la actuación de la norma local ordinaria.

O que o autor refere é que discorda que esta cláusula não permita um efetivo combate às estruturas de *stepping stone* uma vez que ao ser aplicada o beneficiário dos rendimentos não poderá beneficiar da CDT em causa e, como tal, uma vez que esta não é aplicável, o Estado da fonte tem à sua disposição todo o seu normativo anti abuso interno. O resultado de aplicação da cláusula, ou seja, a possibilidade de aplicação do normativo anti abuso interno do Estado da fonte, é legal uma vez que não viola o princípio do *pacta sunt servanta* previsto no art.º 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³².

4) Cláusula de trânsito ou *channel approach*

Apesar da estatuição das cláusulas anteriores, a OCDE considerou-as ainda insuficientes para combater os esquemas que envolvem *conduit companies*, de acordo com o exposto no §37 do Relatório das *conduit companies* onde se afirma que as cláusulas anteriores «[*They refer to the changing and complex tax laws of the Contracting States and not to the arrangements giving rise to the improper uses*».

-
- a) detêm, directa ou indirectamente, ou por intermédio de uma ou mais sociedades, seja qual for o seu país de residência, um interesse substancial nessa sociedade sob a forma de participação ou sob uma outra forma, ou
 - b) exercem, directa ou indirectamente, a título individual ou em conjunto, a direcção ou o controlo dessa sociedade,

todas as disposições da presente Convenção que prevejam a isenção ou a redução de imposto aplicar-se-ão unicamente aos rendimentos sujeitos a imposto nesse outro Estado, em conformidade com as regras comuns da sua legislação fiscal.

³² Sobre a questão da possibilidade de aplicação das normas anti abuso internas em situações reguladas pelas CDT veja-se Câmara e Fernandes (2013:501-526).

Considerando que as cláusulas anteriores se encontravam incompletas quanto ao seu objetivo, foi proposto que se incluísem também cláusulas de trânsito (*channel approach*), ou seja, cláusulas que excluam do âmbito de aplicação das CDT situações de abuso com a utilização de *conduit companies*.

Constata-se assim que, embora a OCDE incentive os Estados Contratantes a disporem de normas anti abuso, o facto de estas poderem ser alteradas com alguma facilidade – ou, pelo menos, com mais facilidade do que as CDT – poderia constituir uma situação favorável para a utilização de esquemas de abuso das CDT com a utilização de *conduit companies*. Pode assim dizer-se que a OCDE chama a si, através da CMOCDE, a responsabilidade pelo combate efetivo à utilização das *conduit companies* ao incluir a cláusula de trânsito (*channel approach*) nos §§17 e 18 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE e ao referir no §18 que os EUA e a Suíça aplicaram esta cláusula e foram bem-sucedidos³³, ou seja, de acordo com Rosembuj (1998:138) com a inclusão desta cláusula «*se pretende obstaculizar que la renta de la sociedad aparente sea absorbida por los pagos a los accionistas o personas vinculadas, en la forma de gastos deducibles de la actividad empresaria*»³⁴.

De acordo com o §41 do Relatório das *conduit companies*, a cláusula de trânsito é vista como a única que consegue efetuar um efetivo combate às estruturas de *stepping stone*, situação que era sempre vista como uma desvantagem das cláusulas anteriores. Podemos mesmo constatar que, é uma cláusula querida pela OCDE ao enumerar no âmbito de aplicação da cláusula o combate a situações de mera administração de ativos e a situações onde os rendimentos são canalizados através de sociedades com o objetivo de minimizar impostos, de acordo com o §38 do Relatório das *conduit companies*.

No entanto, não existem disposições perfeitas e, como tal, no §40 do Relatório das *conduit companies* é referido que a aplicação desta cláusula «*might lead to administrative difficulties and doubts in its application such as the types of expenses to be covered and the linkage, both in amount and in time, to be*

³³ No §17 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE é dada uma indicação sobre o articulado que uma cláusula deste tipo poderá ter:

«Quando os rendimentos provenientes de um Estado Contratante são obtidos por uma sociedade residente do outro Estado Contratante e uma ou mais pessoas não-residentes nesse outro Estado:

- a) detêm, directa ou indirectamente, ou por intermédio de uma ou mais sociedades, seja qual for o seu país de residência, um interesse substancial nessa sociedade sob a forma de participação ou sob uma outra forma, ou
- b) exercem, directa ou indirectamente, a título individual ou em conjunto, a direcção ou o controlo dessa sociedade,

qualquer disposição da presente Convenção que preveja a isenção ou a redução de imposto não se aplica se mais de 50% desses rendimentos forem utilizados para satisfazer compromissos em relação a essas pessoas (juros, royalties, custos de desenvolvimentos, de publicidade, de estabelecimento e de deslocação, amortização de bens de qualquer natureza, incluindo bens incorpóreos, processos de produção, etc.)».

³⁴ Veja-se adicionalmente a descrição sucinta de Panayi (2007:51) que esta cláusula «*seeks to catch intermediary entities whose tax base is eroded in favour of third-country residents [...] through the payment of interest or royalties or by the discharge of obligations*»

made between the income received and the expenses paid». Situação também referida por Rosembuj (1998:138) quando refere que «*conviene admitir que esta cláusula se resuelve, jurídicamente, en la legitimidad de la aplicación de la renta, su justificación documental y efectiva*» e ao referir que caberá à Administração Fiscal a prova, a menos que reverta o ónus da prova para o sujeito passivo que está a suportar as despesas, admitindo que quando este prove a veracidade das mesmas «*es porque hay una actividad empresarial no aparente ni ficticia, lo cual excluye la automática apreciación de finalidad fiscal*».

5) Cláusula de boa-fé ou *bona fide provisions*.

Tal como acontece com a maioria das normas anti abuso, existe o risco de estas incluírem no seu âmbito de aplicação situações com nexo económico, ou seja, situações que embora fiquem incluídas no âmbito de aplicação das normas anti abuso têm motivos económicos razoáveis para se apresentarem desta forma, embora possam ser vistas como abusivas.

Assim, no Relatório das *conduit companies*, a OCDE viu a necessidade de estabelecer que o combate à utilização abusiva de CDT também deveria de incluir cláusulas de boa-fé (*bona fide provisions*) de forma a proteger as estruturas que têm razões económicas válidas para a sua existência e em que os benefícios decorrentes da utilização das CDT não são a principal razão para a sua existência, tal como mencionado pela OCDE no §42 do Relatório das *conduit companies*, «*[A]be solutions described above are of a general nature. In connection with them, it will be necessary to provide specific provisions to ensure that treaty benefits will be granted in bona fide cases*».

A necessidade da estatuição deste tipo de cláusulas para o combate ao uso abusivo de CDT é referida por diversas vezes nos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE³⁵ pelo que, de forma a proteger as situações mencionadas, foram incluídas no §19 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE cláusulas de boa-fé de forma que os Estados contratantes as possam utilizar com o objetivo de não negar os benefícios decorrentes das CDT a situações em que os sujeitos passivos atuam de boa-fé.

Embora a responsabilidade para a inclusão destas cláusulas numa CDT seja dos Estados contratantes, a OCDE incluiu no §19 dos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE ilustrações do que podem ser estas cláusulas. Como as cláusulas anteriormente mencionadas podem ser demasiado abrangentes, houve a necessidade de se estabelecerem cinco tipos de cláusulas de

³⁵ Veja-se o disposto no §14 no que respeita à cláusula de transparência, no §16 no que respeita à cláusula de sujeição a imposto e o disposto no §18 no que respeita à cláusula de trânsito.

boa-fé, a saber: cláusula geral de boa-fé³⁶, cláusula relativa à atividade³⁷, cláusula relativa ao montante do imposto³⁸, cláusula da cotação numa bolsa de valores³⁹ e cláusula de desagravamento alternativo⁴⁰.

A propósito das cláusulas de boa-fé veja-se o disposto em Panayi (2007:55-58) e o referido por Rosembuj (1998:141) que conclui que

las cláusulas de buena fe legitiman al goce de los beneficios del CDI a la sociedad que puede demostrar su finalidad extra-fiscal, o que está empeñada en actividad real y efectiva de empresa en su Estado de residencia o que los impuestos satisfechos en su Estado de residencia superan la cuantía de los beneficios fiscales que solicita, o sus acciones se cotizan en un mercado de valores reconocido, o los accionistas no residentes se hallan en un Estado que tiene un CDI con el Estado de la fuente similar al que signó el Estado de residencia de la sociedad.

Ao publicar este Relatório constata-se que a OCDE se começou a preocupar com a problemática da utilização abusiva das CDT. De facto, este Relatório foi aprovado em 1986 e hoje em dia ainda se encontra tão recente, veja-se os desenvolvimentos que o Relatório BEPS trouxe e em que esta temática é discutida numa das quinze ações escolhidas para o combate à erosão das bases tributáveis.

Adicionalmente, devemos entender que o dispositivo anti abuso constante dos comentários aos diversos artigos da CMOCDE não se esgota no que foi introduzido através deste Relatório, mas

³⁶ No que respeita à cláusula geral de boa-fé, a OCDE sugere no referido parágrafo que esta tenha a seguinte composição: «As disposições anteriores não se aplicam quando a sociedade demonstrar que o seu principal objecto, as suas actividades assim como a aquisição e a conservação da participação ou de qualquer outro bem gerador do rendimento em causa são motivados por sãs considerações comerciais e não têm, por conseguinte, como objectivo principal a obtenção de vantagens ao abrigo da Convenção.»

³⁷ No que respeita à cláusula relativa à atividade, a OCDE sugere no referido parágrafo que esta tenha a seguinte composição: «As disposições anteriores não se aplicam quando a sociedade exerce actividades industriais ou comerciais importantes no Estado Contratante de que é residente e o desagravamento de imposto solicitado ao outro Estado Contratante diz respeito a um rendimento conexo com a referida actividade.»

³⁸ No que respeita à cláusula relativa ao montante do imposto, é sugerido que esta tenha a seguinte composição: «As disposições anteriores não se aplicam quando a redução de imposto solicitada não for superior ao montante de imposto efectivamente cobrado pelo Estado Contratante de que a sociedade é residente.»

³⁹ No que respeita à cláusula de cotação numa bolsa de valores, é sugerido que tenha a seguinte composição: «As disposições anteriores não se aplicam a uma sociedade residente de um Estado Contratante, se as acções da categoria principal de acções dessa sociedade estiverem cotadas numa bolsa de valores reconhecido por um Estado Contratante ou se forem detidas na sua totalidade, directamente ou por intermédio de uma ou mais sociedades, sendo cada uma delas residente do primeiro Estado Contratante e cujas acções da categoria principal se encontrem cotadas de igual modo.»

⁴⁰ No que respeita à cláusula de desagravamento alternativo, é sugerido que esta efetue uma definição mais elaborada sobre o que determinada CDT considera quando se refere aos não residentes de um dos Estados contratantes de modo que «será interpretada no sentido da não inclusão dos residentes de estados terceiros que tenham celebrado convenções em matéria de imposto sobre o rendimento com o Estado Contratante ao qual é solicitada uma dedução fiscal, desde que tais convenções prevejam um desagravamento de imposto não inferior ao que é solicitado em virtude da presente Convenção.»

podemos identificá-lo como uma das ações propulsoras para o combate à utilização abusiva das CDT.

3.1.2. *Harmful Tax Competition*

Como referimos anteriormente, a temática do combate à utilização abusiva das CDT não se extingue no Relatório das *conduit companies*. De facto, ao longo dos anos a OCDE veio tentando aperfeiçoar o seu modelo de Convenção de forma que seja mais eficaz no seu objetivo, ou seja, a eliminação da dupla tributação e não a criação de situações de dupla não tributação ou situações de vazios legais em que é permitido a um sujeito passivo obter rendimentos sem que seja tributado.

A problemática adjacente, para além da relativa à perda de receitas fiscais, reside numa questão de justiça, ou seja, até que ponto um sistema fiscal é justo quando permite que os não residentes não sejam tributados pelos rendimentos que obtêm no território que por ele é regulado quando os residentes o são.

Atualmente vivemos numa época em que os resultados económicos são sobrevalorizados e em que o pagamento de impostos deixou de ter a aderência que anteriormente tinha. Este facto tem vindo a ser constatado principalmente nos países mais endividados em que os contribuintes são vistos enquanto tal, ou seja, enquanto contribuintes para o pagamento de uma dívida que por vezes não é sustentável. Assim, perde-se um dos principais propósitos da existência dos impostos que é a atribuição de benefícios como a proteção e o bem-estar social em detrimento do cumprimento de obrigações assumidas sem que para tal se tenha pensado nas consequências futuras. Não querendo fazer referência a situações de incumprimento de obrigações assumidas, na nossa opinião, os impostos não devem ser vistos apenas como máquinas de fazer dinheiro para o Estado, mas sim com contribuidores para uma melhoria contínua das condições de vida dos seus cidadãos. Certo, porém, é que existem Estados que têm mais recursos que outros, sempre assim foi e continuará a sê-lo, no entanto, não podemos querer fazer um mesmo que outro Estado quando o rendimento dele é dez vezes superior ao nosso.

Conscientes da importância das receitas fiscais e da existência de situações em que várias jurisdições reduzem os seus impostos para atrair investimento estrangeiro, a OCDE e a UE, adotaram medidas que permitiram que, pela primeira vez, se assistisse a uma resposta conjunta para o problema que a existência de regimes preferenciais tem. Relativamente ao pacote de medidas aprovado na UE, iremos abordá-lo mais adiante ainda neste capítulo, pelo que, para já apenas iremos analisar o Relatório da concorrência fiscal prejudicial emitido pela OCDE.

Com efeito, deste Relatório resultou um compromisso político que como Palma (2015:134) refere «[o]s países membros comprometeram-se a não adotar novas medidas que estejam abrangidas pelo respetivo âmbito de aplicação ou a não reforçar e a rever as já existentes, bem como a remover as práticas prejudiciais ou os regimes preferenciais já existentes»⁴¹.

De acordo com a OCDE (1998:8), o objetivo deste Relatório «*is intended to develop a better understanding of how tax havens and harmful preferential tax regimes [...] affect the allocation of financial and other service activities, erode the tax bases of other countries, distort trade and investment patterns and undermine the fairness, neutrality and broad social acceptance of tax systems generally*». Assim, este Relatório apresenta-se como a ferramenta que identifica claramente o que se considera como sendo um paraíso fiscal e distingue o que se deve considerar como concorrência fiscal aceitável e concorrência fiscal prejudicial.

O desenvolvimento económico observado mundialmente, explicado em grande parte pelo fenómeno da globalização, modificou as trocas comerciais e a relação entre os diversos sistemas fiscais. De facto, a globalização fez com que os países se apercebessem que teriam de modificar os seus sistemas fiscais de forma a torná-los mais amigos dos investidores, tal como refere a OCDE (1998:13), «*[g]lobalisation has also encouraged countries to assess continually their tax systems and public expenditures with a view to making adjustments where appropriate to improve the “fiscal climate” for investments*». Por outro lado, a globalização fez com que a mobilidade do capital fosse desmaterializada e «*has encouraged countries to reduce tax barriers to capital flows and to modernise their tax systems to reflect these developments*» (OCDE, 1998:13-14).

Apesar dos benefícios trazidos pela globalização, como a modernização dos sistemas fiscais e a diminuição das distorções causadas pelos impostos, a globalização também tem efeitos negativos «*of opening up new ways by which companies and individuals can minimise and avoid taxes and in which countries can exploit these new opportunities by developing tax policies aimed primarily at diverting financial and other geographically mobile capital*» (OCDE, 1998:14). Assim, podemos identificar um fenómeno de *free-riding* em que os sujeitos passivos deslocalizam os seus rendimentos para jurisdições de baixa tributação continuando a beneficiar do investimento público efetuado pelo Estado onde tais rendimentos eram tributados anteriormente.

Vivemos, portanto, numa era em que os investidores têm a liberdade de escolher a localização onde irão efetuar os seus investimentos. Se por um lado, tal como afirma a OCDE (1998:15), «*levels of tax may be high or low relative to other states and the composition of the tax burden may vary*» e que os Estados têm a Liberdade de gerir os seus sistemas fiscais conforme entendam, desde que o

⁴¹ A respeito do tema da concorrência fiscal prejudicial, veja-se, Palma (2001; 2006a e 2010b).

façam de acordo com o que é aceitável internacionalmente, tendo a noção que podem existir situações em que na interação de vários sistemas fiscais existam efeitos prejudiciais em determinadas medidas tomadas por um Estado. Por outro lado, tal como afirma a OCDE (1998:15), os investidores *«may seek to invest in a location with lower rates [...] even if only low public services are available, while others may seek to invest in a location with higher public services even if they have to endure a higher tax burden to finance them»*.

Concluindo, podemos verificar que existe liberdade na gestão dos impostos por parte dos Estados, existindo também liberdade para escolher o lugar onde se efetuam os investimentos, sem que se possa excluir que o nível de tributação pode ter influência na escolha deste lugar. O que importa reside no facto de se definir o que é aceitável e o que se pode considerar como prejudicial.

Importa distinguir entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais que sejam prejudiciais.

No que respeita aos paraísos fiscais, é a própria OCDE que admite a dificuldade na definição do que se considera um paraíso fiscal, no entanto, considera paraísos fiscais aqueles que *«that are able to finance their public services with no or nominal income taxes and that offer themselves as places to be used by non-residents to escape tax in their country of residence»* (OCDE, 1998:20). Adicionalmente, devido à facilidade administrativa atribuída por estas jurisdições, a OCDE refere que são utilizadas principalmente com três propósitos, a saber: são boas localizações para a detenção de rendimentos passivos, como sejam juros e dividendos; são uma boa localização para estabelecerem *holdings*; e são localizações que oferecem uma opacidade suficiente para os investidores se encontrarem protegidos do escrutínio das autoridades fiscais dos outros países uma vez que não existe troca de informações (OCDE, 1998:22).

Relativamente à identificação destas jurisdições, a OCDE (1998:22-23) identifica as quatro principais características presentes num paraíso fiscal:

- a) Inexistência de tributação ou tributação diminuta dos rendimentos;
- b) Falta de troca efetiva de informação relevante prevenida por Lei ou por práticas administrativas;
- c) Falta de transparência;
- d) Ausência da obrigatoriedade de existência de atividade económica substancial.

Se, por um lado, a OCDE classifica os paraísos fiscais como sendo países que se encontram em condições de financiar os seus serviços públicos com receitas fiscais diminutas, por outro classifica como tendo regimes preferenciais *«countries which raise significant revenues from their income*

tax but whose tax system has features constituting harmful tax competition» (OCDE, 1998:20). Assim, podemos concluir que o principal problema desta classificação reside no que se deve classificar como fatores que determinam que um determinado regime constitui concorrência fiscal prejudicial.

No que respeita aos fatores utilizados para a identificação de regimes preferenciais, a OCDE tem dois pressupostos de partida, o primeiro é que *«[A] these regimes generally provide a favourable location for holding passive investments or for booking paper profits»* (OCDE, 1998:25) e o segundo é a verificação de um nível de tributação baixo ou nulo referindo mesmo que este fator *«is the necessary starting point of an examination of a preferential tax regime»* (OCDE, 1998:25).

Esta classificação é efetuada em duas fases. Numa primeira fase, a OCDE identifica quatro fatores principais e outros oito fatores⁴² que podem ajudar na identificação de regimes preferenciais. Os quatro fatores principais classificação de um regime como preferencial são:

- a) Taxas de tributação efetiva nulas ou muito baixas;
- b) Regimes de *Ring-fencing*: o problema nesta situação reside no facto de o país que promove o regime ter adotado medidas para que os sujeitos passivos nacionais não o possam utilizar, ou seja, de acordo com o pensamento da OCDE (1998:26) *«[s]ince the regime’s “ring-fencing” effectively protects the sponsoring country from the harmful effects of its own incentive regime, that regime will have an adverse impact only on foreign tax bases»;*
- c) Falta de transparência: nesta situação o problema reside no facto de o país de residência ser impedido de tomar medidas defensivas. Para um regime ser considerado como transparente a nível administrativo deve cumprir as duas condições seguintes: *«it must set forth clearly the conditions of applicability to taxpayers in such a manner that those conditions may be invoked against the authorities»;* e *«details of the regime, including any applications thereof in the case of a particular taxpayer, must be available to the tax authorities of other countries concerned»* (OCDE,1998:28); e
- d) Falta de uma efetiva troca de informações.

Apesar de um regime poder se identificado como potencialmente prejudicial, podemos estar perante uma situação em que esse potencial deva ser geralmente aceite devido ao âmbito de

⁴² Estes outros fatores que auxiliam na classificação de um regime como preferencial são (OCDE, 1998:30): definição artificial da base tributável; não cumprimento das *guidelines* em matéria de preços de transferência; não tributação dos rendimentos obtidos no estrangeiro; possibilidade de a taxa de imposto aplicável ou a base tributável serem negociadas; existência de cláusulas de sigilo com extensão além do normalmente aceite; possibilidade de acesso a uma rede de CDT alargada; promoção do regime como veículo para a minimização da tributação; e existência de incentivos à utilização do regime em operações sem nenhuma substância económica.

aplicação do mesmo. Assim, a OCDE refere que, embora um regime possa ser considerado como prejudicial, devem ser respondidas as seguintes questões de forma a classificar os regimes corretamente: «*[d]oes the tax regime shift activity from one country to the country providing the preferential tax regime, rather than generate significant new activity?*»; «*[i]s the presence and level of activities in the host country commensurate with the amount of investment or income?*»; e «*[i]s the preferential tax regime the primary motivation for the location of an activity?*» (OCDE, 1998:34-35). Ou seja, tal como Palma (2015:135) afirma, «[o] Relatório prevê que na avaliação de um regime como preferencial se tenham em consideração os respetivos efeitos económicos, considerando-se que existem motivos extrafiscais que poderão justificar a existência e manutenção de certos regimes».

Tendo em consideração as definições efetuadas pela OCDE, facilmente aceitamos a afirmação de que «*[g]overnments cannot stand back while their tax bases are eroded through the actions of countries which offer taxpayers ways to exploit tax havens and preferential regimes to reduce the tax that would otherwise be payable to them*» (OCDE, 1998:37). Torna-se assim claro que existe uma necessidade de tomada de medidas contra os efeitos nocivos da concorrência fiscal prejudicial, no entanto, não nos podemos esquecer que muitos dos problemas identificados pela OCDE ainda hoje conseguem afetar as receitas fiscais dos Estados de formas muitas vezes incalculáveis.

Assim, como resposta ao problema identificado no Relatório em causa, a OCDE formula uma série de recomendações que abrangem três grandes domínios: a legislação interna, a negociação das CDT e a intensificação da cooperação internacional. Devido à extensa lista de recomendações e tendo em consideração a sua especificidade não iremos analisar todas as recomendações, apenas iremos referir que a grande maioria se refere a adoção de medidas de combate aceites internacionalmente, como as *guidelines* em matéria de preços de transferência e a adoção das *CFC rules*, e a adoção de medidas que promovam a transparência e a boa governança fiscal.

No entanto, cabe-nos ressaltar duas recomendações que tiveram um impacto realmente importante. São elas a adoção das *guidelines* de combate à concorrência fiscal prejudicial e a criação de listas de paraísos fiscais.

No que respeita às *guidelines* para o combate à concorrência fiscal prejudicial, embora seja um compromisso político como já referido, existem quatro medidas especialmente importantes. As primeiras três enquadram-se na regra dos três R e têm uma natureza mais reativa, ou seja, refrear a adoção de novos regimes que possam ser prejudiciais, reverter os regimes existentes de forma a identificar aqueles que podem ser considerados como prejudiciais e remover os regimes que forem identificados como prejudiciais. A última, com um carácter mais proactivo, consiste na

promoção da autoanálise por cada Estado de medidas que não foram identificadas como prejudiciais, mas que à luz deste relatório o deveriam ser (Palma, 2015:134).

Relativamente à recomendação da criação de uma lista de paraísos fiscais, embora as opiniões possam divergir, Portugal adotou-a com a Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro e que fora alterada através da Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro e da Portaria n.º 345-A/2016, de 30 de dezembro. De facto, a criação desta lista em Portugal com a conjugação de medidas legislativas já existentes no que respeita ao relacionamento dos sujeitos passivos nacionais com entidades sedeadas nos territórios identificados como paraísos fiscais, fez com que os esquemas de planeamento se adaptassem a esta nova realidade e verifica-se hoje que a utilização de esquemas que envolvam tais jurisdições já não é efetuada de forma tão direta como antes. Certo é que se continuam a utilizar estas jurisdições – em que os efeitos nocivos são devastadores como podemos constatar pelo escândalo dos Panamá *papers* – no entanto, não podemos negar que a criação desta lista mudou comportamentos.

Ainda no que respeita às listas, também a OCDE adotou uma lista onde constavam as jurisdições identificadas como paraísos fiscais não cooperantes. De acordo com Palma (2015:136) é considerado paraíso fiscal cooperante aquele «que, inicialmente qualificado enquanto tal, faz uma declaração de compromisso a alto nível (*commitment letter*), no sentido de acolher os princípios do Relatório de 1998». Assim, as jurisdições qualificadas como não cooperantes constavam da lista «sendo-lhes aplicadas sanções pelos países da OCDE, nomeadamente, não concessão de deduções, isenções, créditos fiscais e outros benefícios às operações efetuadas com a jurisdição» (Palma, 2015:136).

A primeira lista da OCDE foi publicada em 2000 e identificava 35 países e territórios como tendo regimes fiscais prejudiciais, ao todo eram 47 os regimes identificados como prejudiciais pelo Relatório de 2000 e no qual o regime do CINM foi mencionado por duas vezes no que respeita à atividade segurada e à atividade bancária⁴³. Esta lista foi atualizada em 2002⁴⁴ onde apenas constavam 7 países ou jurisdições, em 2003⁴⁵ onde só constavam 5 e em 2007⁴⁶ onde apenas constavam 3. Desde 2009 que não existem nenhum país ou jurisdição a constar como paraíso fiscal não cooperante na lista da OCDE, tendo esta sido substituída pela lista do G20.

No que respeita à lista organizada pelo G20, esta comporta três níveis de classificação: no primeiro nível a que corresponde a lista branca, constam os países ou jurisdições que

⁴³ Veja-se OCDE (2001).

⁴⁴ Veja-se OCDE (2002).

⁴⁵ Veja-se OCDE (2004).

⁴⁶ Veja-se OCDE (2006).

implementaram substancialmente os princípios internacionalmente aceites no que respeita à troca de informações, isto é, que tenham celebrado pelo menos 12 Acordos de Troca de Informações (ATI) com países da OCDE; no segundo nível a que corresponde a lista cinzenta, constam os países e jurisdições que se comprometeram com os princípios internacionalmente aceites no que respeita à troca de informações mas que ainda não os implementaram; e no último nível a que corresponde a lista negra constam os países ou jurisdições que não se comprometeram com estes princípios (Palma, 2015:136).

Embora seja de admirar o esforço efetuado para a implementação de medidas de troca de informações, somos da opinião de que se devem fazer duas notas a este Relatório. A primeira é que não podemos descurar que nem todos os regimes foram escrutinados e que existem regimes que deveriam ter sido identificados como prejudiciais e que nunca o foram devido à importância que o país que os promove tem. E a segunda é que, embora os países e jurisdições classificados como paraísos fiscais tenham celebrado acordos para a troca de informações, não nos podemos esquecer que em muitos casos esta troca de informações nunca foi efetuada constituindo apenas um acordo político para tal país ou jurisdição não constar de nenhuma lista negra por questões de não cooperação.

Relativamente ao trabalho desenvolvido no seio da OCDE, podemos desde logo destacar o empenhamento desde há muito na questão do combate à erosão das bases tributárias e à deslocação dos rendimentos para localizações onde não possuem nenhuma aderência económica. Tal preocupação é potenciada com o início dos trabalhos do Relatório BEPS. Como consideramos que o Relatório BEPS tem uma grande importância para o tema desta dissertação iremos dedicar um capítulo apenas para a análise ao Relatório e em especial à ação 6 que tem como principal objetivo a discussão do efeito dos esquemas de *treaty shopping*.

3.2. Medidas anti abuso constantes nas CDT celebradas por Portugal

Como veremos mais adiante, quando analisarmos as cláusulas anti abuso adotadas por Portugal de forma a evitar a perda de receitas fiscais, iremos constatar o verdadeiro arsenal anti abuso que Portugal tem à sua disposição. No entanto, Portugal não dispõe de nenhuma cláusula anti abuso na sua legislação interna destinada a combater o *treaty shopping* até porque «uma cláusula anti-*treaty shopping* derogaria disposições de um tratado, violando o princípio *pacta sunt servanda*» (Palma, 2014:7).

Ora, considerando o normativo disponível não é de estranhar que também nas CDT Portugal encontre a necessidade de criar mais uma tentativa de proteger o seu sistema fiscal dos efeitos nefastos que podem advir da utilização abusiva destas.

Por outro lado, a adoção deste tipo de medidas vem sendo a ser incentivada pela própria OCDE como já pudemos constatar no Relatório das *conduit companies* e no Relatório da concorrência fiscal prejudicial. No entanto, o facto de a OCDE incentivar a adoção deste tipo de medidas somos de concordar com Barbosa (2007:9) ao referir «que não existem propriamente *princípios ou disposições* de ordem convencional especialmente destinadas a *combater* o uso impróprio de uma convenção» e que, embora existindo, «se limitam ao conceito de beneficiário efectivo e à possibilidade de introdução de *limitations on benefits*, nem por isso isentos de debilidades»⁴⁷.

De facto, o fenómeno da elisão fiscal internacional «provocou, em especial nas últimas duas décadas, uma mudança de paradigma» (Palma, 2014:5). Tal fenómeno fez com que a rede de CDT se expandisse em larga escala durante os anos 90, de acordo com Palma (2014:5) «[s]ó entre 1994 e 2003 foram concluídas 37 CDT's».

Assim, hoje podemos facilmente constatar que Portugal possui uma vasta lista de CDT, de facto se consultarmos a versão completa da CMOCDE verificamos que no universo de países da OCDE, Portugal apenas não dispõe de CDT com a Austrália e com a Nova Zelândia⁴⁸.

Atualmente Portugal dispõe de 79 CDT celebradas, das quais 68 encontram-se em vigor e 11 aguardam a publicação do aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros a publicitar a troca de instrumentos de ratificação da CDT⁴⁹.

Adicionalmente, embora não sejam o principal instrumento em análise neste estudo, importa também referir que Portugal assinou 15 ATI⁵⁰ com países normalmente considerados como paraísos fiscais embora apenas 7 estejam em vigor. No que respeita à troca de informações com estas jurisdições, é duvidoso afirmar que esta troca de informações é efetiva. A mais recente situação que nos demonstra que a troca de informações com estas jurisdições pode não estar a funcionar é o escândalo dos Panamá *papers*, em que existem diversas empresas detidas por

⁴⁷ Ainda a este respeito importa ressaltar a importância da inclusão deste tipo de medidas na letra das CDT uma vez que se pode usufruir de tais benefícios através de esquemas que devem ser considerados como impróprios, mas que por não se encontrarem especificamente excluídos podem aceder a tais benefícios, conforme Killius (1989:341) menciona «[i]t states that where no such express provisions exist, treaty benefits will have to be granted under the principle of *pacta sunt servanda* even if the use of the treaty should be considered improper».

⁴⁸ Veja-se OCDE (2012:A-27) com a devida atualização no que respeita à CDT celebrada com o Japão.

⁴⁹ No que respeita às CDT celebradas por Portugal veja-se o Anexo 1.

⁵⁰ Os ATI foram celebrados com Andorra, Antígua e Barbuda, Belize, Bermudas, Dominica, Gibraltar, Guernsey, Ilha de Man, Ilhas Caimão, Ilhas Virgens Britânicas, Jersey, Libéria, Saint Kitts and Nevis, Santa Lúcia e Turcos e Caicos.

portugueses com sede em algumas destas jurisdições e, pelo que se sabe até ao momento, a AT não tinha conhecimento das mesmas.

Assim, de forma a combater situações de abuso na atribuição dos benefícios previstos nas diversas CDT, Portugal seguiu as recomendações da OCDE e dispõe, normalmente, de três cláusulas anti abuso nas CDT que celebra. Podemos identificar três tipos de cláusulas que normalmente são incluídas nas CDT celebradas por Portugal:

- a) Cláusulas *subject to tax*;
- b) Cláusulas de beneficiário efetivo; e
- c) Cláusulas de limitação de benefícios (*LOB Clauses*).

Embora as cláusulas de beneficiário efetivo sejam, de longe, o tipo de cláusula presente em quase todas as CDT, não iremos descurar os outros dois tipos e iremos seguidamente analisar os diversos tipos⁵¹.

3.2.1. Cláusulas de tributação efetiva

O elemento de conexão mais utilizado para a atribuição da competência tributária é, por excelência, a residência, no entanto, devido à utilização de esquemas como aqueles que estamos a analisar este elemento de conexão deixou de ser bastante para evitar os abusos inerentes. Com efeito, foi necessário adicionar elementos que permitissem a um contribuinte qualificar-se como residente de um dos Estados contratantes de determinada CDT.

Um dos grupos de medidas utilizados para qualificar os contribuintes corporizou-se nas cláusulas de tributação efetiva ou *subject-to-tax clauses*. Este tipo de cláusulas «*condiciona la concesión del beneficio del Convenio al hecho de que las rentas en cuestión se encuentren efectivamente sujeta a tributación en el Estado de residencia del perceptor*» (Sáez, 2005:10) para o benefício das CDT.

Assim, tal como refere Courinha (2015:317-318), a introdução das cláusulas de tributação efetiva altera o pressuposto de que cada Estado é totalmente responsável pela estruturação do seu sistema fiscal, ou seja, com a introdução das cláusulas de tributação efetiva faz com que desvios à tributação regra, isto é, a atribuição de isenções, resulte numa alteração da aplicação da CDT. Deste modo, os Estados Contratantes conseguem precaver-se a possíveis alterações legislativas internas que potenciem a criação de situações de dupla não tributação, fazendo com que a CDT

⁵¹ No que respeita às cláusulas constantes das CDT celebradas por Portugal veja-se o Anexo 2.

não seja aplicável nas situações em que o rendimento não é efetivamente tributado no outro Estado, normalmente no Estado da residência.

A cláusula de sujeição a imposto está prevista no n.º 1 do art.º 4.º da CMOCDE e trata-se de uma sujeição abstrata a imposto (*liable to tax*), ou seja, de acordo com esta disposição apenas é considerado residente aquele que esteja abrangido pelo âmbito de sujeição de um dos impostos sobre o qual a CDT foi celebrada desde que não se encontre apenas sujeito a tributação no que respeita aos rendimentos obtidos no Estado onde é residente. Assim, como Courinha (2015:320) refere, «[p]ara efeitos da cláusula “*liable to tax*”, é a sujeição abstracta a imposto que releva, uma vez que é essa que permite a potencial formação internacional de duplas pretensões sobre o mesmo rendimento, auferido pelo sujeito num mesmo período»⁵².

Através desta descrição conseguimos perceber que a mera sujeição a imposto possibilita o acesso ao regime convencional, assim, no caso português, podemos afirmar que as sociedades sediadas no CINM e que beneficiam do regime previsto nos art.º 36.º e 36.º-A do EBF estão aptas a aceder aos benefícios das CDT celebradas por Portugal pois, embora se encontrem sujeitas a uma taxa de tributação inferior, encontram-se sujeitas a imposto e, como tal, qualificam-se enquanto residentes no âmbito de aplicação das CDT⁵³.

Adicionalmente, encontram-se previstas cláusulas de sujeição a imposto nas disposições relativas aos rendimentos passivos⁵⁴ e na disposição relativa aos outros rendimentos. No que respeita ao normativo interno, também podemos encontrar referências a cláusulas de tributação efetiva como sejam as disposições que transpuseram para o direito interno a Diretiva Juros e *Royalties* e a Diretiva Mães e Filhas.

No que respeita ao funcionamento deste tipo de cláusulas podemos elaborar dois tipos de distinções: quanto ao objetivo de aplicação e quanto ao modo de atuação.

⁵² No que respeita à questão da distinção entre *liable to tax* e *subject to tax*, na nossa opinião, e para a análise que se pretende efetuar, tendemos a referir-nos sempre a cláusulas do tipo *subject to tax*. Tal distinção é importante porque, como refere Lang (2004:111) «[i]n some languages, the term “*subject to tax*” means the same as “*liable to tax*”», no entanto, tal não é verdade quando estamos a falar na Língua Portuguesa. Desta forma concordamos com Lang (2004:111) quando refere que «“*subject to tax*” means more than “*liable to tax*”» sendo especialmente verdade quando nos expressamos em português uma vez que a primeira expressão corresponde a uma mera sujeição a imposto – o que não significa que exista realmente qualquer encargo com impostos – e, por outro lado, a segunda expressão corresponde a uma efetiva sujeição a imposto, ou seja, existem encargos com impostos pela inexistência de disposições que prevejam a sua isenção. Tal distinção é efetivamente relevante e até mencionada pela OCDE nos parágrafos 8.6 e 8.7 dos comentários ao art.º 4.º.

⁵³ Embora Portugal permita o total acesso ao seu regime convencional por parte de entidades sediadas no CINM existem situações em que estas, devido a questões negociais, se encontram excluídas do âmbito de aplicação de CDTs. A este respeito veja-se o protocolo à CDT celebrada entre Portugal e o Brasil.

⁵⁴ No que respeita a estes tipos de rendimentos vejam-se os art.º 10.º, 11.º e 12.º da CDT celebrada entre Portugal e o Reino Unido.

Quanto ao objetivo de aplicação, podemos distinguir entre cláusulas genéricas, por incluírem no seu âmbito de aplicação a generalidade dos elementos do rendimento, e cláusulas especiais, por incluírem no seu âmbito de aplicação apenas alguns elementos do rendimento, normalmente, os rendimentos passivos. O primeiro tipo de cláusulas é mais raro e apenas as podemos encontrar nas CDT celebradas com a Estónia⁵⁵, Letónia⁵⁶ e Lituânia⁵⁷. Quanto ao segundo tipo de cláusulas, estão presentes na generalidade das CDT celebradas por Portugal (Courinha, 2015:326).

Quanto ao *modus operandi*, podemos distinguir entre as cláusulas de tributação efetiva simples e as cláusulas de tributação efetiva não privilegiada. As cláusulas de tributação efetiva simples validam a aplicação dos benefícios da CDT com a simples demonstração da sujeição e não isenção do imposto sendo, por isso, as mais comuns.

As cláusulas de tributação efetiva não privilegiada apenas validam a aplicação dos benefícios da CDT se for atingida determinada carga fiscal, tal como Courinha (2015:326) afirma, «essa tributação tem de se traduzir numa carga tributária definida e que é, normalmente, equivalente à aplicável a outros rendimentos ou sujeitos passivos tidos por termos de comparação e que seguem o regime geral de tributação num dado ordenamento tributário». Este tipo de cláusulas são mais raras, no entanto podemos identificar uma cláusula deste tipo no art.º 10.º, n.º 4 da CDT celebrada entre Portugal e o Reino Unido em que se limita a aplicação dos benefícios da CDT no que respeita à tributação dos dividendos.

Assim, a demonstração de que um rendimento cumpre o requisito de *subject-to-tax* passa pela demonstração de que a entidade que o auferir é sujeito passivo de imposto e que dele não se encontra subjetiva ou objetivamente isenta, tal como refere Courinha (2015:328), «se os rendimentos não se encontram isentos de imposto por uma via subjectiva [...] nem por uma via objectiva [...] então deverão estes reputar-se como sujeitos a tributação efetiva».

De acordo com o mesmo autor, desta conclusão podemos retirar duas conclusões. Por um lado, tenderemos a considerar que existe tributação efetiva mesmo nas situações em que os rendimentos estejam sujeitos a uma taxa nominal de imposto reduzida, sendo o que releva é «somente a demonstração de que existe sujeição a imposto e de que a mesma não vem neutralizada no plano jurídico por um qualquer normativo de isenção que obste à tributação» (Courinha, 2015:329). Por outro lado, a demonstração de sujeição a imposto não obriga a uma demonstração do pagamento efetivo de imposto – que até poderá não ocorrer pela existência

⁵⁵ Veja-se o art.º 27.º da CDT entre Portugal e a Estónia e a *ad. art.º 27.º* do Protocolo à CDT.

⁵⁶ Veja-se o art.º 28.º da CDT entre Portugal e a Letónia e a *ad. art.º 28.º* do Protocolo à CDT.

⁵⁷ Veja-se o art.º 28.º da CDT entre Portugal e a Lituânia e a *ad. art.º 28.º* do Protocolo à CDT.

de prejuízos fiscais dedutíveis, por exemplo. Assim, tal como refere Courinha (2015:331), ao não se exigir a demonstração do pagamento efetivo de imposto está a fazer-se com que esta cláusula não seja uma ferramenta de combate efetivo aos esquemas de *treaty shopping* operados através de *stepping stone conduit*.

Após esta explicação genérica do funcionamento das cláusulas de tributação efetiva, podemos referir que «o não preenchimento da sua previsão gera a desaplicação das taxas reduzidas de imposto ou, noutros casos, a modificação [...] da competência tributária» (Courinha, 2015:333). Assim, poderemos ter situações em que se passa de uma situação de competência tributária limitada para uma situação de competência tributária cumulativa ilimitada⁵⁸. Noutros casos, em que a competência é exclusiva do Estado da Residência, passa a ser uma competência tributária cumulativa⁵⁹.

Ainda no que respeita às cláusulas de tributação efetiva, podemos identificar três tipos de cláusulas que constituem evoluções destas: as cláusulas *switch-over*, as cláusulas de ficção de fonte e as cláusulas referentes às pensões.

As cláusulas *switch-over*, inexistentes nas CDT celebradas por Portugal, preveem que quando o Estado da fonte não tribute os rendimentos, o Estado da residência possa trocar o método de eliminação da dupla tributação do método da isenção pelo método do crédito de imposto. A consequência deste tipo de cláusulas é que o Estado da residência protege totalmente as suas receitas fiscais e previne situações de dupla isenção ao exigir que ocorra, pelo menos, um pagamento de imposto (Courinha, 2015:335-337). Outro aspeto interessante deste tipo de cláusulas é que permite combater situações de conflitos de qualificação dos rendimentos entre os Estados Contratantes, tal como menciona Courinha (2015:337-338), veja-se o exemplo da CDT celebrada entre a Alemanha e os EUA que prevê uma cláusula deste tipo e que estipula que em casos de conflitos de qualificação que resultem numa isenção no Estado da fonte, o Estado da residência possa incluí-los na base tributável apenas concedendo um crédito de imposto no montante do imposto pago no Estado da fonte.

As cláusulas de ficção de fonte consistem na consideração de que os rendimentos sejam considerados como obtidos no Estado da residência quando o Estado da fonte não exerça uma efetiva tributação sobre os mesmos. Assim, a explicação deste tipo de cláusulas reside no facto de que o Estado da residência não se encontra obrigado à aplicação da CDT – e, por isso,

⁵⁸ Veja-se, por exemplo, o n.º 2 do art.º 11.º da CDT celebrada entre Portugal e o Reino Unido. Nesta disposição é referido que o Estado da fonte tem competência tributária ilimitada para tributar os juros quando o residente do outro Estado Contratante não se encontra sujeito a imposto sobre esses juros.

⁵⁹ A respeito desta situação veja-se o art.º 21.º da CDT entre Portugal e a Finlândia.

ficiona a fonte dos rendimentos – quando o Estado de onde eles proveem não exerça a sua competência que lhe fora atribuída através da CDT.

Por último, as cláusulas relativas às pensões preveem que o Estado da fonte atribua um crédito de imposto do montante pago no Estado da residência. Estão relacionadas com o fenómeno de deslocalização dos pensionistas para Estados que privilegiem as pensões provenientes do exterior, ou seja, não as tribuem. No caso português podemos verificar a existência desta cláusula nas CDT com a Holanda⁶⁰ e com a Dinamarca⁶¹ que viram a necessidade de as incluir para garantir que as pensões por si atribuídas fossem sujeitas a tributação uma vez que Portugal as isentava.

3.2.2. Cláusulas de beneficiário efetivo

De entre as três cláusulas em análise nesta parte do estudo, as cláusulas de beneficiário efetivo são as mais utilizadas por Portugal nas CDT celebradas, constando da grande maioria das mesmas. Como refere Broe (2007:495), as cláusulas de beneficiário efetivo representam *«a crucial role in the allocation of taxing rights between the two Contracting States in respect of dividends, interest and royalties and in determining whether a person resident of the other Contracting State qualifies for treaty relief in the source State of such incomes»*.

Mais uma vez, tal como acontecia nas cláusulas de tributação efetiva, o que se pretende com a inclusão deste tipo de cláusulas é a limitação ao acesso dos benefícios do normativo convencional através de esquemas de *treaty shopping*. Este tipo de cláusulas tem como objetivo expreso, de acordo com Cámara (2002:67), combater *«cuando un residente de un tercer Estado, y que en consecuencia, no es titular legítimo de las disposiciones del Tratado sitúa a una persona física o jurídica dentro de uno de los Estados contratantes con objeto de obtener ventajas fiscales»*, ideia também transmitida por Antón (2002:92) e Borrego (2003a:129-130) quando se referem aos objetivos das cláusulas de beneficiário efetivo.

Tal impedimento é conseguido obrigando as entidades que queiram beneficiar do normativo convencional ao teste do beneficiário efetivo, ou seja, *«[t]he Model treaty excludes the concessional withholding tax benefit from the legal owner if he is not the beneficial owner and the beneficial owner is not a resident in the same Contracting State»* (Rohatgi, 2002:366) ou, como Cámara (2002:68) menciona, *«[c]on la inclusion de estas cláusulas anti abuso se pretende que las ventajas que recogen los Convenio solo resulten*

⁶⁰ Veja-se o art.º 18, n.º 3 e o art.º 24.º, n.6 da CDT com a Holanda.

⁶¹ Veja-se o art.º 23.º, n.º 1 al. d) da CDT com a Dinamarca.

aplicables si el beneficiario efectivo o último de dichos beneficios está legitimado por el próprio Convenio para su obtención».

O conceito de beneficiário efetivo tem origem no Direito Britânico tendo na sua base o regime do *trust*. Este regime tem como premissa a separação entre o sujeito que é o proprietário legal ou *trustee*, e o beneficiário efetivo, ou *cestui que trust*, sendo que o *trustee* não atua em seu benefício próprio, mas sim em benefício do *cestui que trust* (Courinha, 2015:345-346)⁶².

O conceito de beneficiário efetivo foi evoluindo até que nos anos 60 foi pela primeira vez utilizado na CDT com os EUA. Hoje em dia é a cláusula anti elisiva mais utilizada nas CDT celebradas. No seio da CMOCDE, esta cláusula apenas foi adicionada depois da publicação do Relatório das *conduit companies*.

No caso Britânico, este tipo de cláusulas veio substituir as cláusulas de tributação efetiva, uma vez que, tal como refere Courinha (2015:349), «[c]ontrariamente às cláusulas de tributação efectiva, as cláusulas de beneficiário efectivo avaliam as situações de facto sob um prisma puramente subjectivo e sem cuidar das vicissitudes fiscais do rendimento».

No caso da OCDE, após a introdução da mesma em 1977 na CMOCDE, parece que os Estados aceitaram bem este tipo de cláusulas uma vez que não existem quaisquer reservas ou observações ao conceito de beneficiário efetivo, tal como refere Courinha (2015:350), no entanto, a introdução deste tipo de cláusula não está isenta de dúvidas, tal como afirma Câmara (2002:71) ao mencionar que «*la introducción de esta cláusula planteó ciertas dudas interpretativas*», sendo que tais dúvidas residiam no tratamento a adotar nos casos em que o último beneficiário efetivo se situasse no mesmo Estado contratante da entidade que queria beneficiar da CDT⁶³.

Apesar de, após a sua introdução em 1977, a OCDE ter procedido a alterações aos comentários relativos ao conceito de beneficiário efetivo em 1995 e em 2003, nunca ficou definido o que se deveria de entender por beneficiário efetivo, tal como é constatado por Borrego (2003a:137)

⁶² Ainda sobre a origem das cláusulas de beneficiário efetivo veja-se Pistone (2002:695-701).

⁶³ A este respeito veja-se o comentário efetuado por Killius (1989:341-343) quando refere que aquando da introdução do conceito não se procedeu à clara explicação do conceito e que «*the OECD Model Convention of 1977 merely states that treaty benefits should not be available when an intermediary such as an agent or nominee is interposed between the beneficiary and the payer unless the beneficial owner is a resident of the same contracting state*». O autor ainda revela que a falta de interpretação do conceito levou a alguns problemas de aplicação das CDT uma vez que não se definiu se este termo se deveria de aplicar a CDT celebradas anteriormente, situação particularmente evidente quando Killius (1989:343) menciona «*[A] conflicting definitions of the concept in the proposed treaty with the United States and in the draft for the new Italian treaty would seem to suggest that there is no uniform concept even in the treaties which expressly use it and this should preclude its application to the treaties which do not use it*». Este facto leva indubitavelmente a uma situação de insegurança jurídica que levou, na altura, a Autoridade Tributária Alemã a proceder à aplicação das suas normas internas anti abuso a situações que deveriam ser claramente reguladas pelas CDT o que, na nossa opinião, colide diretamente com o princípio do *pacta sunt servanda* presente na Convenção de Viena.

quando refere que a OCDE reconhece a insuficiência da existência de disposições que clarifiquem o conceito de beneficiário efetivo e convida os Estados contratantes a verterem o seu entendimento sobre o termo aquando da celebração das CDT. Sendo que não existem objeções por parte dos membros da OCDE no que respeita a este conceito, e uma vez que os comentários não têm a definição de beneficiário efetivo, deveríamos aplicar o n.º 2 do art.º 3.º da CMOCDE que determina que cabe ao direito interno proceder à devida definição do que se considera beneficiário efetivo⁶⁴.

No que respeita à definição de beneficiário efetivo pelo direito interno, tal como Courinha (2015:357) refere, iria gerar uma desarmonização de conceitos que não era benéfica para a prossecução dos objetivos das CDT, opinião que também é seguida por Borrego (2003a:138-140).

Assim, a definição do conceito de beneficiário efetivo deve ser vista à luz do comentário 12 ao art.º 10.º da CMOCDE que refere que «[a] expressão “beneficiário efectivo” não é usada numa acepção estrita e técnica, devendo ser entendida no seu contexto e à luz do objecto e dos propósitos da Convenção, nomeadamente para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão e a fraude fiscais»⁶⁵.

Considerando a importância que a definição do conceito de beneficiário efetivo tem para este estudo e uma vez que nem a CMOCDE nem o Direito interno conseguem facultar-nos uma definição que não nos deixe questões sobre o que se deve de entender sobre beneficiário efetivo iremos recorrer às definições constantes da Diretiva Juros e *Royalties* e da Diretiva da Poupança. Assim, de acordo com o art.º 1.º, n.º 4 da Diretiva Juros e *Royalties*

[u]ma sociedade de um Estado-Membro só será considerada como beneficiário efectivo de juros ou royalties se receber esses pagamentos por conta própria e não como intermediário, tal como representante, administrador fiduciário ou signatário autorizado de terceiros.

⁶⁴ A este respeito veja-se Rohatgi (2002:367) quando refere «[t]he term “beneficial owner” is not defined in the treaty. It is essentially a common law concept that originated through trust law, and is not recognised in the domestic law of several civil law countries. Unfortunately, no country has provided so far a precise definition under its domestic law and its meaning varies widely». Veja-se também Cámara (2002:72) quando refere «basta la redacción del año de 1995 [...] se plantearon ciertas dificultades para interpretar el término “beneficiario efectivo” [...] debido a la ausencia de una definición del término y su escasa aplicación por aquel entonces en el ámbito del Derecho Internacionab». Veja-se ainda Petkova (2004:547) quando reporta a mesma situação sobre a inexistência de uma clara definição do termo por parte da OCDE.

⁶⁵ A este respeito veja-se Borrego (2006:82). Veja-se também Borrego (2003a:148) quando recorre à definição de beneficiário efetivo dada pelo IBFD e afirma que o termo «se emplea para describir una situación en la que la persona que verdaderamente tiene derecho a un rendimiento, lo percibe a través de una tercera persona que actúa en nombre propio» e continua com a explicação do termo ao referir que «[e]l beneficiario efectivo no tiene por qué ser formalmente el titular del rendimiento, es decir, quien jurídicamente tiene el ius fruendi. Para que ele convenio sea aplicable, no es suficiente que el preceptor sea la persona que formalmente tiene derecho al mismo, sino que lo sea también desde un punto de vista económico o material».

Por outro lado, de acordo com o art.º 2.º, n.º 1 da Diretiva de Poupança «entende-se por “beneficiário efetivo” qualquer pessoa singular que receba um pagamento de juros ou qualquer pessoa singular a quem seja atribuído tal pagamento de juros, a menos que faça prova de que os juros não lhe foram pagos nem atribuídos em seu proveito».

Adicionalmente, Rohatgi (2002:366) menciona que «*a beneficial owner is a person who is free to decide (i) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others [...], or (ii) how the yields from them should be used [...], or (iii) both*», sendo esta definição também veiculada por Vogel (1997:542-543 *apud* Cámara, 2002:73)⁶⁶. Ainda Borrego (2003a:164) define beneficiário efetivo como «*la persona que teniendo derecho a percibir el rendimiento puede disponer libremente del mismo*».

Concluindo a análise da cláusula do beneficiário efetivo, uma vez que se encontra amplamente difundida no universo convencional português não existe a necessidade desta análise ser mais aprofundada pelo que tendemos a concordar com Courinha (2015:503) quando refere que

[a] qualidade de “Beneficiário Efetivo” afere-se, sempre, por referência a um dado rendimento e não aos bens ou direitos de onde esse rendimento possa emanar, sem prejuízo de a titularidade de um direito sobre um bem permitir inferir a provável qualidade de “Beneficiário Efetivo” dos respectivos rendimentos.

Assim, a cláusula do beneficiário efetivo obriga a que as entidades que pretendem usufruir dos benefícios de determinada CDT, além da qualidade de residentes, tenham de ser os beneficiários efetivos dos rendimentos em questão.

Tendo em consideração este pressuposto, é de fácil entendimento que estes tipos de cláusulas estejam previstas nos art.º 10.º (dividendos), 11.º (juros) e 12.º (*royalties*) da CMOCD E uma vez que seriam os tipos de rendimentos mais aliciantes para a implementação de operações com o objetivo de eliminar a tributação.

Por isto, a cláusula do beneficiário efetivo afigura-se como uma cláusula anti abusiva «especialmente destinada à utilização subjectiva indevida das CDT e prevenção do fenómeno do *Treaty-Shopping*, neutralizando estruturas jurídicas internacionais assentes em residências predominante ou inteiramente formais» (Courinha, 2015:365)⁶⁷.

⁶⁶ VOGEL, Klaus – *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN, and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to German treaty practice*. 3ª ed. Londres, Boston: Kluwer Law International, 1997.

⁶⁷ A este respeito existem autores que levantam questões sobre a verdadeira aplicabilidade desta cláusula aos esquemas de *stepping stone*, nomeadamente no que respeita à qualidade de beneficiário efetivo dos rendimentos obtidos pela sociedade intermédia. Relativamente a este ponto, tendemos a concordar com Borrego (2003a:157) quando explica que «*la sociedad intermedia tien la condición de beneficiaria efectiva de los rendimientos que percibe*», no entanto, existem dúvidas que resultam de dois fatores: o primeiro é na não definição clara do conceito de beneficiário efetivo

3.2.3. Cláusulas de limitação de benefícios

Sendo o elemento de conexão por excelência a residência, desde há muito que se constatou que é necessário fortalecer este elemento de forma que as CDT não sejam utilizadas por entidades que manipularam este elemento de conexão. Assim, na prossecução deste objetivo, as cláusulas de tributação efetiva e as cláusulas de beneficiário efetivo dotaram o conceito de residente para efeitos da CDT de profundidade de forma a ser negado o acesso às CDT de algumas entidades.

As cláusulas de limitação de benefícios ou *Limitation on Benefits clauses (LOB clauses)* caracterizam-se por serem mais uma forma de reforçar o elemento de conexão residência de forma a dificultar o acesso ao regime convencional de entidades que, à luz destas cláusulas, não têm direito a fazê-lo (Borrego, 2006:90), ou como Antón (2002:94) refere, sendo uma CDT um instrumento que procede à divisão dos poderes de tributação entre os dois Estados contratantes não poderá permitir que entidades que não estão abrangidas pela mesma possam beneficiar da meste tornando-a «*un tratado con el resto del mundo*». Assim as *LOB clauses* «*delimitan cuando un contribuyente podrá beneficiarse del contenido de un CDI*» (Antón, 2002:94)⁶⁸.

Embora tenham pouca expressão no universo convencional português, estas demonstram ser uma pedra de toque no que respeita ao processo negocial dos EUA, estando prevista uma *LOB* no art.º 22.º da Convenção Modelo dos Estados Unidos da América (CMEUA)⁶⁹. No caso português, podemos identificar como as *LOB* mais importantes as presentes na CDT celebrada com os EUA⁷⁰, Espanha, Ucrânia, Barbados⁷¹ e Suécia⁷².

As *LOB* são de origem norte americana e foram incluídas na CMEUA a partir de 1981 (Courinha, 2015:419), embora a sua origem remonte aos anos 40⁷³. Assim, os EUA passaram a fazer depender a atribuição de benefícios da detenção das características mencionadas nas *LOB clauses* havendo, no entanto, uma cláusula de boa-fé em que o ónus da prova, de comprovar que a operação não seria motivada por efeitos fiscais, ficava a cargo da entidade que queria beneficiar da CDT. De acordo com Borrego (2003a:171-172), a introdução das *LOB clauses* não tem como

e, o segundo, resulta no facto de a sociedade intermédia não se poder classificar como independente e pelo facto de não conseguirmos obter consensos quando se refere que a sociedade intermédia é independente quando assume determinados encargos que têm como exclusivo propósito a diminuição dos rendimentos no Estado intermédio.

⁶⁸ Para Borrego (2003a:171) «[e]l objetivo de estas cláusulas es limitar el acceso al régimen de los convenios de doble imposición para evitar el *treaty shopping*. Los convenios de doble imposición sólo se deben aplicar cuando la obtención del rendimiento desde Estado de residencia responde a un motivo económico válido [...] o bien cuando el sujeto mantiene una vinculación suficiente con el Estado de residencia».

⁶⁹ A CMEUA pode ser consultada no seguinte link: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/model006.pdf>.

⁷⁰ Veja-se o art.º 17.º da CDT entre Portugal e os EUA.

⁷¹ Veja-se o art.º 27.º da CDT entre Portugal e os Barbados.

⁷² Veja-se o art.º 27.º da CDT entre Portugal e a Suécia.

⁷³ Relativamente à evolução das *LOB clauses* veja-se a resenha histórica efetuada por Terr (1989:522-523).

objetivo introduzir uma cláusula de tributação efetiva, mas também «*no exoneran del cumplimiento del requisito previsto en el art. 1 del Modelo OCDE*», ou seja, «*primero hay que determinar si un contribuyente tiene la consideración de residente y posteriormente hay que comprobar si reúne los requisitos de alguna de la cláusulas de limitación de beneficios*».

Com efeito, a política negocial dos EUA passa pela inclusão deste tipo de cláusulas em que, de acordo com Courinha (2015:421), «encontramos uma estrutura profundamente detalhada, com a extensão a atingir cinco números e uma quinzena de parágrafos e sub-parágrafos; e [...] surge ainda acompanhada de um significativo número de comentários nas respectivas *Technical Explanations*»⁷⁴.

No caso da OCDE, a inclusão de *LOB clauses* na CMOOCDE tem sido um assunto debatido, no entanto, «as cláusulas *LOB* nunca passaram para o texto dos artigos, mas tão somente permaneceram nos respectivos comentários» (Courinha, 2015:423). Veja-se o comentário 20 ao art.º 1.º da CMOOCDE, que refere que os Estados que queiram tratar a questão do abuso dos tratados de uma forma mais exaustiva podem adotar a redação sugerida relativa a uma cláusula *LOB*. No entanto, é de ressaltar que embora a OCDE concorde que seja uma forma mais exaustiva da abordagem do assunto, apenas menciona esta possibilidade após referir todas as alternativas sugeridas através do Relatório das *conduit companies*.

No caso dos restantes Estados membros da UE, as *LOB clauses* têm vindo a ser aplicadas, como constata Prats (2002:182), dando exemplo das CDT celebradas entre Espanha e Portugal, Irlanda ou Israel. No entanto, Prats (2002:183) alerta que existem críticas no que respeita a incompatibilidades entre este tipo de cláusulas e o Direito da UE especialmente «*en una vulneración de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales, así como en la falta de respecto a las exigencias del principio de proporcionalidad que toda norma tributaria anti-abuso debe respetar*», ou seja, podemos estar perante situações que interfiram diretamente com as liberdades fundamentais que norteiam a UE. A este respeito cabe-nos esclarecer que, pelo que é do nosso conhecimento, à data o TJUE ainda não se pronunciou diretamente sobre o conflito que poderá surgir no relacionamento deste tipo de cláusulas e do Direito da UE.

As cláusulas *LOB* operam por meio de uma série de testes que necessitam de ser verificados de forma que a entidade possa qualificar-se como residente qualificado e poder aceder a todos os

⁷⁴ Relativamente à metódica utilização das *LOB clauses* por parte dos EUA nas CDT que celebram, talvez a mais comentada de todas terá sido aquando da sua inclusão na CDT com a Alemanha diz respeito, somos da opinião de Terr (1989:522) quando refere que a inclusão da *LOB clause* «*does not purport to define treaty-shopping per se but merely traces the 'tolerance thresholds' within which ownership by and deductible payments to third country residents will not affect a resident entity's entitlement to benefits in respect of source state incomes*».

benefícios da CDT, no entanto, apenas é requerido que se cumpra um dos testes para que se seja considerado como residente qualificado e, por conseguinte, ter a qualidade para beneficiar de todos os benefícios presentes em determinada CDT (Borrego, 2006:97 e Borrego, 2003a:177)⁷⁵. Com efeito, «*the DTCs should only be applied either in the case that the taxpayer has obtained income from State of Residence for a real business purpose or that the taxpayer has sufficient nexus to the State of Residence*» (Borrego, 2006:92)⁷⁶.

Assim, quanto ao resultado obtido, as cláusulas *LOB* podem ser definidas «enquanto aquelas que delimitam o plano no abuso subjectivo das convenções [...] por referência a padrões prévios de configuração jurídica com recurso a presunções tendencialmente absolutas» (Courinha, 2015:417).

Considerando as CDT celebradas por Portugal podemos, de acordo com a classificação dada por Courinha (2015:417), dividir estas entre verdadeiras cláusulas *LOB* e cláusulas *LOB* impróprias.

As verdadeiras cláusulas *LOB* são aquelas que seguem o modelo norte-americano enquanto as *LOB* impróprias «denunciam-se por, embora dirigidas ao combate à elisão fiscal subjectiva internacional [...] o fazerem por processos e soluções que pouco têm de comum com as *LOB* de modelo americano» (Courinha, 2015:417).

Ainda no que respeita às *LOB* impróprias, tendo por base o universo convencional português, podemos dividi-las em dois grupos. No primeiro grupo, estão em causa cláusulas que negam o acesso aos benefícios da CDT a entidades que estejam sujeitas a um regime fiscal que os sujeite a uma taxa de imposto inferior. Podemos identificar neste grupo a CDT com o Luxemburgo, que exclui do âmbito de aplicação da CDT as sociedades *holding* abrangidas pela Lei de 31 de julho de 1929 (art.º 29.º da CDT e *Ad art.*º 29.º do Protocolo), e a CDT com o Brasil, que exclui do âmbito de aplicação as sociedades do CINM entre outras (n.º 9 do Protocolo à CDT).

No segundo grupo, podemos identificar cláusulas em que «a formulação de conceitos ou provisões amplas que servem como cláusula geral de denegação do regime fiscal convencional» (Courinha, 2015:418). Nesta situação podemos identificar a CDT com o Panamá no que respeita ao art.º 27.º, n.º 3, e a CDT com a Moldávia, no que respeita ao n.º 2 al. a) do Protocolo à CDT.

⁷⁵ Ainda sobre o funcionamento das *LOB clauses* veja-se Pistone (2002:689-695).

⁷⁶ Tal como referido por Borrego (2003a:176) este tipo de cláusulas apenas serão de aplicar a pessoas que não sejam pessoas singulares uma vez que «[*Las personas físicas, siempre que residan en alguno de los Estados parte del convenio, tiene derecho a que se les aplique integramente los beneficios previstos en el mismo.*» Tal entendimento resulta do facto de as pessoas singulares terem poucas possibilidades de entrar diretamente em esquemas de *treaty shopping*, situação que já não se verifica no que respeita às pessoas coletivas.

Neste tipo de cláusulas cabe às AT dos Estados Contratantes comprovarem que as operações tiveram como objetivos principal o benefício das disposições convencionais e, nesse caso, negar a atribuição dos benefícios das CDT⁷⁷.

Tendo por base a CDT celebrada entre Portugal e os EUA, podemos esquematizar o funcionamento das cláusulas *LOB* da seguinte forma, tal como apresentado pela figura 3.1, onde podemos verificar a referida sequência de testes mencionada que permite a qualificação como residente qualificado.

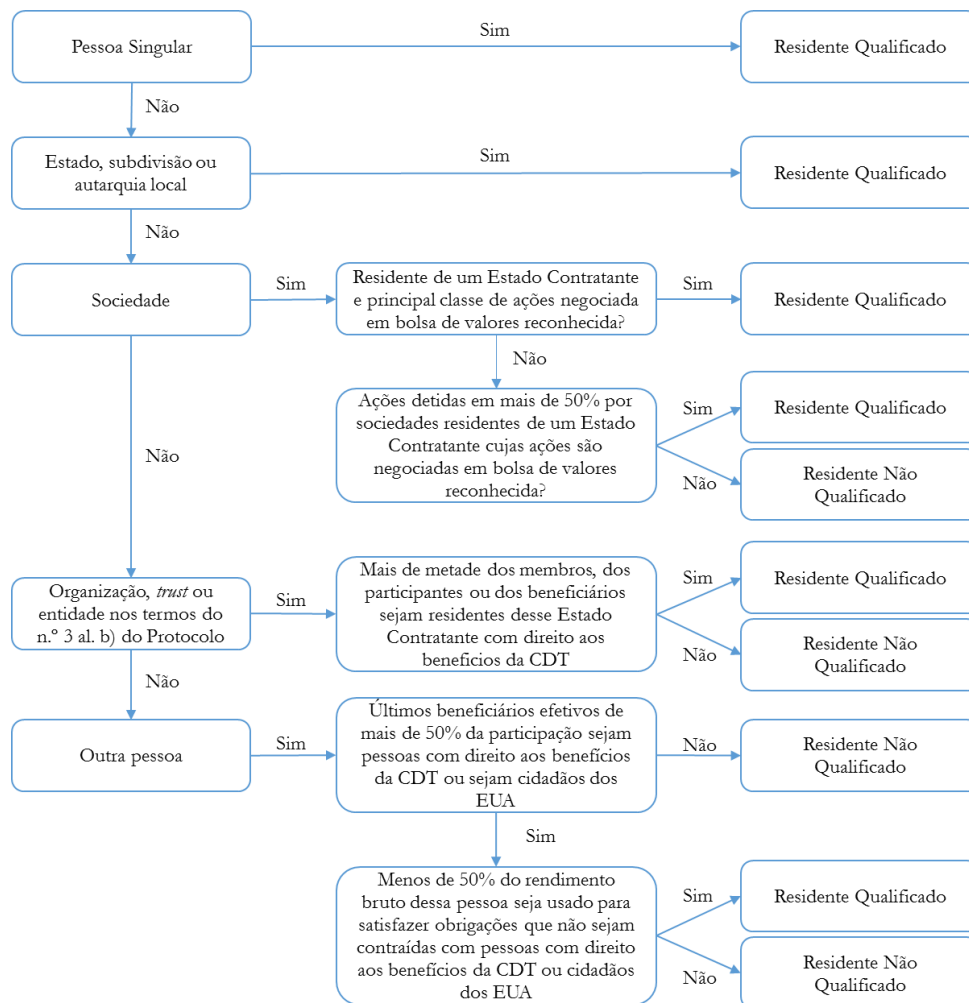


Figura III.1 – Funcionamento das *LOB clauses*

⁷⁷ No que respeita a este segundo grupo, Courinha (2015:418) refere também a CDT com o México. Nesta situação já não estamos perante uma cláusula que exclui totalmente entidades do âmbito de aplicação da CDT, no entanto, determina que os benefícios em sede de juros e *royalties* (art.º 11.º e 12.º) não serão aplicados se os contratos que geram os mesmos tiverem como único objetivo o benefício das disposições convencionais e não forem celebrados por razões económicas válidas.

Nas situações em que determinada entidade se encontrar excluída da possibilidade de beneficiar da CDT, de acordo com os testes presentes na figura 3.1, existem ainda duas possibilidades dessa entidade poder beneficiar da CDT:

- a) Por determinação da autoridade tributária; ou
- b) No caso de uma entidade exercer uma atividade comercial ou industrial, que não se trate de gestão de investimentos, o rendimento esteja relacionado com a atividade exercida e essa atividade for substancial relativamente à atividade que gerou o rendimento no outro Estado.

Assim, embora a cláusula de limitação de benefícios presente na CDT entre Portugal e os EUA não seja totalmente idêntica àquela presente no art.º 22.º da CMEUA, de acordo com Borrego (2006:98-101; 2003a:195-343) podemos identificar três níveis de avaliação quanto à qualificação de uma entidade enquanto residente qualificado⁷⁸:

- a) Cláusula de negociação em bolsa (*stock Exchange clause*): a questão envolvente deste nível não está diretamente ligada aos sócios da entidade, mas sim ao mercado financeiro onde as ações da entidade são negociadas. De acordo com Borrego (2006:98) «[T]he fact that a company is listed on the stock Exchange reflects a sufficient degree of nexus to the territory», no entanto, a entidade deverá ser cotada na principal bolsa existente uma vez que também é necessário que as ações alcancem um determinado nível de negociação durante cada ano fiscal⁷⁹;
- b) Cláusula de detenção (*ownership and base erosion clause*): a este nível a intenção será conceder o direito à aplicação dos benefícios da CDT a entidades detidas por residentes dos Estados contratantes, ou seja, permite a qualificação como residentes qualificados a entidades que não se encontram negociadas em bolsa ou estando não consigam cumprir todos os requisitos da cláusula anterior, negando o acesso à totalidade dos benefícios decorrentes da CDT a entidades que sejam detidas por residentes em Estados terceiros

⁷⁸ No que respeita ao funcionamento das *LOB clauses* veja-se Antón (2002:94-97) quando procede à análise do funcionamento da *LOB clause* existente na CDT celebrada entre Espanha e os EUA.

⁷⁹ Relativamente à cláusula de negociação em bolsa, Borrego (2003a:178-179) refere que a *LOB clause* não tem interesse em saber onde estão localizados os detentores de capital uma vez que «[e]l capital de las sociedades que cotizan [...] suele estar ampliamente repartido, por lo que desde un punto de vista económico no cabe identificar los intereses de la sociedad com los de los partícipes». Tal afirmação assenta no facto de uma sociedade que se encontre cotada em bolsa em determinado território demonstra um elevado grau de conexão com o mesmo – nem que não seja por estar sujeita às regras de regulação estabelecidas por este – e que é muito improvável que se utilize este tipo de sociedades para a criação de esquemas de *treaty shopping* devidos aos custos administrativos que estas representam.

(Borrego, 2006:99-100)⁸⁰. Além da qualidade de residentes qualificados dos detentores de capital esta cláusula tem em consideração os gastos suportados por esta entidade de forma a se conseguir despistar possíveis esquemas de *stepping stone*⁸¹;

- c) Cláusula de atividade (*activity clause*): neste nível, quando as entidades não conseguiram cumprir nenhum dos testes anteriores, está em causa a existência de uma atividade real, ou seja, para que a entidade seja considerada como residente qualificado é necessário que se demonstre que existe uma atividade real desenvolvida a partir do Estado da Residência, tal como refere Borrego (2003a:181) é necessário comprovar «*la existencia de un motivo económico válido que justifica la obtención del rendimiento desde el Estado de residencia*»⁸²;
- d) Cláusula de boa-fé (*general good faith clause*): chegados a este nível de qualificação, por nenhuma das cláusulas anteriores se verificar, cabe à entidade requerer a confirmação da autoridade tributária do Estado da fonte a possibilidade da aplicação da CDT na sua totalidade, ou seja, «*the taxpayer has to prove that he is not in the State of Residence solely to benefit from the treaty by evidencing that there is a real business purpose for his presence*» (Borrego, 2006:101).

Podemos desta forma concluir que estas cláusulas estão elaboradas de forma a não permitir a realização de esquemas de *treaty shopping* através da recusa do acesso aos benefícios das CDT. Como refere Borrego (2003a:182), ao não se cumprir a cláusula de negociação em bolsa e a cláusula de detenção restam poucas hipóteses a determinada entidade para aceder aos benefícios da CDT. Apenas lhe restará comprovar os verdadeiros motivos económicos ou solicitar à AT a

⁸⁰ Esta cláusula, ao contrário da cláusula de cotação em bolsa, já tem em consideração a qualidade dos detentores do capital uma vez que determina que determinada entidade tem o direito a beneficiar da CDT se os seus detentores de capital forem considerados como residentes qualificados ao abrigo da mesma (Borrego, 2003a:179).

⁸¹ Com base na segunda parte desta cláusula conseguimos constatar que a propriedade de determinada sociedade não é garantia suficiente para a considerar como “apta” a poder beneficiar das CDT, de facto, podem existir situações nas legislações internas dos Estados que permitam escapar ao âmbito de exclusão desta cláusula ao manipular o agente que se considera como detentor de capital. Desta forma, como refere Borrego (2003a:180) a entidade «*no debe destinar más de un determinado porcentaje de los ingresos percibidos durante al ejercicio a satisfacer pagos cuyos beneficiarios no tengan la consideración de residentes cualificados*».

⁸² Sendo de aplicação supletiva, ou seja, só se testa a aplicação da segunda cláusula se a primeira não for cumprida, a cláusula de atividade apresenta-se quase como a última possibilidade de acesso à CDT pelas entidades que não foram capazes da verificação das cláusulas anteriores. Desta forma, a verificação desta cláusula deve ser efetuada casuisticamente uma vez que terá de ser testada relativamente a cada operação – o que representa por si mais uma dificuldade no acesso à CDT – assim, como constata Borrego (2003a:181) «*puede darse la situación de que una sociedad que obtenga rendimientos en el Estado de la fuente solamente se le aplique el convenio respecto a una parte de esos rendimientos*». Havendo a necessidade de comprovação dos motivos económicos de determinada operação – encargo que ficará a cargo da entidade que pretenda beneficiar da CDT – concordamos com Borrego (2003a:181) quando refere que «*no se puede negar que esta cláusula hace excesivamente gravoso la obtención del régimen convencional, porque requiere justificar cada vez que se obtiene un rendimiento el cumplimiento de la mismas*».

aplicação da cláusula geral de boa-fé o que, tendo em consideração o funcionamento desta cláusula, torna muito complicado tal acesso⁸³.

Tendo em consideração o *modus operandi* destas cláusulas, concordamos com Courinha (2015:425) quando refere que

[a]s cláusulas *LOB* são [...] fórmulas objectivas de avaliação da aptidão substancial do contribuinte para aceder ao regime convencional, sendo esse enfoque a particularidade que melhor demarca estas cláusulas face a outras soluções anti-abusivas convencionais de fonte convencional.

Assim, podemos referir que as cláusulas *LOB* são disposições que promovem um acesso às CDT parametrizado, assente numa série de testes que excluem da sua previsão as estruturas normalmente associadas a estruturas de *treaty shopping*, ou seja, as cláusulas *LOB* reduzem ao mínimo o papel interpretativo das mesmas e levam a que a «aplicação tendencialmente irreflectida da lei, [denote] a ausência de preocupação com a justiça ao caso concreto» (Courinha, 2015:426).

Nem sempre classificadas como justas, as cláusulas *LOB* promovem uma classificação dos residentes qualificados através de disposições que normalmente vemos nas cláusulas anti abuso do direito interno dos Estados.

Quanto à justiça deste tipo cláusulas, sem retirar o mérito à OCDE quando refere que este tipo de cláusulas devem ser acompanhadas das cláusulas de salvaguarda – uma vez que, como em quase todas as cláusulas anti abuso, podem existir situações que podem ficar abrangidas quando as mesmas são legítimas e não têm como objetivo o *treaty shopping* – pensamos que a formulação deste tipo de cláusulas tem de ser analisada com base em duas situações.

Primeiro, não nos podemos esquecer da proveniência das mesmas, ou seja, tendo origem norte americana temos de verificar que se trata de uma AT que tem de controlar muitos milhões de contribuintes e que será, por ventura, o país com mais transações internacionais para controlar, pelo que, a estatuição de cláusulas *LOB* apresenta-se como uma forma fácil de controlar o acesso ao regime convencional⁸⁴.

⁸³ Veja-se Borrego (2003a:182) quando refere que um dos principais objetivos das *LOB clauses* será a diminuição da carga de prova que terá de possuir para conseguir aceder à CDT, no entanto, não estando verificadas as cláusulas que permitem um acesso quase direto a necessidade de prova aumenta exponencialmente até um pouco em que será praticamente impraticável o acesso à CDT, tal como referido por Barbosa (2007:13) que menciona que as *LOB clauses* funcionam «através de uma efectiva inversão do ónus da prova, traduzido num encargo inoportável com a fluidez da circulação de capitais que hoje se exige no comércio internacional».

⁸⁴ Tal como menciona Borrego (2006:102) «[T]he clauses free the tax authorities from the complex and difficult tasks which applying the general anti-avoidance clauses involve by transferring the burden of proving “that his actions are not fraudulent” on the taxpayer».

Em segundo, tendo em consideração o universo de transações que se teriam de controlar, houve a necessidade de se limitar as entidades que se qualificavam como residentes plenos para acesso às CDT. Assim, por exemplo, quando Courinha (2015:430) ao ilustrar a objetividade das cláusulas LOB refere que «segundo tal regra (ou preconceito), as sociedades cotadas ou detidas por sociedades cotadas não promovem *Treaty Shopping*» podemos ser levados a pensar que houve a pretensão de se querer proteger determinadas estruturas societárias. No entanto, também poderemos pensar que era necessário limitar o acesso às CDT de alguma forma e o critério de aceitar que as sociedades cotadas o terem pode ter sido um critério com alguma aderência, uma vez que estas sociedades estão sujeitas a controlos de auditoria mais rigorosos, tanto por entidades externas como por departamentos internos e pela supervisão dos mercados, podemos concluir que lhes será mais difícil estruturarem situações que promovam o *treaty shopping*.

Concluindo, adicionalmente, quando Courinha (2015:430) refere que

[s]ob a perspectiva LOB, o *Treaty Shopping* é admitido ou rejeitado consoante a natureza das entidades que o praticam, a actividade desenvolvida ou a composição do capital social, critérios que, importa reconhecer, não são por si mesmos, de um prisma jurídico-económico, pedras de toque infalíveis para aquilatar o cariz elisivo ou não elisivo da operação

podemos mais uma vez concluir que, embora não sejam porventura os melhores critérios para se combater este tipo de situações, uma vez que não existe nenhum critério infalível e todos têm os seus problemas, devemos concordar que é necessário começar por algum lado e compete aos Estados a obrigação de desenvolver este conceito de forma a torna-lo mais eficaz no combate às estruturas que promovem o *treaty shopping*.

Para terminar, quanto à segurança promovida por este tipo de cláusulas, tendemos a concordar com Courinha (2015:433) quando refere que «as cláusulas LOB sustentam o combate ao Abuso Subjectivo de Convenções em fórmulas de aplicação fácil e assentes em requisitos claros e inteligíveis, compagináveis com uma forte previsibilidade na estruturação jurídica das operações internacionais». Concluindo, ao contrário das cláusulas anteriormente apresentadas, as cláusulas LOB apresentam-se de uma forma mais clara de aplicação de forma a não surgirem dúvidas de interpretação como é o caso da definição de beneficiário efetivo nas suas cláusulas e como é o caso de se definir quando uma entidade está sujeita a imposto no caso das cláusulas de tributação efetiva.

3.3. Relação do *treaty shopping* com o Direito da UE

Também no âmbito da UE o *treaty shopping* teve impacto, situação que levou a que fosse necessário aos Estados Membros (EM) tomarem medidas de forma a protegerem os seus sistemas fiscais.

A UE foi criada após a Segunda Guerra Mundial como forma de garantir a paz no Continente Europeu que se encontrava devastado por um dos maiores conflitos armados de sempre. Numa Europa que se encontrava sob ajuda do Programa Marshall, viu-se a necessidade de os Estados fundadores, principalmente a França e a Alemanha e sob o escrutínio apertado do Reino Unido – que não pertence a este grupo devido ao seu pensamento céptico quanto à ideia de integração europeia – garantirem que nenhum dos outros preparava uma estratégia de rearmamento de forma a criar um novo conflito armado.

Assim, o que hoje conhecemos como UE começou por ser a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – onde o único âmbito de atuação seria sobre a produção destas duas matérias-primas essenciais para a produção de armas – e foi evoluindo para a União Económica encontrando-se hoje no que se pode identificar como o penúltimo estágio de um processo de integração de países, a União Monetária.

De facto, após a União Económica se ter consolidado, os EM identificaram a necessidade da criação de uma moeda única de forma a facilitar as trocas comerciais entre os EM e entre estes e o exterior. Assim, no nosso ponto de vista, a União Monetária não se trata apenas de um facilitador de trocas comerciais, mas sim numa afirmação de que os EM estão unidos em concordância com o processo de evolução da União.

Apesar dos desafios que a UE teve de enfrentar, desde os internos por existirem EM mais cépticos que outros e que não concordam com a moeda única e com o processo de integração, a desafios externos como a crise financeira mundial de que agora começamos a sair e que levou o sistema bancário ao seu limite e, mais recentemente, a crise dos refugiados vindos do norte de África e a intenção de saída do Reino Unido, o certo é que a UE se mostra como uma instituição sólida, que tem conseguido superar os desafios colocados e que necessita de entendimentos para a evolução para a próxima etapa de integração.

No que respeita ao seu funcionamento, a UE rege-se pelas disposições no Tratado da União Europeia (TUE) e pelo TFUE. De acordo com Machado e Costa (2012:88), estes «consagram as regras de repartição de competências entre os Estados-Membros e a UE, de acordo com um princípio de atribuição limitada».

De acordo com o princípio de atribuição, existem matérias da competência exclusiva da UE, outras em que esta competência é partilhada e outras ainda que a competência é exclusiva dos EM. De acordo com o n.º 2 do art.º 5.º do TUE, «[a]s competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados membros», tendo como consequência o disposto no n.º 1 do art.º 2.º do TFUE quando é referido «[q]uando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União». A UE tem competência exclusiva nos domínios referidos no n.º 1 do art.º 3.º do TFUE, enquanto os domínios onde esta competência é partilhada estão presentes no n.º 2 do art.º 4.º do TFUE.

No domínio da fiscalidade podemos dividir as competências tendo em consideração a tributação direta e a tributação indireta.

No que respeita à tributação direta, os EM «retêm competências em matéria de impostos diretos, com o intuito de salvaguardar a respetiva base tributária» (Machado e Costa, 2012:89), sendo que, cabe à UE a tentativa de harmonização das legislações internas dos EM, de acordo com o art.º 114.º do TFUE.

Quanto à tributação indireta, cabe à UE a definição das disposições relativas aos impostos sobre o volume de negócios (IVA), os impostos especiais sobre o consumo e outros impostos indiretos, de acordo com o art.º 113.º do TFUE. No que respeita ao IVA, este foi adotado no seio da UE em 1967 e hoje em dia faz parte do chamado *acquis communautaire*, ou seja, todos os Estados-Membros estão obrigados a adotar o IVA que embora definido em Diretiva própria – neste caso a Diretiva IVA (Diretiva 2006/112/CE do Conselho de 28 de novembro de 2006) – os EM possuem alguma autonomia para a adoção do seu próprio regime de IVA desde que não seja contrário ao disposto na Diretiva mencionada.

Ainda no que respeita ao domínio da fiscalidade, todas as decisões tomadas na UE estão sujeitas à regra da unanimidade, ou seja, qualquer Estado-Membro tem poder de veto sobre decisões neste domínio. No caso da tributação indireta, a unanimidade decorre diretamente do art.º 113.º do TFUE enquanto, no caso da tributação direta, esta decorre implicitamente do princípio da atribuição de poderes pois se os EM têm competência exclusiva nesta matéria, apenas na existência de unanimidade se conseguem aprovar diplomas na UE.

Facilmente se constata que devido à obrigatoriedade de existência de unanimidade a harmonização tem sido efetuada indiretamente, ou seja, tem sido efetuada essencialmente através da jurisprudência publicada pelo TJUE.

Assim, podemos concluir que a definição de uma estratégia a nível europeu no domínio da fiscalidade assenta, essencialmente, em dois pilares. Primeiro, na obrigatoriedade da existência de unanimidade na tomada de decisões, o que numa UE com 28 EM é um exercício bastante complicado. Segundo, todas as decisões em matéria fiscal têm de respeitar as quatro liberdades fundamentais que regem o Direito da UE, a saber: livre circulação de mercadorias, livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços e livre circulação de capitais.

A liberdade de circulação de mercadorias está prevista nos art.º 28.º a 37.º do TFUE. Esta liberdade, mais especificamente prevista nos art.º 30.º, 34.º e 35.º do TFUE, determina que são proibidos entre os EM os direitos aduaneiros de importação e de exportação e as restrições quantitativas à importação e à exportação⁸⁵.

A livre circulação de trabalhadores está prevista nos art.º 45.º a 48.º do TFUE. Assim, os EM não podem discriminar os trabalhadores em razão da nacionalidade. Apenas é aceite uma discriminação desde que se enquadre numa situação justificada em que seja necessário assegurar a ordem pública, a segurança pública ou a saúde pública⁸⁶.

No domínio da fiscalidade, esta liberdade determina que «o direito tributário dos Estados-Membros não pode ser utilizado para a neutralizar, por via de restrições ou discriminações» (Machado e Costa, 2012:97)⁸⁷. Esta liberdade não termina no que respeita à circulação dos trabalhadores uma vez que é inerente à qualidade de cidadão europeu decorrente dos art.º 20.º e 21.º do TFUE⁸⁸.

As liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços estão previstas nos art.º 49.º a 62.º do TFUE. Quanto à liberdade de estabelecimento, são contrárias às disposições do Tratado todas as restrições ao estabelecimento dos nacionais de um EM no território de outro, de acordo com o art.º 49.º do TFUE. Quanto à liberdade de prestação de serviços, de acordo com o art.º 56.º do TFUE, os prestadores de serviços podem exercer a sua atividade no EM onde o serviço é prestado e aí beneficiar das mesmas disposições que o EM da prestação de serviços impõe os seus nacionais. Também neste âmbito, podem ser aceites as restrições as estas liberdades desde

⁸⁵ A respeito da liberdade de circulação de mercadorias veja-se Machado e Costa (2012:95-97) e Campos e Campos (2010:246).

⁸⁶ A respeito da restrição à livre circulação de trabalhadores veja-se o ocorrido em Portugal aquando do Euro 2014 ou em França após os atentados de Paris de 2015.

⁸⁷ A respeito da não discriminação em função da nacionalidade veja-se o disposto no art.º 17.º-A do CIRS em que os residentes noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu (EEE) são equiparados a residentes para efeitos fiscais em Portugal desde que os rendimentos aqui obtidos representem pelo menos 90% dos rendimentos auferidos pelo agregado familiar.

⁸⁸ A respeito da liberdade de circulação de pessoas veja-se Campos e Campos (2010:554-573).

que sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e de saúde pública (art.º 52.º e 62.º do TFUE) e, desde que, respeitem o princípio da proporcionalidade⁸⁹.

Para terminar, a livre circulação de capitais está prevista nos art.º 63.º a 66.º do TFUE e determina que os EM não podem estabelecer medidas que restrinjam os movimentos de capitais e os pagamentos entre EM. No entanto, no que respeita a esta liberdade existe mais espaço para as restrições uma vez que no art.º 65.º do TFUE é determinado que não afeta esta liberdade fundamental o facto de os Estados adotarem medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis. De todo o modo, todas as medidas que possam afetar a livre circulação de capitais têm de observar o princípio da proporcionalidade e não podendo ser medidas arbitrárias nem restrições dissimuladas à livre circulação de capitais e pagamentos, de acordo com o n.º 3 do art.º 65.º do TFUE⁹⁰.

Considerando que todas as medidas restritivas das liberdades fundamentais estão sujeitas a um escrutínio apertado do TJUE, é necessário estabelecer quais as condições que tais medidas têm de cumprir para que sejam aceites. Estas condições ficaram conhecidas por *Gebhard test* pela introdução desta doutrina no Caso Gebhard (Processo C-55/94), a saber (Panayi,2007:198-199):

- a) As medidas devem aplicar-se de um modo não discriminatório;
- b) Devem justificar-se por razões imperativas de interesse geral – note-se que esta justificação tem de ser bem estruturada, assim justificações de que a medida em análise foi implementada tendo por base a proteção das receitas fiscais tendem a não ser aceites pelo TJUE;
- c) Devem ser adequadas para garantir a realização dos objetivos que prosseguem, i.e., respeitam o princípio da proporcionalidade; e
- d) Não ultrapassam o necessário para atingir esse objetivo.

É neste duplo controlo que o combate ao *treaty shopping* é efetuado no seio da UE, ou seja, por um lado, a competência da tributação direta está atribuída exclusivamente aos EM em que apenas se podem aprovar diplomas caso se obtenha a unanimidade e, por outro lado, todas as medidas que tenham como objetivo o combate ao *treaty shopping* têm de respeitar as liberdades fundamentais da UE, em especial a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais. Tal situação faz com que qualquer ação a nível europeu para combater este fenómeno

⁸⁹ A respeito da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços veja-se Campos e Campos (2010:575-598).

⁹⁰ A respeito da livre circulação de capitais veja-se Campos e Campos (2010:599-605).

tenha uma dificuldade acrescida de aprovação. Assim, a única possibilidade para a evolução da doutrina de combate ao *treaty shopping* é efetuada através da jurisprudência do TJUE.

Adicionalmente, como já referimos, o contexto da UE é especialmente sensível ao fenómeno do *treaty shopping* uma vez que nenhum dos Estados-Membros consta das *black lists* e porque tendem a ser adotadas medidas para eliminação de dupla tributação – essencialmente dividendos, juros e *royalties* – além das já previstas nas CDT celebradas entre os EM (Diretiva da poupança, Diretiva juros e *royalties* e Diretiva mães e filhas). Note-se que, de acordo com o princípio do primado do Direito da UE, as disposições aprovadas no âmbito da UE têm natureza supraconstitucional e, por isso, os EM têm de as adotar. Tal significa que as Diretivas gozam de um nível hierárquico superior ao das CDT e, por isso, nas situações em que as Diretivas são aplicadas não se recorrem às medidas anti abuso presentes nas CDT.

Assim, tornou-se necessário serem adotadas medidas a nível europeu que para além de combaterem situações de concorrência fiscal prejudicial ajudassem também no combate ao *treaty shopping*, ainda que algumas o façam apenas indiretamente.

Neste âmbito, podemos identificar diversas iniciativas entre as quais são de destacar o Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas (Código de Conduta), as Diretivas inseridas no chamado Pacote Fiscal e, por último, o novo Pacote Anti elisão fiscal que resulta dos trabalhos desenvolvidos no seio da OCDE a respeito do Relatório BEPS.

3.3.1. Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas

O Código de Conduta, conjuntamente com as Diretivas da poupança e Diretiva juros e *royalties*, fazem parte do chamado Pacote Fiscal aprovado na UE e que se encontra num âmbito de atuação conjunta entre esta organização e a OCDE^{91 92}.

De acordo com a Comunicação da Comissão (1997:2) – COM(97) 495 final – constata-se que a concorrência fiscal deve ser considerada como positiva, no entanto, «relativamente aos fatores móveis poderá tornar os sistemas fiscais desfavoráveis ao emprego e dificultar uma redução ordenada e estruturada da carga fiscal global». Adicionalmente, é referido que «a concorrência em matéria fiscal poderá impedir os esforços para reduzir os défices orçamentais».

Deste modo, o combate às práticas de concorrência fiscal prejudicial é efetuado através de um compromisso político (*gentleman's agreement*) que se corporiza neste Código de Conduta. Assim,

⁹¹ A respeito das medidas tomadas na OCDE já foram abordadas anteriormente quando abordámos o Relatório da concorrência fiscal prejudicial.

⁹² Sobre o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas veja-se Palma (2010c).

podemos desde já identificar a principal fragilidade deste, por ser um acordo não vincula juridicamente os EM e, de acordo com as Conclusões do Conselho ECOFIN que aprovam o Código de Conduta, «não afecta os direitos e as obrigações dos Estados-membros nem as competências respectivas dos Estados-membros e da Comunidade tal como decorrem do Tratado»⁹³.

No que respeita ao âmbito de aplicação, de acordo com o Ponto A, este instrumento visa o combate a medidas – tanto as disposições legislativas ou regulamentares como as práticas administrativas – que afetem a localização das atividades económicas na UE.

Assim, no âmbito do Código de Conduta, considera-se como uma medida potencialmente prejudicial aquela que preveja um nível de tributação efetiva reduzido ou nulo que seja claramente inferior ao normalmente aplicado no Estado-Membro, ou seja, no que respeita ao âmbito de aplicação, o Código de Conduta, apenas combate as medidas que não tenham um carácter geral. Neste ponto podemos identificar mais outra fragilidade, uma vez que apenas incide sobre medidas não gerais, deixa de fora muitas medidas que embora prevejam um nível de tributação reduzido comparativamente ao aplicável na UE não se encontram abrangidos.

No entanto, não basta que a medida a ser analisada preveja um nível de tributação reduzido ou nulo, então, na avaliação das medidas devem ter-se em consideração outros fatores relativos à economia da medida, de acordo com o Ponto B, a saber:

- a) Se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou a transações relacionadas com estes;
- b) Se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna;
- c) Se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade económica real nem qualquer presença substancial;
- d) Se o método de determinação dos lucros segue as *guidelines* em matéria de preços de transferência da OCDE;
- e) Se as medidas carecem de transparência.

Após este exame ser efetuado, no caso de se concluir que se está perante uma medida potencialmente prejudicial, de acordo com o Ponto G, deve ter-se em consideração se estas têm como objetivo o desenvolvimento de regiões específicas especialmente no que respeita às

⁹³ Sobre a questão de o Código de Conduta ser um *gentleman's agreement* veja-se Pereira (2002:213).

regiões ultraperiféricas previstas no Tratado e se estas «são proporcionais e orientadas para os objetivos pretendidos» (Palma, 2015:132).

Quanto à atuação dos EM no âmbito deste Código de Conduta podemos identificar duas situações. Por um lado, os EM devem de adotar uma conduta de congelamento (*standstill*) relativamente à adoção de medidas que estejam abrangidas pelo âmbito de aplicação do Código de Conduta. No caso de um EM pretender adotar uma medida que pode ser considerada como prejudicial, deve notificar os restantes EM de forma a ser elaborada a avaliação da medida em causa de acordo com as disposições do Código de Conduta.

Por outro, os EM devem de adotar uma conduta de desmantelamento (*rollback*) das medidas que forem consideradas com prejudiciais. Neste caso, os EM devem de reanalisar as disposições existentes para as adaptar à luz do Código de Conduta, com o objetivo da eliminação da medida o mais rapidamente possível. No caso do desmantelamento, os EM negociam com a UE um período de encerramento da medida de forma a conseguirem compensar a perda de receitas fiscais com o final da mesma.

Para a elaboração do trabalho de avaliação das medidas potencialmente prejudiciais foi constituído o Grupo do Código de Conduta. Este Grupo publicou, em 1999, o Relatório Primarolo (SN 4901/99) onde consta a descrição dos trabalhos efetuados. No que respeita a Portugal, para além das Zonas Francas da Madeira e de Santa Maria, houve diversas disposições que foram sujeitas a avaliação como, por exemplo, o regime das despesas de investigação e desenvolvimento, o regime das Sociedades de Gestão de Participações Sociais e os benefícios fiscais em regime contratual. De entre todas as medidas analisadas, no que respeita a Portugal, apenas foram consideradas como prejudiciais o regime da Zona Franca da Madeira e de Santa Maria embora Portugal nunca tenha concordado com esta avaliação (Palma, 2015:133).

Para terminar, no Ponto M do Código de Conduta, o Conselho incentivou os EM a promover a adoção deste Código de Conduta por países terceiros. Mais uma vez, temos de identificar um ponto negativo deste instrumento de combate à concorrência fiscal prejudicial.

Na nossa opinião, o Código de Conduta é um instrumento de combate à concorrência fiscal prejudicial que está à frente do tempo em que foi adotado. Pois, se por um lado, teve vantagens em suavizar a adoção de novos regimes que entrassem em conflito direto com as receitas de outros EM, por outro lado, obrigou os EM a não adotarem medidas que tinham como objetivo a atração de investimento estrangeiro proveniente de países terceiros.

De facto, nenhum país terceiro se comprometeu a respeitar este Código de Conduta o que demonstra que embora bem-intencionado, fez com que a UE ficasse refém de si própria e que sofresse os efeitos nefastos das medidas prejudiciais adotadas por países terceiros.

Concluindo, embora o Código de Conduta tenha atingido parte dos seus objetivos, pois identificou medidas que estavam em concorrência direta com outros EM – o que não faz sentido tendo em consideração que a UE deve ser encarada como se se tratasse de um único país – não podemos menosprezar o facto de que por se tratar de um acordo político, existam medidas que são claramente prejudiciais e que não foram classificadas como tal mais, nada nos garante que não existam novas medidas tomadas pelos EM que não sejam classificadas como prejudiciais devido à influência nas avaliações que determinados EM têm. Assim, mais uma vez referimos que se trata de um bom princípio, mas que devido a todos os problemas que a UE tem de resolver não nos parece que o assunto esteja no topo dos assuntos a tratar.

3.3.2. Pacote Fiscal: Diretivas da poupança, juros e *royalties* e mães e filhas

Na Comunicação da Comissão (1997:4) – COM(97) 495 final – é referido que os EM concordaram que o combate à concorrência fiscal apenas seria possível se houvesse maior coordenação. Para tal, foi lançado o desafio à Comissão para apresentar um pacote fiscal que permitisse o combate à concorrência prejudicial em matéria fiscal. Desta forma, a Comissão, em conjunto com o Grupo de Política Fiscal, apresentaram neste documento uma proposta de pacote fiscal que teve em consideração «as dificuldades específicas que a obrigatoriedade de unanimidade entre os Estados-membros coloca na área da política fiscal» (Comissão, 1997:4).

Considerando tais dificuldades, na opinião da Comissão o pacote fiscal deveria ser composto, entre outros, por medidas que contribuíssem para a eliminação de distorções na tributação de rendimentos de capital e medidas que permitissem a eliminação da tributação na fonte dos pagamentos de juros e *royalties*.

Embora o pacote fiscal seja composto apenas pela Diretiva da Poupança (Diretiva 2003/48/CE do Conselho de 3 de junho de 2003⁹⁴) e pela Diretiva juros e *royalties* (Diretiva 2003/49/CE de

⁹⁴ Alterada pela Diretiva 2004/66/CE do Conselho de 26 de abril de 2004, pela Decisão do Conselho de 19 de julho de 2004, pela Diretiva 2006/98/CE do Conselho de 20 de novembro de 2006 e pela Diretiva 2014/48/UE do Conselho de 24 de março de 2014.

3 de junho de 2003⁹⁵), na nossa opinião, também será de incluir a Diretiva Mães e Filhas (Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011⁹⁶) uma vez que um dos seus objetivos é a eliminação de distorções no que respeita à tributação da distribuição de lucros entre entidades afiliadas.

A Diretiva da poupança cumpre o objetivo proposto pela Comissão da eliminação de distorções na tributação de rendimentos do capital. Tendo sido transposta para o normativo interno pelo Decreto-Lei n.º 62/2005 de 11 de março, com entrada em vigor a 1 de julho de 2005, a Diretiva tem como objetivo, de acordo com o parágrafo 8 dos considerandos,

permitir que os rendimentos da poupança sob a forma de juros pagos num Estado-Membro a beneficiários efectivos que sejam pessoas singulares residentes noutra Estado-Membro, sejam sujeitos a uma tributação efectiva em conformidade com a legislação deste último Estado-Membro.

Para a execução do objetivo desta Diretiva foi estabelecido um sistema de intercâmbio automático de informações. Esta troca de informações é efetuada pelo agente pagador⁹⁷ dos juros ao EM onde o beneficiário efetivo⁹⁸ seja residente. No entanto, não se pode afirmar que esta ferramenta, que permite a eliminação de distorções na tributação dos juros através da eliminação da tributação no Estado da fonte em detrimento da tributação no Estado da residência, fosse bem recebida por todos os EM – colocando em evidência a problemática da unanimidade em sede de tributação direta.

De facto, a Bélgica, o Luxemburgo e a Áustria alegaram diferenças de carácter estrutural para não aplicarem o mecanismo da troca automática de informação ao mesmo tempo que os restantes EM, ficando dispensados de realizar a troca automática de informações, mas sem perderem o seu direito de receber as informações transmitidas pelos restantes EM que aplicam a Diretiva na sua plenitude.

⁹⁵ Alterada pela Diretiva 2004/66/CE do Conselho de 26 de abril de 2004, pela Diretiva 2004/76/CE do Conselho de 29 de abril de 2004, pela Diretiva 2006/98/CE do Conselho de 20 de novembro de 2006 e pela Diretiva 2013/13/UE do Conselho de 13 de maio de 2013.

⁹⁶ Alterada pela Diretiva 2013/13/UE do Conselho de 13 de maio de 2013, pela Diretiva 2014/86/UE do Conselho de 8 de julho de 2014 e pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho de 27 de janeiro de 2015.

⁹⁷ De acordo com o art.º 4.º, considera-se agente pagador «qualquer operador económico que pague juros ou atribua o pagamento de juros em proveito imediato do beneficiário efectivo». Adicionalmente, o mesmo art.º 4.º determina que também é considerado agente pagador aquele que por intermédio do beneficiário efetivo receba os juros por sua conta.

⁹⁸ No que respeita à definição de beneficiário efetivo, já procedemos à análise atribuída por este documento quando abordámos as cláusulas de beneficiário efetivo.

Sem nos querermos debruçar sobre a análise dos motivos que levaram estes EM a alegar diferenças estruturais para não aplicarem este procedimento, foi estabelecido um período de transição⁹⁹ no que respeita à retenção na fonte sobre estes rendimentos. Assim, durante os primeiros três anos do período de transição estes EM deveriam aplicar uma taxa de retenção na fonte de 15%, passando a ser de 20% nos três anos subsequentes e de 35% após estes, cabendo ao EM da residência a eliminação da dupla tributação destes rendimentos através da aplicação do método do crédito de imposto complementado com o reembolso do valor do imposto que tivesse sido pago em excesso após a aplicação das disposições nacionais.

Na nossa opinião, este regime apresenta-se como uma punição aos investidores por sediarem o Estado da fonte nestes EM, que é operada através de um aumento dos impostos pagos na fonte que em muitas situações não deveriam sequer de existir. No entanto, também podemos encarar este regime como uma punição aos EM que não querem participar neste regime de troca de informações e que se encontram dispensados do regime da retenção na fonte caso optem pela aplicação da Diretiva na sua totalidade, de acordo com n.º 3 do art.º 10.º.

Adicionalmente, é de referir que as receitas decorrentes da aplicação da retenção na fonte sobre estes rendimentos são divididas entre os Estado da fonte e o Estado da residência, cabendo 25% ao Estado da fonte e os restantes 75% ao Estado da residência, de acordo com o art.º 12.º. Por outro lado, este regime não é aplicado caso o beneficiário efetivo dos rendimentos solicite a não aplicação da retenção e aceite a troca de informações para o seu Estado da residência, de acordo com o art.º 13.º.

No que respeita ao *treaty shopping*, tendo a Diretiva da poupança como objetivo a eliminação de distorções na tributação do pagamento de juros a pessoas singulares e por ter o seu âmbito de aplicação dentro de uma zona de integração económica, permite que sejam montados esquemas que tenham como objetivo o abuso destas disposições. Isto porque a principal consequência da aplicação da Diretiva é a isenção de tributação no Estado da fonte pelo que, podem existir situações que os beneficiários dos rendimentos deslocalizam a sua residência para um EM que privilegie este tipo de rendimentos e que desta forma não os tribute ou que preveja um regime preferencial para este tipo de rendimentos.

⁹⁹ No que respeita ao período de transição, de acordo com o n.º 2 do art.º 10.º, este período termina no final do primeiro ano fiscal seguinte àquele em que entrarem em vigor as seguintes disposições, das duas a mais tardia: (i) entrada em vigor de acordo sobre troca de informações em matéria fiscal entre a UE e a última das seguintes jurisdições: Confederação Suíça, Principado do Liechtenstein, República de São Marino, Principado do Mónaco e Principado de Andorra e (ii) data em que o Conselho determinar por unanimidade que os EUA se encontram obrigados a uma regime de troca de informações a pedido.

Por seu turno, a Diretiva juros e *royalties* tem por objetivo a eliminação da tributação na fonte dos pagamentos destes dois tipos de rendimentos. A transposição deste documento para o normativo nacional foi efetuada faseadamente, primeiro pelo Decreto-Lei n.º 34/2005, de 17 de fevereiro e, numa segunda fase pela Lei n.º 55/2013, de 8 de agosto.

Tendo sido criada com o principal objetivo de equiparar as transações entre sociedades de EM diferentes em comparação com transações entre sociedades do mesmo Estado (§1 dos considerandos da Diretiva juros e *royalties*), a Diretiva estabelece, de acordo com o seu art.º 1.º, um regime de isenção de todos os impostos que incidam sobre os pagamentos destes dois tipos de rendimentos entre sociedades localizadas em EM distintos e desde que as operações efetuadas o sejam a preços de mercado, ou seja, o regime «deve apenas aplicar-se ao eventual montante de juros ou *royalties* que teria sido acordado entre o pagador e o beneficiários efetivo na ausência de uma relação especial» (§5 dos considerandos da Diretiva juros e *royalties*).

Adicionalmente, é estabelecido que o regime apenas é aplicável aos beneficiários efetivos dos rendimentos e desde que a entidade considerada como entidade pagadora à luz da Diretiva seja uma sociedade associada à sociedade beneficiária efetiva dos rendimentos. Assim, importa recorrer à Diretiva de forma a se aferir se determinada entidade cumpre os requisitos necessários para a aplicação desta isenção de tributação no Estado da fonte.

Em primeiro lugar a Diretiva começa por definir o que entende por «Sociedade de um Estado membro». Assim, considera-se que determinada sociedade pertence a um Estado-Membro se: (i) assumir uma das formas enunciadas no anexo à Diretiva; e (ii) esteja sujeita a um dos impostos enumerados no art.º 3.º, al. a) – iii) da Diretiva juros e *royalties* sem beneficiar de qualquer isenção.

Em segundo lugar é definido como «sociedade associada» aquela que cumpra pelo menos uma das seguintes condições: (i) tenha uma participação direta de pelo menos 25% no capital da outra sociedade; ou (ii) a outra sociedade tenha uma participação direta de pelo menos 25% no seu capital; ou (iii) uma terceira entidade tenha uma participação direta de pelo menos 25% no capital de ambas as sociedades.

Adicionalmente, os EM podem aplicar disposições, de acordo com o n.º 10 do art.º 1.º, em que o regime apenas é aplicável se as participações forem detidas por um período de pelo menos dois anos. Para este efeito, a Diretiva estabelece que o EM que isenta a tributação pode solicitar um certificado de residência fiscal da entidade beneficiária efetiva destes rendimentos de forma a aferir que cumpre todos os requisitos. Caso estejam todos os requisitos cumpridos menos o requisito temporal de detenção das participações, o Estado da fonte tem direito a reter na fonte imposto, no entanto, caso se venha a verificar o cumprimento do requisito temporal a entidade

pagadora pode solicitar o reembolso do imposto retido na fonte, de acordo com os n.º 14 e 15 do art.º 1.º da Diretiva juros e *royalties*.

Cumpridos os requisitos do regime, é aplicada uma isenção de tributação no Estado da fonte aos juros e *royalties*, no entanto, este regime não é aplicável aos rendimentos descritos no art.º 4.º da Diretiva juros e *royalties*.

Tendo aplicação prática a partir de 1 de janeiro de 2004¹⁰⁰, também nesta Diretiva foram estabelecidos diversos regimes transitórios para alguns EM.

No caso da Grécia e de Portugal, por motivos orçamentais presentes no §7 dos considerandos da Diretiva, foi estabelecido um regime transitório de oito anos em que nos primeiros quatro anos de aplicação da Diretiva não poderiam aplicar uma retenção na fonte superior a 10% e nos quatro anos seguintes não poderiam aplicar uma retenção na fonte superior a 5%. A Lituânia e a Eslováquia também tiveram regimes transitórios idênticos, mas apenas de 6 e 2 anos respetivamente. Quanto à Espanha e à República Checa tiveram direito a um regime transitório de 6 anos em que a retenção na fonte não poderia ser superior a 10%.

Relativamente à relação entre os esquemas de *treaty shopping* e a Diretiva juros e *royalties* podemos verificar que a conclusão é a mesma que retirámos a respeito da Diretiva da poupança, isto é, o facto de se eliminar a tributação no Estado da fonte relativa ao pagamento de juros e *royalties* cria oportunidades para a deslocalização de rendimentos para EM que privilegiem a obtenção de rendimentos por estas vias, o que conjugado com uma rede convencional desenvolvida cria situações de erosão da base tributável e que tem como principal consequência a saída de divisas da UE. Apesar deste problema, na nossa opinião, a conversão do mercado único é essencial pelo que todas as barreiras que existam entre transações de sociedades dos diversos EM devem de ser eliminadas, no entanto, devem ser criadas disposições que permitam proteger as bases tributáveis dos EM contra a deslocalização deste tipo de rendimentos para países terceiros.

Para terminar, a Diretiva mães e filhas tem por objetivo o estabelecimento de uma isenção de retenção na fonte referente à distribuição de resultados das sociedades afiliadas às suas sociedades mãe. A presente Diretiva foi transposta para o normativo interno português pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2013), sendo presentemente cumprida pela aplicação do art.º 14.º e 51.º e seguintes do CIRC.

A Diretiva mães e filhas estabelece um regime em que «o Estado-Membro da sociedade-mãe deve abster-se de tributar estes lucros, ou tributa-los autorizando simultaneamente a sociedade-

¹⁰⁰ Embora no caso português o Decreto-Lei n.º 34/2005, de 17 de fevereiro tenha apenas entrado em vigor a 1 de julho de 2005.

mãe a deduzir do montante do imposto devido a fracção do imposto sobre as sociedades pagar pela sociedade afiliada sobre esses lucros» (§7 dos considerandos e art.º 4.º da Diretiva mães e filhas).

Assim, é reconhecida a qualidade de sociedade mãe a uma sociedade de um EM de acordo com as mesmas regras estabelecidas para esta definição pela Diretiva juros e *royalties* e que detenha uma participação de pelo menos 10% do capital da sociedade sua afiliada, nos termos do n.º 1 do art.º 3.º da Diretiva mães e filhas. Como derrogação desta definição de sociedade mãe, os EM, de acordo com o n.º 2 do art.º 3.º da Diretiva mães e filhas, podem estabelecer um prazo mínimo de detenção ininterrupto de dois anos.

Tal como as outras duas Diretivas já analisadas, a Diretiva mães e filhas também possui algumas fragilidades no que respeita a esquemas de *treaty shopping*. Embora seja a única que preveja uma cláusula de exclusão de regime para montagens criadas com o único objetivo de obter a vantagem fiscal da isenção da retenção na fonte na distribuição de lucros a não ser que sejam postas em prática por razões económicas válidas, ao não prever especificamente o que se entende por razões económicas válidas permite que os mais diversos enquadramentos possam ser efetuados. Assim, o combate a este tipo de montagens passará pelos sistemas de controlo interno de cada EM que, a nosso ver, terão sempre menos recursos disponíveis para a investigação e combate destes casos comparativamente com os recursos aplicados pelas entidades que têm como objetivo a utilização, ainda que abusiva, do regime de isenção de retenção na fonte.

Concluindo a análise das Diretivas que compõem este pacote fiscal, podemos referir que, embora um dos principais objetivos seja o desenvolvimento do mercado único através da abolição de barreiras existentes no que respeita à tributação de operações transfronteiriças, a aplicação das mesmas peca por não obrigarem os EM, independentemente das suas diferenças quanto a temas sensíveis, a trocarem efetivamente informações e a disporem de sistemas de controlo a nível europeu que permitam uma correta aplicação das disposições analisadas sem que estas sejam utilizadas com o propósito da deslocalização de rendimentos para zonas de baixa tributação dentro da UE e, posteriormente, transferidos para países terceiros.

3.3.3. Pacote Anti Elisão Fiscal

Após a definição das medidas anteriormente analisadas que tinham como objetivo uma sã concorrência fiscal entre os EM e a eliminação de distorções criadas pela conjugação dos diversos sistemas fiscais as instituições europeias constataram que ainda existiam muitas

situações em que a atuação dos EM poderia melhorar para combater situações de evasão e fraudes fiscais.

Com efeito, após o convite efetuado pelo Conselho Europeu, a Comissão publicou a COM(2012) 351 final de 27/6/2012 dirigida ao Parlamento Europeu e ao Conselho «sobre os meios concretos para reforçar a luta contra a fraude fiscal e a evasão fiscal, incluindo em relação a países terceiros». Nesta Comunicação, a Comissão conclui que a «fraude e a evasão fiscais limitam a capacidade de os Estados-Membros aumentarem as suas receitas e porem em prática a sua política económica» (COM(2012) 351, 2012:2) chegando à conclusão que este fenómeno atinja cerca de 19% do Produto Interno Bruto (PIB) da UE. Assim, considerando que os contribuintes cumpridores não devem suportar os custos fiscais inerentes à perda de receitas decorrentes da fraude e evasões fiscais, a Comissão considera que este problema deve ser abordado de acordo com os três níveis seguintes:

- 1) Melhoria da cobrança de impostos em cada EM;
- 2) Reforço da cooperação transfronteiriça entre as administrações fiscais;
- 3) Definição de uma política clara e coerente em relação aos países terceiros.

Tendo como premissa estes três níveis de abordagem, a Comissão comprometeu-se a apresentar até ao final de 2012 um plano de ação que tivesse como objetivo a abordagem às questões dos paraísos fiscais e o planeamento fiscal agressivo.

A apresentação deste plano de ação foi efetuada pela COM(2012) 722 final de 6/12/2012. As ações propostas pela Comissão integram-se essencialmente em ações de revisão a Diretivas já existentes dotando-as de normas anti abuso que permita que o seu objetivo seja devidamente alcançado e medidas de capacitação das administrações fiscais dos meios de combate à fraude e evasão fiscais bem como o aumento da cooperação entre EM, essencialmente, através da reformulação das normas de troca de informações e dos sistemas que as suportam.

No entanto, é de destacar o efeito que estas Comunicações tiveram no seio da UE. Estas, em conjunto com os desenvolvimentos trazidos no âmbito do Relatório BEPS, fizeram com que as instituições europeias reagissem ao fenómeno da erosão das bases tributárias de uma forma que se prevê exemplar e que vai exigir algumas alterações aos normativos internos de cada EM.

Em janeiro de 2016 a Comissão Europeia apresentou um pacote de medidas contra a elisão fiscal, o Pacote Anti Elisão Fiscal (*Tax Avoidance Package*). Este pacote tem como premissa o facto de todas as empresas terem de pagar impostos onde os seus rendimentos são efetivamente

gerados. Desta forma podemos concluir que os princípios subjacentes a este pacote, de acordo com o comunicado de imprensa da Comissão Europeia, são:

- a) Adoção de medidas contra a fraude e evasão fiscais;
- b) Incentivar os EM a reforçarem as suas CDT;
- c) Promoção de uma tributação mais justa em todo o mundo; e
- d) Promover uma revolução em termos de transparência ao nível da tributação.

O Pacote Anti Elisão Fiscal encontra-se previsto na Comunicação da Comissão de 28/01/2016 (COM(2016) 23 final) onde se conclui que é necessário dotar os sistemas fiscais dos EM de medidas que permitam o correto funcionamento do mercado único garantindo simultaneamente um efetivo combate ao planeamento fiscal agressivo.

Desde logo a Comissão afirma que «[u]ma ação unilateral dos Estados-Membros não permite resolver adequadamente o problema do planeamento fiscal agressivo e pode criar problemas» (COM(2016) 23, 2016:3). Assim, os Estados-Membros são divididos em dois grupos, aqueles que procuram agir e os que o receiam por desvantagens comerciais. Desta forma, a Comissão afirma que na falta de aprovação da Diretiva relativa à matéria comum consolidada do imposto sobre as sociedades¹⁰¹, este plano de ação «delineou outras ações destinadas a garantir a tributação eficaz no local onde são gerados os lucros, criar um melhor enquadramento fiscal para as empresas, desenvolver a transparência fiscal e reforçar os instrumentos de coordenação da UE» (COM(2016) 23, 2016:4). Assim, enquanto não é aprovada a Diretiva relativa à matéria comum consolidada a Comissão apresentou um pacote de medidas para o combate à elisão fiscal composto pelos seguintes instrumentos:

- a) Proposta de Diretiva anti elisão fiscal – o documento tem como objetivo o combate ao planeamento fiscal agressivo;
- b) Recomendação relativa a questões em matéria de convenções fiscais – na impossibilidade da adoção de uma Diretiva para o efeito a Comissão apresenta uma recomendação aos EM de acordo com as conclusões do Relatório BEPS nesta matéria;
- c) Revisão da Diretiva relativa à cooperação administrativa; e

¹⁰¹ A Diretiva relativa à matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades foi proposta através da Comunicação COM(2011) 121 final e à data de elaboração deste estudo encontra-se em análise a sua adoção após o Conselho ter apresentado um parecer modificativo da mesma. Entende-se a importância desta temática para a UE, pois se por um lado todos os sistemas fiscais passariam a funcionar com base nos mesmos pressupostos, por outro os Estados-Membros não se encontram preparados para abdicar das suas competências em matéria de tributação direta.

d) Comunicação sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva.

No que respeita à proposta de Diretiva anti elisão fiscal, a Comunicação COM(2016) 26 final de 28/01/2016 apresentou a proposta de Diretiva que viria a ser publicada pela Diretiva (UE) 2016/1164. Tendo como principal objetivo, de acordo com o parágrafo 16 dos considerandos, «melhorar a resiliência do mercado interno no seu conjunto contra as práticas de elisão fiscal transfronteiras» é afirmado que tal pretensão não deve ser alcançada individualmente por cada EM, pelo que, «a presente diretiva apenas visa alcançar o grau mínimo essencial de coordenação no interior da União a fim de concretizar os seus objetivos».

Assim, de acordo com a COM(2016) 26 final, os regimes presentes na Diretiva anti elisão fiscal «dizem respeito a situações em que os contribuintes agem contra o verdadeiro objetivo da lei, tirando partido das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais, a fim de reduzir a sua fatura fiscal». Tendo sido definidos inicialmente seis domínios de atuação da Diretiva¹⁰², apenas cinco foram mencionados aquando da sua publicação, a saber:

- a) Limitação à dedutibilidade dos juros;
- b) Tributação à saída;
- c) Regra geral anti abuso;
- d) Regras relativas às sociedades estrangeiras controladas; e
- e) Regras para combater as assimetrias híbridas.

Relativamente à limitação à dedutibilidade – medida anti abuso presente no CIRC no seu art.º 67.º - é estabelecido no § 6 dos considerandos da Diretiva que esta medida «é necessária para desencorajar essas práticas limitando a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos por parte dos contribuintes». Desta forma-se recorreu-se a um rácio de 30% do EBITDA (*Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortization*) e, adicionalmente, à inclusão de um teto máximo de dedução de até 3 Milhões de Euros. No entanto, é estabelecido que esta regra só deverá ser aplicável aos empréstimos celebrados após e às alterações ocorridas em contratos de empréstimo posteriores a 17 de junho de 2016. Também é estabelecido um regime de reporte das deduções de juros nos casos em que o limite dos 3 Milhões de Euros não ser atingido em determinado ano pode ser reportado a exercícios posteriores, ficando a determinação do período de dedutibilidade a cargo dos EM.

¹⁰² Aos domínios de atuação mencionados era adicionada a definição de uma cláusula de *switch-over* que previa a tributação efetiva de rendimentos obtidos no estrangeiro e recebidos sobre a forma de dividendos quando a sociedade que os distribuiu estivesse sujeita a imposto sobre o rendimento a uma taxa inferior a 40% da taxa normalmente no EM da sociedade que recebeu os dividendos.

As regras de tributação à saída, de acordo com o § 10 dos considerandos da Diretiva, visam garantir uma tributação efetiva nos casos de alteração da residência motivada por questões fiscais permitindo ao Estado da residência tributar «o valor económico de quaisquer mais-valias geradas no seu território, mesmo que essas ainda não tenham sido realizadas no momento da saída». Adicionalmente, foi incluída a possibilidade de os contribuintes procederem ao diferimento do pagamento ao longo de cinco anos, de acordo com o art.º 5.º) podendo o EM exigir a prestação de uma garantia nos casos em que se verifique um risco real de não cobrança. Quanto à presunção do valor de realização, cabe ao novo EM da residência a aceitação do mesmo desde que considere que o EM de residência inicial procedeu à sua definição através de um valor de mercado.

Quanto à regra geral anti abuso – que já se encontra prevista no n.º 2 do art.º 38.º da LGT – de acordo com o § 11 dos considerandos da Diretiva, esta tem «a função de colmatar lacunas, o que não deverá prejudicar a aplicabilidade de regras antiabuso específicas». Assim, esta medida, de acordo com o art.º 6.º, tem por objetivo o combate a montagens ou séries de montagens estabelecidas com o único propósito, ou como um dos principais propósitos, a obtenção de vantagens fiscais através de operações que não refletem razões económicas válidas.

As regras relativas às sociedades estrangeiras controladas estabelecem um regime de transparência fiscal internacional quando uma sociedade mãe estabelecida num EM da UE detenha uma filial localizada numa zona de baixa tributação. Assim, os lucros obtidos por esta filial são imputáveis à sua sociedade mãe e tributados no EM onde esta é considerada residente para efeitos fiscais. Aquando da transposição destas regras, de acordo com o § 12 dos considerandos da Diretiva, os EM devem garantir o cumprimento das quatro liberdades fundamentais da UE e procederem à utilização de listas de países terceiros compiladas com bases nos critérios estabelecidos na Diretiva. Nestes termos, o art.º 7.º estabelece que se deve considerar sob este regime as sociedades que cumpram os seguintes objetivos:

- A sociedade é detida, direta ou indiretamente, em mais de 50% pela sociedade mãe; e
- O imposto efetivamente pago é inferior à diferença entre o imposto que teria sido cobrado no EM da sociedade mãe e aquele que foi pago sobre os seus lucros.

Tendo como principal alvo os rendimentos não distribuídos resultantes de montagens que não tenham objetivos económicos válidos, os EM podem excluir do âmbito de aplicação desta medida as entidades com lucros contabilísticos inferiores a 750.000 Euros.

Por último, as assimetrias híbridas resultam de diferenças de qualificação de pagamentos aquando da interação entre duas geografias distintas. Este fenómeno gera uma dupla dedução pelo que, de acordo com o § 13 dos considerandos da Diretiva «as medidas destinadas a combater as assimetrias híbridas visam combater situações de assimetria imputáveis a diferenças na qualificação jurídica de um instrumento financeiro ou de uma entidade e não se destinam a afetar as características gerais do sistema fiscal de um Estado-Membro». Com efeito, o art.º 9.º estabelece que: se uma assimetria híbrida resultar numa dupla dedução, esta apenas será aceite no EM de origem do pagamento; e se uma assimetria híbrida resultar numa dedução sem inclusão, o EM do pagador deverá recusar a dedução desse pagamento.

Considerando todas as medidas presentes nesta Diretiva foi estabelecido como data limite da transposição das mesmas o dia 31 de dezembro de 2018, no entanto, para as questões de tributação à saída este prazo é até 31 de dezembro de 2019. No caso português, a transposição das medidas presentes na Diretiva anti elisão fiscal não deverá trazer problemas de maior uma vez que já temos no nosso normativo interno a grande maioria das medidas apresentadas, sendo apenas necessário efetuar pequenos ajustes no que se mostre necessário.

No que respeita à recomendação relativa a questões em matéria de convenções fiscais, Recomendação (UE) 2016/136 de 28 de janeiro de 2016, a Comissão considera que quando um Estado celebra uma CDT o que está a celebrar é um acordo de repartição dos direitos de tributação entre si pelo que, de acordo com o parágrafo 1 da referida Recomendação,

[a]s convenções fiscais não devem criar oportunidades de isenção ou de redução da tributação através da dupla tributação internacional (*treaty shopping*) ou de outras estratégias abusivas que apenas prejudicam os objetivos de tais convenções e as receitas fiscais dos Estados contratantes.

Assim, no seguimento das conclusões retiradas dos relatórios finais das Ações 6 e 7 do Relatório BEPS, a Comissão concorda na inclusão das medidas propostas pelos menos, ou seja: a clarificação de que as convenções fiscais não se destinam a criar oportunidades de dupla tributação; e da inclusão de uma regra geral anti abuso baseada no princípio da avaliação do objetivo principal (*principal purpose test* – PPT). No entanto, de acordo com o § 6 dos considerandos da Recomendação, é fundamental que as medidas «estejam em consonância com as normas acordadas em toda a União, de forma a garantir segurança jurídica, tantos para os contribuintes como para as administrações fiscais».

Com efeito, no que respeita à inclusão da regra geral baseada no princípio da avaliação do objetivo principal, a Comissão recomenda que se altere a disposição proposta pelos Relatórios

finais das ações do BEPS incluindo uma salvaguarda de que as CDT serão aplicadas se o sujeito passivo comprovar que a operação em causa resulta de uma verdadeira atividade económica ou que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e finalidade da CDT. Quanto às questões de definição de estabelecimento estável, a Comissão recomenda que os EM adotem a definição que resulta dos relatórios finais das ações do BEPS.

A revisão da Diretiva relativa à cooperação administrativa, COM(2016) 25 final, passa pela inclusão do *Country-by-Country Reporting*, resultante do relatório da ação 13 do Relatório BEPS. Sendo uma medida que tem impacto em vários EM, uma vez que consiste na divulgação de informações pelas empresas multinacionais, que permite efetuar a ligação entre os locais onde os rendimentos são gerados e onde são efetivamente tributados. Assim, estas informações permitem aos EM aferirem sobre a necessidade de se estabelecerem medidas que permitam que os rendimentos sejam tributados nas jurisdições onde são gerados. Adicionalmente é estabelecido um regime de troca de informações automática, sem pedido prévio, entre o EM onde se encontra localizada a empresa mãe e os EM onde se encontram localizadas as sociedades incluídas no grupo cujas informações foram reportadas pela empresa mãe.

De acordo com o art.º 8.º-AA que estabelece esta nova obrigação declarativa é definido o prazo de entrega desta informação, 12 meses após o termo do exercício fiscal, e são estabelecidas as informações a reportar, a saber: (i) informação de cada empresa incluída no grupo; e (ii) montante de receitas, os lucros ou perdas antes da incidência do imposto sobre o rendimento, o imposto sobre o rendimento pago, o imposto sobre o rendimento diferido, o capital, os ganhos acumulados, o número de colaboradores e os ativos corpóreos. Adicionalmente, no anexo III da proposta de alteração à Diretiva é estabelecido que se encontram excluídos do cumprimento os grupos com um total de receitas inferior a 750 Milhões de Euros.

Tendo como objetivo incentivar os grupos multinacionais a pagarem os impostos que lhes corresponder no país em que são gerados através do aumento da transparência, de acordo com a COM(2016) 25 final, no caso português esta obrigação declarativa encontra-se prevista no art.º 121.º-A do CIRC e segue de perto todas as indicações que se encontram presentes nesta proposta de alteração à Diretiva relativa à cooperação administrativa.

Para terminar, no que respeita à Comunicação sobre a estratégia externa para uma tributação efetiva, COM(2016) 24 final, a Comissão propõe que se reanalise as disposições relativas à boa governação fiscal da UE. Esta revisão das disposições de boa governação fiscal passaria pelo alargamento das disposições do Código de Conduta aos acordos celebrados entre os EM

e países terceiros. Com efeito, podemos resumir as medidas propostas por esta Comunicação da seguinte forma:

a) Reexaminar os critérios de boa governação da UE

Relativamente a este ponto, são estabelecidas novas normas de boa governação em matéria fiscal e que passam por questões de intercâmbio de informação, tanto a pedido como automáticas; pelo estabelecimento de um nível mínimo de tributação de forma a promover uma concorrência leal em matéria fiscal; e a adoção das normas que resultarem do Relatório BEPS.

b) Reforçar a cooperação em matéria de boa governação fiscal através de acordos com os países terceiros

É atualizada a norma em matéria de boa governação fiscal a incluir nos acordos com países terceiros que deve ser incluída em todos os acordos pertinentes celebrados entre os EM da UE e países terceiros. Esta norma apela ao cumprimento dos critérios de boa governação fiscal da UE bem como a outras normas deste tipo que venham a ser criadas e apoiadas pela UE.

c) Ajudar os países em desenvolvimento a cumprirem as normas em matéria de boa governação fiscal

No que respeita a este ponto a UE considera que «[a]judar os países em desenvolvimento a melhorar os seus sistemas de tributação e a aumentar os seus recursos nacionais é essencial para o crescimento inclusivo, a erradicação da pobreza e o desenvolvimento sustentável» (COM(2016) 24 final, 2016:8). Com a realização deste ponto a UE consegue que países terceiros cumpram os seus *standards* e garante que existe uma efetiva troca de informações de forma a combater eficazmente a fraude e evasões fiscais.

d) Criação de um processo a nível da UE para a avaliação e a elaboração de listas de países terceiros

A Comissão constatou que diversos EM possuem listas de países terceiros que consideram como não cooperantes ou como jurisdições de tributação privilegiada – como é o caso de Portugal. Assim, de forma a evitar uma aplicação desajustada das mesmas, a Comissão propôs a criação de uma lista a nível europeu.

Para tal o processo de avaliação passaria, numa primeira fase, por a avaliação de indicadores objetivos de forma a determinar o impacto potencial das jurisdições nas bases tributáveis dos EM. Numa segunda fase, as jurisdições seriam analisadas pelo Grupo do Código de Conduta de forma a averiguar sobre o correto cumprimento das normas de boa governação fiscal. A terceira,

e última fase, passaria pela adoção de medidas pelos EM sob recomendação da Comissão nesse sentido.

Sendo a inclusão nesta lista uma medida de último recurso para as jurisdições não cooperantes, aquando da sua inclusão seriam estabelecidas as condições para que determinada jurisdição deixe de constar da lista. Após serem incluídas na lista europeia, todos os EM devem de adotar medidas em relação a essa jurisdição. Tais medidas promovidas pela lista europeia seriam complementares às medidas constantes da Diretiva anti elisão fiscal.

Quanto ao trabalho desenvolvido pela EU, podemos desde logo concluir que, desde sempre a problemática da erosão da base tributável foi um dos principais problemas a tratar. Numa zona de integração económica a problemática da erosão das bases tributáveis e consequente abuso das CDT celebradas é uma matéria muito delicada pois afeta diretamente o investimento de que a zona necessita. Assim, é de louvar os desenvolvimentos alcançados a nível europeu tanto no que respeita à abolição de barreiras ao nível da tributação de operações transfronteiriças como na adoção de novas medidas de combate à fraude e evasão fiscais que decorrem das conclusões do Relatório BEPS. Podemos mesmo referir que a UE quer ser identificada como um *case-study* na aplicação do BEPS uma vez que se encontra a trabalhar para que todas as medidas daí decorrentes sejam devidamente aplicadas a todos os seus EM.

IV. Cláusulas anti abuso em Portugal

Como já referimos, Portugal não possui nenhuma cláusula no seu normativo interno que tenha como principal objetivo o combate a esquemas de *treaty shopping*, até porque a existência de uma tal cláusula violaria o princípio do *pacta sunt servanta* presente na Convenção de Viena.

No entanto, não devemos menosprezar o regime anti elisivo adotado por Portugal no seu sistema fiscal, aliás, como refere Courinha (2009:3), à data Portugal já detinha mais de meia centena de disposições anti abuso, pelo que, é de ressaltar que o legislador se encontra especialmente atento a estas questões tendo optado, a bem ou a mal, pela adoção em larga medida deste tipo de cláusulas para evitar ser mal interpretado e que o efeito disso tivesse como corolário a ineficácia das disposições normativas.

De acordo com Palma (2014:13) «[e]m Portugal foi sobretudo a partir da década de 90 que foram sendo sucessivamente introduzidas medidas no âmbito dos impostos sobre o rendimento [...] tendo como alvo operações realizadas com entidades localizadas em países, territórios ou regiões qualificadas como “paraísos fiscais”». Esta alteração foi de tal forma visível que é no início dos anos 90 que Portugal passa a dispor de um novo normativo em sede de tributação dos rendimentos das pessoas coletivas e assiste-se a um alargamento da rede convencional de Portugal.

Assim, é de fácil constatação que foi nos anos 90 que o legislador se apercebeu que teria de tomar medidas para o fenómeno da elisão fiscal de forma a que o sistema fiscal português não fosse afetado. No entanto, concordamos com Courinha (2009:207) quando refere que

[o] recuso às normas especiais anti-abuso deve ser evitado na medida do possível, por razões de política e técnica legislativa, não só por apenas produzirem resultado *a posteriori*, como pelo facto de obscurecerem, não raras vezes, a efectiva vontade do legislador e os princípios subjacentes a cada código e sector de tributação e, finalmente, apontarem ao contribuinte novos caminhos elisivos.

Apesar de concordarmos com esta posição, uma vez que existem demasiadas disposições específicas anti abuso o que nos leva a concluir que à partida os sujeitos passivos têm intenção de abusar da lei, temos de afirmar que a previsão deste tipo de normas é necessária para combater os fenómenos de elisão a que estamos a assistir. Aliás, a previsão deste tipo de normativos é tão necessária que até é incentivada pela OCDE e pela UE.

Tendo como objetivo evitar a erosão das receitas fiscais, as cláusulas anti abuso «têm em vista desconsiderar para efeitos fiscais práticas abusivas» (Pereira, 2011:448-449). Ou de outra forma, de acordo com Sanches (2000:28-29),

[o] que estas normas procuram evitar é a vantagem fiscal de um comportamento em que se põe em causa a totalidade do ordenamento jurídico-tributário como sistema de partilha de encargos tributários, exigindo por isso que o aplicador da lei considere os princípios estruturantes do sistema de onde deve ser extraída uma intenção inequívoca de tributação daquela particular situação ainda que tal intenção não encontre uma expressão correspondente na formulação da lei.

De entre o universo do normativo anti abuso existente em Portugal, podemos distinguir as cláusulas especiais anti abuso, presentes essencialmente no CIRC, e a cláusula geral anti abuso, ou seja, de acordo com Pereira (2011:449) «[a]s medias anti-abuso podem ser gerais ou especiais, conforme têm um carácter transversal a todo o sistema fiscal ou se apliquem apenas a certas situações específicas». Estas medidas anti abuso serão objeto do nosso estudo daqui em diante.

4.1. Cláusula Geral anti abuso

A Cláusula Geral Anti Abuso (CGAA) foi introduzida no normativo português pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 1999) constando, à data, no art.º 32.º-A do Código de Processo Tributário. Após várias alterações, foi com a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro (Reforma Fiscal de 2000) que passou a constar do n.º 2 do art.º 38.º da LGT¹⁰³.

Tendo como objetivo o combate à elisão fiscal, a CGAA é, de acordo com Courinha (2009:15), «a única resposta dinâmica existente no Sistema Fiscal Português». No entanto, tal disposição não é aplicável às situações internacionais uma vez que se estaria a desrespeitar o princípio do *pacta sunt servanda* presente na Convenção de Viena e a que Courinha (2009:205) refere que tal aplicação a situações internacionais «se traduziria numa inultrapassável variação das interpretações das normas internacionais dos Tratados».

Para explicar a atuação da CGAA Courinha (2009) recorre à utilização de três teorias: teoria do abuso de direito subjetivo; fraude à lei; e abuso de formas ou configurações jurídicas. Não sendo

¹⁰³ O n.º 2 do art.º 38.º da LGT dispõe que «[s]ão ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas».

nosso objetivo a análise aprofundada das teorias explicativas da CGAA vamos remeter-nos a pequenos comentários.

De acordo com Courinha (2009: 130), no que respeita à teoria do abuso de direito subjetivo, «a CGAA não pretende pôr em causa a validade civil dos actos a ela sujeitos [...], mas tão só assegurar a ineficácia fiscal dos negócios elisivos praticados». Ou seja, o autor não concorda com a ligação do art.º 334.º do Código Civil à CGAA, isto porque aquela disposição atua com a anulação total do negócio eliminando o contrato civil que dele decorre, enquanto a CGAA não procede à anulação em termos civis do negócio, ou seja, a atuação da CGAA remete-se unicamente aos efeitos fiscais de um determinado negócio e os efeitos civis continuam a perdurar.

Relativamente à fraude à Lei, Courinha (2009:136) refere que a CGAA «foi introduzida com vista a enfrentar casos idênticos, mas em Fraude à Lei Fiscal». Concluindo que «a Fraude à Lei no domínio dos impostos advém da substituição de factos tributários por outros factos que, desempenhando embora a mesma função, não se reconduzem à previsão legal da norma impositiva» (Courinha, 2009:136). A aplicação desta teoria encontra-se intimamente ligada com o *modus operandi* desta cláusula que iremos analisar mais adiante.

Quanto à teoria do abuso de forma ou configurações jurídicas, a CGAA também se enquadra perfeitamente ao estabelecer que se encontram abrangidos os negócios celebrados com recurso a abuso de formas jurídicas. Assim, podemos concluir que a CGAA está intimamente ligada à teoria da fraude à lei e do abuso de forma ou configurações jurídicas.

Considerando o já exposto sobre a CGAA, estamos em condições de analisar o seu funcionamento. Desde já, é de referir que por ser uma cláusula de âmbito geral se encontra inserida num procedimento tributário específico de acordo com o art.º 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT). Adicionalmente, seguindo o exposto por Courinha (2009:165) podemos identificar cinco elementos que compõem a CGAA e que afetam diretamente a sua atuação, a saber: meio; resultado; intelectual; normativo; e sancionatório.

O elemento meio corresponde «à via escolhida pelo contribuinte para obter o desejado ganho ou vantagem fiscal» (Courinha, 2009:165), ou seja, o contribuinte terá de atuar, de acordo com a CGAA, «por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso de formas jurídicas».

O elemento resultado corresponde à vantagem fiscal obtida, sendo que a CGAA identifica como resultado a «redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos», ou seja, tenha existido poupança fiscal. Assim, de acordo com Courinha (2009:176) «[n]este *elemento resultado*, importa

demonstrar que o sujeito logrou, pelos seus actos [...], a verificação de uma certa vantagem fiscal e a equivalência dos efeitos económicos com aqueles do acto normal tributado».

O elemento intelectual é identificado por Courinha (2009:181) como «*probatio diabólica*». Isto porque para além de ser o elemento caracterizador das cláusulas gerais, é obrigação da AT a sua argumentação, isto é, a prova de que foi intenção do contribuinte atingir determinado resultado tal como consta na CGAA «os atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos». Ora, «[e]xige-se [...] que as escolhas e formas adoptadas pelo contribuinte sejam fiscalmente dirigidas (*tax driven*), e que aquele (resultado fiscal) prevaleça sobre este (resultado não fiscal)» (Courinha, 2009:179). Tal exigência apresenta-se como inexecutável por parte da AT, uma vez que provar que o contribuinte teve intenção da obtenção da vantagem fiscal é muito complicado e que, ao não ser bem fundamentado, pode acabar com o procedimento de aplicação da CGAA.

O elemento normativo é o de mais difícil identificação na letra da CGAA tal como menciona Courinha (2009:186), tendo como objetivo «distinguir os casos de elisão fiscal dos casos de poupança fiscal legítima» (Courinha, 2009:211). Ou seja, o que importa ser apurado no elemento normativo é se a disposição utilizada pelo contribuinte para a obtenção da vantagem fiscal resulta de uma poupança fiscal legítima, em que o legislador tem a intenção de a criar, ou se resulta de uma situação que não se enquadra com o espírito da Lei em que o legislador não tinha intenção de criar tal situação. Deste elemento conseguimos retirar a importância da interpretação de lei fiscal, ou seja, para a manutenção da segurança jurídica dos contribuintes é necessário que as leis sejam o mais claras e explícitas possível.

Por último, o elemento sancionatório é aquele que resulta da aplicação da própria CGAA, ou seja, a ineficácia fiscal dos negócios celebrados. No que respeita a este elemento é de ressaltar, novamente, que a CGAA apenas dispõe para efeitos fiscais, pelo que, os negócios celebrados continuam a ter efeitos em termos civis.

Deste modo, de acordo com Palma (2015:143), para a aplicação da CGAA é necessário estarem cumpridos cumulativamente:

- (i) se recorra a uma configuração jurídica “inabitual”, modelada de forma artificiosa ou fraudulenta e com abuso das formas jurídicas;
- (ii) se obtenha o mesmo resultado económico que seria alcançado caso se utilizasse a configuração jurídica normal prevista na lei fiscal;
- (iii) a configuração jurídica “inabitual” seja utilizada com o fim, exclusivo ou predominante, de eliminar ou diminuir o imposto ou de obter vantagens fiscais.

Tal como referido, o procedimento de aplicação da CGAA está previsto no art.º 63.º do CPPT. Relativamente à aplicação deste normativo, decorre da letra da lei que apenas se aplica às

situações de aplicação da CGAA, de acordo com a última alteração promovida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro¹⁰⁴, sendo tal entendimento confirmado pela aplicação do Despacho de 2004-01-17 Processo: 771/2002 e do Despacho de 2012-03-13 Processo: 2890/2007¹⁰⁵.

De acordo com estabelecido neste normativo, a fundamentação da aplicação da CGAA terá de conter obrigatoriamente:

- a) Descrição do negócio e dos negócios com idêntico fim económico, bem como da indicação das normas de incidência que se lhes aplicam;
- b) Demonstração de que a celebração do negócio foi dirigida à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos.

A aplicação da CGAA está dependente da audição prévia do contribuinte, que deverá ser efetuada no prazo de 30 dias após a notificação e em que poderá juntar qualquer documento que seja pertinente, de acordo com os n.º 4 a 6 do art.º 63.º do CPPT. Adicionalmente, o procedimento não poderá ser instaurado se o contribuinte tiver solicitado uma informação vinculativa sobre os factos e a AT não proceder à resposta no prazo de 150 dias, apesar disto, o procedimento só poderá ser instaurado após a audição prévia e pelo dirigente máximo do serviço, de acordo com os n.º 7 e 8 do art.º 63.º do CPPT.

Tal como é de fácil constatação, quer a CGAA, quer as normas específicas anti abuso têm o mesmo objetivo, ou seja, «ambas visam transações reais [...], levadas a cabo, com maior ou menor artifício, por razões fundamentais de economia fiscal, e que são postas em causa nos seus efeitos fiscais, relativamente aos termos que se encontravam previstos pelas partes» (Courinha, 2009:91).

No entanto, apesar de terem o mesmo objetivo, elas diferem no modo de reação, pois a CGAA tem um modo de atuação dinâmico abrangendo todos os negócios jurídicos estruturados com o fim de obtenção de vantagens fiscais, pelo que, à partida não se encontram pré-estabelecidos. Já as normas específicas anti abuso são rígidas no seu modo de funcionamento sendo apenas aplicáveis às situações tipificadas (Courinha, 2009:95).

Assim, no que respeita à aplicação destes dois tipos normativo há que dar prioridade de aplicação às normas específicas, sendo a CGAA apenas aplicável quando o âmbito de aplicação das primeiras não se verifique, ou seja, tal como Courinha (2009:110) refere

¹⁰⁴ Anteriormente à entrada em vigor desta Lei, o procedimento previsto no art.º 63.º do CPPT era também aplicável ao disposto no n.º 10 do art.º 73.º do CIRC relativo ao regime fiscal das fusões e cisões.

¹⁰⁵ A respeito da aplicação do art.º 63.º do CPPT veja-se Morais(2012:227-229).

[a]s normas especiais anti-abuso e a CGAA não podem ser concorrentes relativamente a uma mesma situação de facto. Se uma norma especial anti-abuso afasta, implícita ou expressamente, tal situação do campo da elisão fiscal, [...], não pode a CGAA reconduzi-la a tal área. Mas tal já não sucederá se o escopo da norma especial anti-abusiva não tiver sequer contemplado aquela situação, caso em que a CGAA pode ser susceptível de aplicação.

4.2. Cláusulas específicas anti abuso

Tal como referido por Pereira (2011:452) «[a]s medidas especiais anti-abuso são [...] dirigida a situações ou áreas específicas, sendo, pela sua natureza, mais fáceis de aplicar». Assim, estas medidas são frequentemente classificadas como *sniper approach* (Palma, 2015:137) uma vez que, ao estabelecê-las, o legislador teve a intenção de «combater certos comportamentos específicos, em áreas em que o risco de adopção de práticas abusivas por parte dos sujeitos passivos é elevado» (Machado e Costa, 2012:429-430).

Assim, tal como já mencionado, Portugal dispõe de um verdadeiro arsenal em termos de cláusulas específicas anti abuso. De facto, estamos de acordo com Câmara e Fernandes (2013:506) quando afirmam que «*Portugal's domestic tax law currently features the majority of specific anti-abuse rules common to other jurisdictions*», sendo tal afirmação tão certa que Portugal, mesmo antes de proceder à transposição da Diretiva anti elisão fiscal, já dispõe de normas anti abusivas que seguem os mais recentes entendimentos vindos da OCDE e da UE.

Com base no exposto, o nosso objetivo nesta parte é de abordar as principais cláusulas anti abuso presentes no ordenamento jurídico português.

4.2.1. Preços de transferência

A cláusula específica relativa às disposições em sede de preços de transferência encontra-se prevista no art.º 63.º do CIRC e foi introduzida no normativo português aquando da adoção do IRC pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro. Adicionalmente, esta temática também se encontra regulada pela Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de dezembro.

Entende-se por preços de transferência, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU) (2013:2) «*the pricing of cross-border, intra-firm transactions between related parties*». Desta forma, os preços de transferência dizem respeito «*the setting of prices for transactions between associated enterprises involving the transfer of property or services*» (ONU, 2013:2).

Estando a lógica subjacente às normas de preços de transferência relacionada com a definição de preços em operações entre entidades relacionadas, concordamos com Pereira (2011:457) quando refere «dentro de um grupo empresarial ocorrem transacções [...] que não estão sujeitas à mesma lógica das realizadas no mercado aberto entre empresas independentes» assim, «os preços estabelecidos para essas transacções [...] não têm necessariamente que coincidir com os preços que seriam acordados entre empresas independentes». Adicionalmente, a OCDE nas suas *Guidelines* (2010:31) refere que, «[n]hen associated enterprises transact with each other, their commercial and financial relation may not be directly affected by external market forces in the same way, although associated enterprises often seek to replicate the Dynamics of market forces in their transactions with each others».

Desta forma, é de fácil constatação que o fator imposto pode pesar muito na determinação dos preços praticados entre entidades relacionadas, podendo operar quer através da subfaturação das suas vendas ou de sobrefaturação dos seus custos no caso de uma entidade residente num país de alta tributação.

Assim, é estabelecido pelo n.º 1 do art.º 63.º do CIRC e pelo n.º 1 do art.º 1.º da Portaria n.º 1446-C/2001, o princípio da plena concorrência ou *arm's length principle* para solucionar os problemas fiscais que podem advir de operações entre entidades relacionadas. Tal como refere a OCDE nas suas *Guidelines* (2010:34), «the arm's length principle puts associated and independent enterprises on a more equal footing for tax purposes, it avoids the creation of tax advantages or disadvantages that would otherwise distort the relative competitive positions or either type of entity».

De acordo com o n.º 4 do art.º 63.º do CIRC, considera-se que existem relações especiais, logo entidades relacionadas, nas situações em que uma das sociedades tem o poder de exercer uma influência significativa nas decisões de gestão da outra. Assim, o normativo estabelece que se considera existir relações especiais nas seguintes situações:

- a) Entre uma entidade e os seus detentores de capital quando estes detenham uma participação não inferior a 20% do capital ou direitos de voto;
- b) Entre duas entidades quando os mesmos detentores de capital detenham uma participação não inferior a 20% do capital ou direitos de voto;
- c) Entre uma entidade e os seus órgãos sociais ou outros órgãos de administração;
- d) Entre duas entidades que tenham a maioria de órgãos sociais ou outros órgãos de administração comuns;
- e) Entidades ligadas por contratos de subordinação;
- f) Empresas que se encontrem em relação de domínio nos termos do art.º 486.º do CSC;

- g) Entidades em que uma condicione as decisões de gestão da outra por motivos que não advenham das suas relações comerciais ou profissionais; e
- h) Entre uma entidade residente ou não residente com estabelecimento estável em Portugal e uma entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável constante da Portaria n.º 150/2004.

Quando se esteja perante uma situação de relações especiais, os sujeitos passivos devem adotar, para a determinação dos preços a praticar em operações vinculadas, o método que permita o melhor grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e as operações não vinculadas, de acordo com o n.º 2 do art.º 63.º do CIRC.

É a própria legislação que refere quais os métodos a utilizar para efetuar esta comparação, seguindo de perto o disposto nas *Guidelines* da OCDE. O método a utilizar será, de acordo com o n.º 2 do art.º 4.º da Portaria n.º 1446-C/2001,

aquele que é susceptível de fornecer a melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados numa situação de plena concorrência, devendo ser feita a opção pelo método mais apto a proporcionar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e outras não vinculadas e entre as entidades seleccionadas para a comparação, que conte com melhor qualidade e maior quantidade de informação disponível para a sua adequada justificação e aplicação e que implique o menor número de ajustamentos para efeitos de eliminar as diferenças existentes entre os factos e as situações comparáveis

Desta forma, o art.º 63.º do CIRC e a Portaria n.º 1446-C/2001, estabelecem cinco métodos que podem ser utilizados dando preferência aos três primeiros que são os métodos baseados nas transações em detrimento dos métodos baseados no lucro, a saber¹⁰⁶:

- 1) Método do preço comparável de mercado (*Comparable uncontrolled price method – CUP*) – art.º 6.º da Portaria n.º 1446-C/2001: de acordo com as *Guidelines* da OCDE (2010:63) «[A] *CUP method compares the price charged for property or services transferred in a controlled transaction to the price charged for property or services transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances*». Desta forma caso se verifique uma diferença entre os dois preços existe a possibilidade de não estarem a ser totalmente utilizados os preços de mercado entre as entidades relacionadas¹⁰⁷;

¹⁰⁶ Relativamente aos métodos utilizados para a análise do cumprimento do princípio de plena concorrência veja-se Pereira (2011:470-477) e Albuquerque (2015:182-192).

¹⁰⁷ A respeito do método do preço comparável de mercado veja-se a explicação constante das *Guidelines* da OCDE (2010:63-65) e do Manual de preços de transferência da ONU (2013:196-204).

- 2) Método do preço de revenda minorado (*Resale Price Method – RPM*) – art.º 7.º da Portaria n.º 1446-C/2001: de acordo com a ONU (2013:15) «[t]he Resale Price Method is used to determine the price to be paid by a reseller for a product purchased from an associated enterprise and resold to an independent enterprise». De acordo com este método, o preço de venda numa determinada operação vinculada é analisado de forma a determinar a margem que cumpra o princípio da plena concorrência, ou seja, pretende-se avaliar se o preço praticado cobre os custos administrativos e liberta margem na mesma medida caso não se tratasse de uma operação vinculada, de acordo com o n.º 3 do art.º 7.º da Portaria n.º 1446-C/2001¹⁰⁸;
- 3) Método do custo majorado (*Cost Plus Method – C+ ou CPM*) – art.º 8.º da Portaria n.º 1446-C/2001: neste método a análise do cumprimento do princípio da plena concorrência é efetuada de forma inversa à metodologia adotada no método do preço de revenda minorado. De acordo com a ONU (2013:15), este método «is used to determine the appropriate price to be charged by a supplier of property or services to a related purchaser», ou seja, para a determinação do preço de venda de um bem ou serviço numa operação vinculada é adicionada ao custo incorrido para a produção desse bem ou serviço, uma margem comparável com a aplicada caso se tratasse de uma operação não vinculada¹⁰⁹;
- 4) Método do fracionamento do lucro (*Transactional profit split method*) – art.º 9.º da Portaria n.º 1446-C/2001: de acordo com as *Guidelines* da OCDE (2010:93), este método «seeks to eliminate the effect on profits of special conditions made or imposed in a controlled transaction [...] by determining the division of profits that independent enterprises would have expected to realise from engaging in the transaction». Desta forma, neste método o ponto de partida é o lucro global obtido, sendo posteriormente dividido entre as partes intervenientes de acordo um critério que seria estabelecido entre partes não vinculadas (Pereira, 2011:475)¹¹⁰;
- 5) Método da margem líquida da operação (*Transactional Net Margin Method – TNMM*) – art.º 10.º da Portaria n.º 1446-C/2001: de acordo com a ONU (2013:227) este método compara se a margem obtida em operações comparáveis é idêntica àquela obtida em operações não vinculadas. Assim, conforme estabelecido pelo n.º 1 do art.º 10.º da Portaria n.º 1446-C/2011, este método «baseia-se no cálculo da margem de lucro líquido obtida por um sujeito passivo numa operação ou numa série de operações vinculadas

¹⁰⁸ Sobre o método do preço de revenda minorado veja-se OCDE (2010:65-70) e ONU (2013:204-216).

¹⁰⁹ Quanto ao método do custo majorado veja-se OCDE (2010:70-76) e ONU (2013:216-226).

¹¹⁰ No que respeita ao método do fracionamento do lucro veja-se OCDE (2010:93-105) e ONU (2013:249-257).

tomando como referência a margem de lucro líquido obtida numa operação não vinculada comparável»¹¹¹.

Apesar destes meios comparativos estarem à disposição dos sujeitos passivos, estes podem solicitar à AT a celebração de um acordo prévio em matéria de preços de transferência. Esta possibilidade encontra-se prevista no art.º 138.º do CIRC e permite «que antes da realização das operações, se defina um conjunto de critérios adequados, tendo em vista a determinação do preço de transferência aplicável a essas operações durante um período de tempo» (Campos e Soutelinho, 2013:384). Assim, podemos concluir que a previsão da possibilidade da determinação prévia de acordos em matéria de preços de transferência para as operações muito particulares e com poucas ou nenhuma operações comparáveis resulta «num aumento da segurança jurídica [...], por via da maior previsibilidade das operações e da redução do risco de contenciosos [...] e, conseqüentemente, num incremento da competitividade do sistema fiscal português» (Campos e Soutelinho, 2013:385)¹¹².

Como se pode concluir, quando uma entidade tem operações vinculadas, existe a possibilidade que a formação do preço destas operações possa ser influenciada por motivos fiscais. Por isso, o legislador estabeleceu regras que devem de ser respeitadas quando estamos perante este tipo de operações. Da parte do contribuinte recai o ónus da prova de que as operações foram praticadas segundo o princípio de plena concorrência.

Com efeito, o n.º 6 do art.º 63.º do CIRC e os art.º 13.º a 16. da Portaria n.º 1446-C/2001 estabelecem as obrigações no que respeita à documentação que permite a comprovação de que foi respeitado o princípio de plena concorrência, ou seja, é determinado que os sujeitos passivos devem manter atualizado o chamado *dossier* de preços de transferência onde reportam a formação dos preços das suas operações vinculadas sob pena de a AT vir a desconsiderar estas operações para efeitos de determinação do lucro tributável. No entanto, encontram-se dispensados desta obrigação os sujeitos passivos que, no exercício anterior, tenham um valor total de rendimentos inferior a três milhões de euros.

Adicionalmente, os sujeitos passivos, ainda que dispensados da obrigação de possuírem um *dossier* de preços de transferência devidamente organizado, estão obrigados, de acordo com o n.º 7 do art.º 63.º do CIRC, a reportarem os valores das operações vinculadas na declaração anual de informação contabilística e fiscal (IES).

¹¹¹ Para uma análise mais pormenorizada do método da margem líquida da operação veja-se OCDE (2010:77-92) e ONU (2013:227-249).

¹¹² Ainda a respeito dos acordos prévios em matéria de preços de transferência veja-se Pereira (2011:480-483).

Concluindo, de momento as disposições em matéria de preços de transferência encontram-se alinhadas com as *Guidelines* da OCDE, no entanto, tendo em consideração que os desenvolvimentos decorrentes do Relatório BEPS, em especial das ações 8 a 10, originaram a modificação das *Guidelines*, a publicar durante o ano de 2017, o legislador português tem de estar atento às mudanças que se irão verificar para adaptar o normativo nacional.

4.2.2. Regras CFC

A globalização levou a que algumas jurisdições adotassem medidas que tivessem como objetivo combater a utilização de sociedades-base, localizadas em territórios ou países fiscalmente mais favoráveis, por residentes com o objetivo de diferir a tributação para um momento posterior. Assim, os vários países sentiram necessidade de adotar medidas que combatessem, em especial, os comportamentos abusivos levados a cabo pelos grupos multinacionais que poderiam cair em tentação de diferir rendimentos em determinado regime a favor de outro fiscalmente mais favorável com a desculpa de que tal transferência de rendimentos era resultado da distribuição dos seus recursos para prosseguir a sua atividade. De acordo com Morais (2005: 179)

[a] criação das sociedades-base parte do desdobramento de uma actividade, ciclo, processo ou organização produtiva por diversos territórios distintos [...], resultando tal desdobramento numa tributação global do conjunto inferior à que aconteceria se tal actividade se desenvolvesse integralmente dentro das fronteiras de um só Estado [...]. Esse desdobramento pode efectuar-se através da criação de simples “sucursais” (*branches*), meros estabelecimentos estáveis, ou pela constituição de subsidiárias dotadas de personalidade jurídica própria.

Concluindo, este tipo de regime apresenta-se como um «arsenal legislativo» (Morais, 2005:269), que tem como principal objetivo o combate à utilização de sociedades-base sedeadas em paraísos fiscais por sujeitos passivos residentes.

A utilização deste tipo de figuras societárias começou por volta de 1945 com o início da mundialização da economia, mas só teve um grande crescimento com o desenvolvimento galopante da globalização nos anos 90. Este tipo de normas teve origem nos EUA, que têm legislação sobre CFC *Rules* desde 1934, era a chamada tributação das *foreign personal holding companies* (Xavier, 2014:410). Após um baixar da guarda relativamente aos acontecimentos que levam à adoção das CFC *Rules*, principalmente durante a execução do Plano Marshall, o legislador americano verificou que as empresas estavam a reter rendimentos em sociedades-base que tinham origem nos lucros obtidos do desenvolvimento das suas atividades de reconstrução da economia europeia que se encontrava devastada no pós-guerra (Morais, 2005).

Assim, é com a reforma *Kennedy* de 1962 que existe uma viragem e se volta a subir a guarda no que respeita às *CFC Rules*. Com esta reforma pretendeu-se «combater a forma de elisão fiscal decorrente da utilização de dois tipos de sociedades: as *foreign personal holding companies* [...]; e as *controlled foreign corporations*» (Xavier, 2014:410).

A tendência de adoção deste tipo de medidas alargou-se aos países europeus, no entanto, encontrou alguns problemas, desde logo pela filosofia de tributação que é inerente a este tipo de medidas. Tendo a sua origem nos EUA, as *CFC Rules* têm como premissa de tributação a ótica da nacionalidade, enquanto os sistemas fiscais europeus seguem outra lógica, a da residência. Assim, consegue-se entender o motivo do desagrado europeu na adoção deste tipo de medidas, desde logo por serem contrárias a alguns princípios basilares do nosso sistema fiscal.

No que respeita aos princípios que regem e sustentam o nosso sistema fiscal, podemos identificar, em primeiro, a violação do princípio de tributação dos contribuintes por rendimentos reais efetivos presente no art.º 104.º da CRP. O que está aqui em causa é que o contribuinte está a ser tributado por meio de um artifício (transparência fiscal) que faz com que sejam considerados para efeitos fiscais rendimentos que, no limite, podem nunca chegar a estar na esfera do sujeito passivo que está a ser tributado por eles.

Por outro lado, assistimos a uma violação do princípio que determina «o reconhecimento de identidades jurídico-tributárias distintas das sociedades e dos respectivos sócios.» (Morais, 2005:24). Assim, o sujeito passivo residente, para além de ser tributado por rendimentos que não lhe pertencem, é tributado por rendimentos que são diretamente atribuíveis a uma terceira entidade com identidade jurídica distinta. Somos levados a concluir que a lei não presume a existência de rendimento, mas «ficciona a sua existência, sem haver lugar [...] à possibilidade de ser feita prova em contrário.» (Morais, 2005: 24).

É com a violação de princípios que sustentam o nosso sistema fiscal que a normas relativa às *CFC* é adotada no nosso regime interno pelo Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro¹¹³, ficando prevista, à data, no art.º 57.º-A do CIRC, hoje no art.º 66.º do CIRC.

¹¹³ De acordo com o preâmbulo do diploma mencionado, identificou-se que a evasão e a fraude fiscais eram um problema que estava a atingir uma dimensão internacional, e que o combate aos mesmos era fundamental para preservar as receitas fiscais, ou seja, evitar a erosão da base tributável, e para assegurar a justiça na tributação. Este último aspeto tem grande relevância no que respeita a Portugal, porque cada vez mais os sujeitos passivos se sentem injustiçados da forma como a tributação está a ser administrada sobre a insígnia do aumento das receitas fiscais para se conseguir cumprir as obrigações assumidas com parceiros internacionais.

Assim, este diploma veio implementar duas normas anti abuso com o objetivo de combater a deslocalização de rendimentos para territórios fiscalmente mais favoráveis. Uma dessas medidas são as *CFC Rules* que, de acordo com o preâmbulo deste diploma têm como objetivo «contrariar a acumulação, por residentes, de resultados em sociedades por eles controladas, situadas em território que lhes concede um regime fiscal privilegiado». Esta norma

De acordo com o n.º 1 do art.º 66.º do CIRC, os lucros obtidos por entidades não residentes com domicílio fiscal em regime fiscalmente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos residentes que detenham pelo menos 25% das partes de capital. Esta percentagem é diminuída para 10% quando pelo menos 50% do capital da entidade não residente seja detida por sujeitos passivos de IRS ou IRC¹¹⁴.

A imputação referida nos n.º 1 e 2 do art.º 66.º do CIRC é efetuada pelo sujeito passivo que no final do período de tributação detiver as percentagens referidas nestas disposições de acordo com a proporção do capital detido, de acordo com o n.º 3 do art.º 66.º do CIRC.

No entanto, a imputação dos rendimentos de uma entidade não residente a um sujeito passivo residente poderia criar problemas de dupla tributação, isto supondo que a entidade não residente era efetivamente sujeita a tributação. Assim, o n.º 4 do art.º 66.º do CIRC vem estabelecer uma disposição que permite eliminar eventuais situações de dupla tributação económica, uma vez que prevê a dedução do imposto suportado pela entidade não residente. No seguimento deste pensamento, também o n.º 7 do art.º 66.º do CIRC determina que na distribuição efetiva dos dividendos estes não são tidos em conta para efeitos fiscais, desde que já o tenham sido anteriormente pela aplicação do n.º 1 ou 2 do mesmo artigo, sendo a dedução efetuada de acordo com o n.º 8.

Assim, esta norma segue o que já vem sendo hábito em sede de IRC no que respeita à classificação de entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável, ou seja:

- O território, país ou região de residência constar da lista aprovada por portaria, a que vulgarmente se chama da lista dos paraísos fiscais e que, está prevista na Portaria n.º 150/2004;
- A entidade esteja isenta de imposto ou não seja sujeita a um imposto sobre o rendimento idêntico ao IRC ou;

anti abuso consiste «num simples regime de antecipação da consideração para efeitos de tributação em Portugal dos lucros que cabem à participação do sócio residente» (preâmbulo do DL n.º 37/95), ou seja, o regime consiste na aplicação da transparência fiscal internacional para entidades detidas por residentes quando estas sejam consideradas residentes em regimes fiscais preferenciais.

¹¹⁴ Entende-se que o legislador quis determinar que a proporção de 25% do capital determina a existência de uma influência ou controlo. Esta medida contrasta com a proporção necessária para se obter uma influência significativa no Sistema de Normalização Contabilística, nomeadamente na Norma Contabilística e de Relato Financeiro 13 – Interesses em Empreendimentos Conjuntos e Investimentos em Associadas, que determina que existe influência significativa quando o investidor detém mais de 20% do capital da investida. É de referir ainda que a estas percentagens deverão ser adicionadas as partes de capital detidas por entidades que estejam em situação de relações especiais com o sujeito passivo residente.

- Estando sujeita a imposto idêntico ao IRC, a taxa que incide sobre o seu lucro tributável seja inferior a 60% da taxa de IRC aplicável de acordo com o art.º 87.º do CIRC.

Por outro lado, de acordo com o n.º 6 do art.º 66.º do CIRC estão dispensadas da aplicação desta norma quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

- Os lucros provenham em pelo menos 75% do exercício de uma atividade agrícola, industrial ou de uma atividade comercial que não tenha como principal destinatário o mercado português e;
- A atividade principal não consista na realização de atividades próprias da atividade bancária ou seguradora; operações relativas a partes sociais representativas de menos de 5% do capital social de entidades ou; da locação de bens exceto a locação de bens imóveis situados no território de residência.

O n.º 9 do art.º 66.º do CIRC vem determinar deveres adicionais no que respeita à composição do *dossier* fiscal. Assim, o sujeito passivo deverá ter devidamente documentadas as contas aprovadas das entidades não residentes, a cadeia de participações que justificam a aplicação ou não desta norma e a demonstração do imposto pago pela entidade não residente.

Por último, devemos ter em atenção o disposto no n.º 12 do art.º 66.º do CIRC, que vem aplicar no nosso regime a decisão proferida pelo TJUE no Acórdão *Cadbury Schweppes*. Assim, as disposições constantes do art.º 66.º do CIRC não são aplicáveis quando a entidade detida seja considerada residente noutra EM da UE ou do espaço económico europeu, desde que o sujeito passivo residente demonstre que a sua existência tem uma razão económica válida, ou seja, que não seja um mero artifício para diferir o pagamento do imposto devido em Portugal.

No que respeita à adoção da Diretiva anti elisão fiscal, o normativo atualmente em vigor está de acordo com a mesma sendo, em certos aspetos, mais abrangente que a própria Diretiva uma vez que esta estabelece um limite de inclusão neste regime o que não se verifica no normativo nacional.

4.2.3. Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento

As medidas para combater o endividamento excessivo por parte dos sujeitos passivos de IRC foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de janeiro. Após a alteração do nome da disposição de subcapitalização para limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, pela

Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2013)¹¹⁵, o normativo encontra-se presentemente previsto no art.º 67.º do CIRC.

Tendo implicação no princípio de gestão constitucionalmente previsto e que caracteriza, de acordo com Catarino (2015:41), «na escolha e forma organizativa da empresa e em vários outros aspetos da liberdade concreta de exercício criterioso de uma atividade económica, como é o caso das políticas financeiras seguidas», as normas que combatem o endividamento excessivo através da limitação de dedução de gastos de financiamento tendem a combater o pensamento de gestão da preferência do endividamento em detrimento do capital. Este pensamento caracteriza-se pela preferência da detenção de financiamentos uma vez que estes geram pagamentos de juros que são dedutíveis em vez da detenção de investimentos de capital que, através da sua remuneração, ou seja, através do pagamento de dividendos, não geram saídas de meios financeiros dedutíveis para a determinação do lucro tributável da entidade¹¹⁶.

Desta forma, o n.º 1 do art.º 67.º do CIRC determina que os gastos de financiamento líquidos apenas concorrem para a formação do lucro tributável na medida em que não ultrapassem o maior entre um milhões de euros ou 30% do EBITDA^{117 118}. Encontram-se excluídas deste regime, de acordo com o n.º 11 do art.º 67.º do CIRC, as entidades sujeitas a supervisão do

¹¹⁵ No que respeita à alteração promovida pela Lei do Orçamento do Estado para 2013 concordamos com a posição de Palma (2015:141) uma vez que o regime anteriormente em vigor não corresponde na totalidade ao regime agora em vigor. De facto, consideramos que o regime anteriormente em vigor era mais restritivo no que respeita à dedução de juros em situações de excesso de endividamento, isto porque se recorria à figura da existência de relações especiais para limitar os gastos de financiamento, o que tem implicação direta com o princípio da liberdade de gestão previsto constitucionalmente. Por outro lado, tendo em consideração o nível de endividamento registado pelas empresas nacionais entendemos a alteração deste normativo, que permite uma maior dedução de juros, no entanto, o limite inicialmente previsto de três milhões de euros parece-nos excessivo para o universo empresarial português, uma vez que aqui foi seguido o critério sugerido pelas instituições europeias.

¹¹⁶ Apesar deste entendimento ter sido seguido durante um largo período de tempo, uma vez que o nosso normativo não dispõe de incentivos à capitalização das empresas, os investidores podem estar a mudar de opinião e a começar a trocar os investimentos através da atribuição de financiamentos pelos investimentos através da entrada de capitais. Embora os investimentos através da entrada de capitais sejam de mais difícil reembolso devido às disposições legais em vigor, hoje em dia, o pagamento de dividendos na esfera dos detentores das participações gera rendimentos isentos de tributação devido à aplicação do regime do *participation exemption*.

¹¹⁷ Como referência a este regime, antes de 2013, de acordo com o então art.º 67.º os juros eram apenas dedutíveis até ao limite do que se considerava como endividamento excessivo (existia endividamento quando o valor da dívida fosse superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo). Mesmo após a alteração efetuada pela Lei do Orçamento do Estado para 2013, este limite foi fixado em três milhões de euros, um valor muito distante da realidade empresarial portuguesa. Para se constatar o desfasamento à realidade portuguesa, que se caracteriza por níveis de endividamento empresarial elevados, de acordo com as estatísticas disponibilizadas pela AT, no ano de 2014, apenas foram efetuadas correções ao abrigo do art.º 67.º do CIRC em 558 declarações num universo total de 440.168, ou seja, foram efetuadas correções ao abrigo deste regime em cerca de 0,13% do total de declarações entregues.

¹¹⁸ No que respeita ao limite de 30% do EBITDA, de acordo com o n.º 2 do art.º 192.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, existe uma disposição transitória de forma a adaptar este novo normativo, desta forma:

- a) Para o ano de 2013 o limite é de 70% do EBITDA;
- b) Para o ano de 2014 o limite é de 60% do EBITDA;
- c) Para o ano de 2015 o limite é de 50% do EBITDA; e
- d) Para o ano de 2016 o limite é de 40% do EBITDA.

Banco de Portugal ou do Instituto de Seguros de Portugal e, assim como, as sucursais em Portugal de outras instituições de crédito e outras instituições financeiras ou empresas de seguros com sede noutra EM da UE.

Os gastos que em determinado ano fiscal ultrapassem os valores estabelecidos, podem ser considerados como gastos fiscais até ao quinto período de tributação posterior, de acordo com o n.º 2 do art.º 67.º do CIRC. Igualmente, não sendo ultrapassado o limite de 30% do EBITDA em determinado ano, o remanescente poderá ser utilizado até ao final do quinto período de tributação posterior, nos termos do n.º 3 do art.º 67.º do CIRC. No entanto, estas disposições deixam de se verificar quando em determinado ano fiscal se verifique a alteração da titularidade de mais de 50%, salvo se for obtida autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças, de acordo com o n.º 8 do art.º 67.º do CIRC.

De acordo com o n.º 12 do art.º 67.º do CIRC, consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou pagas a título de remuneração de capitais alheios – que sejam dedutíveis para efeitos fiscais de acordo com as instruções presentes na Circular n.º 7/2013 – deduzidas dos rendimentos de idêntica natureza, ou seja, apenas são de considerar os gastos e rendimentos relativos a remuneração de capitais alheios sendo de excluir deste âmbito, em primeiro lugar, os gastos não dedutíveis fiscalmente e, em segundo lugar, os gastos capitalizáveis de acordo com as normas contabilísticas em vigor. Adicionalmente, de acordo com o n.º 13 do art.º 67.º do CIRC é necessário proceder a correções ao EBITDA para efeitos da aplicação deste normativo, ou seja, ao elaborar esta previsão o legislador precaveu-se contra possíveis alterações contabilísticas que permitissem aumentar o EBITDA de forma a que o limite de dedução dos gastos de financiamento não fosse ultrapassado.

Quanto à adaptação do normativo nacional à Diretiva anti elisão fiscal, podemos constatar que se encontra plenamente enquadrado neste entendimento, aliás, o normativo nacional é mais restritivo na medida em que prevê um limite inferior de dedução dos gastos de financiamento uma vez que, tal como já referimos, este limite teve de ser adaptado à realidade nacional.

4.2.4. *Exit tax*

De acordo com Palma (2015:141) a *exit tax* caracteriza-se por ser

uma medida interna destinada a proteger as receitas fiscais do Estado de residência, penalizando a mudança de sede ou fenómeno análogo, pela ereção de uma “muralha fiscal” apenas transponível pelo pagamento prévio do imposto sobre os ganhos de capital

potenciais [...] que se consideram ficticiamente realizados pelo próprio ato de deslocalização.

Ou seja, os *exit taxes* caracterizam-se por serem impostos incidentes sobre a mudança de residência para efeitos fiscais motivadas por efeitos fiscais (Courinha, 2015:156).

De acordo com Courinha (2015:161-190) os *exit tax* podem ser classificados em seis níveis. Quanto ao *modus operandi* podemos distinguir entre *exit taxes stricto sensu*, quando em simultâneo à perda da qualidade de residente, existe a ficção da realização de determinado rendimento ou de alienação de determinado património (Courinha, 2015:164), são os chamados impostos de última oportunidade ou *tax of last chance*, *trailing taxes* ou impostos de perseguição, quando a perda da qualidade de residente implica a prorrogação de tal qualidade sendo também chamados de *extended tax liabilities* (Courinha, 2015:169); e *clawback clauses* ou impostos de recaptura, quando a perda da qualidade de residente determina o cancelamento de vantagens e benefícios apenas atribuíveis a residentes (Courinha, 2015:174).

Quanto aos tipos de rendimentos podemos distinguir entre os *exit taxes* gerais – que abrangem todas as categorias de rendimentos – e os limitados – que apenas abrangem determinado rendimento. Quanto à origem dos rendimentos podemos distinguir entre os que abrangem a generalidade dos rendimentos, ou seja, abrangem os rendimentos decorrentes de todos os bens numa base universal e aqueles que apenas abrangem os rendimentos decorrentes de bens localizados em determinada jurisdição. Quanto ao destino de emigração, podemos distinguir os que apenas tendem a combater deslocalizações para jurisdições sujeitas a um regime fiscal claramente mais favoráveis, dos que tributam qualquer deslocalização de residência. Podemos ainda distinguir aqueles em que o apuramento da perda da residência é meramente interno dos que a perda da residência é a nível convencional. E, por último, podemos distinguir os *exit taxes* quanto à exigibilidade da dívida distinguindo aqueles cujo pagamento é exigido imediatamente daqueles que permitem que o pagamento seja efetuado parceladamente.

No que respeita à aplicação dos impostos de tributação à saída, Portugal não tem em consideração a duração da qualidade de residente para a aplicação deste tipo de medidas aquando da deslocalização da residência, ou seja, «a aquisição da qualidade de residente despoleta automaticamente a potencial aplicação deste género de normativos» (Courinha, 2015:228).

Considerando o tema do nosso trabalho, o facto de o *treaty shopping* estar intimamente relacionado com a deslocalização da residência e considerando os *exit taxes* existentes em

Portugal iremos analisar separadamente as principais normas de tributação à saída existentes em Portugal.

4.2.4.1. Art.º 83.º do CIRC - *Exit tax stricto sensu*

Os *exit tax stricto sensu* caracterizam-se por classificar a perda da qualidade de residente como o elemento fiscal de incidência objetiva para a sua aplicação, ou seja, é o facto da perda desta qualidade que despoleta a sua aplicação. Como referimos, nestes casos o *exit tax* opera através de uma ficção da realização de operações que geram rendimentos tributáveis ou, como refere Courinha (2015:166), «para os *exit taxes stricto sensu*, não interessa verdadeiramente se o contribuinte procedeu efectivamente à venda dos activos que possui».

Podemos encontrar um *exit tax* deste tipo no art.º 83.º do CIRC que foi introduzido pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro ao então art.º 76.º-A.

Desta forma, de acordo com o n.º 1 do art.º 83.º do CIRC, são relevantes para o cálculo do lucro tributável do período em que se verifique a deslocalização da residência para fora do território nacional as componentes positivas ou negativas apuradas pela diferença entre os valores de mercado e os valores contabilísticos de todos os elementos da entidade à data da cessação¹¹⁹.

Operando através de uma exigência imediata do imposto, o legislador previu no n.º 2 do art.º 83.º do CIRC uma disposição especial quando a deslocalização da residência seja efetuada para outro EM da UE ou EEE – neste caso apenas quando exista obrigação de cooperação administrativa no domínio do intercâmbio de informações e da assistência à cobrança equivalente à estabelecida na UE. Assim, nestes casos, o sujeito passivo pode optar pela forma como irá proceder ao pagamento do imposto de acordo com as seguintes possibilidades:

- a) Imediatamente aquando da entrega da declaração de rendimentos do período da cessação;
- b) No ano seguinte àquele em que se verifique, em relação a cada um dos elementos patrimoniais considerados para efeitos do apuramento do imposto, a sua extinção, transmissão, desafetação da atividade da entidade ou transferência, pela parte do

¹¹⁹ De acordo com a informação vinculativa proferida através do Despacho do Subdiretor-Geral de 08/03/2012 relativa ao Processo n.º 3417/2009, é concluído que no âmbito deste normativo que devem ser tidos em consideração não só os ganhos ou perdas relativos a rendimentos latentes, mas também os relativos ao património da entidade como é o caso dos inventários, ou seja, devem ser considerados para este efeito todos os resultados sejam ou não mais valias ou menos valias.

imposto que corresponda ao resultado fiscal relativo a cada elemento individualmente identificado; ou

- c) Em frações anuais de igual montante, correspondentes a um quinto do montante do imposto apurado com início no período de tributação em que ocorre a transferência da residência.

No que respeita ao fracionamento do imposto mencionado, dispõe o n.º 9 do art.º 83.º do CIRC que, no caso de nova deslocalização da residência até ao termo do prazo do fracionamento escolhido para uma jurisdição que não esteja abrangida por estas possibilidades, a exigência do imposto em falta passa a ser imediata acrescentando os respetivos juros à taxa equivalente aos juros de mora em vigor.

Existe, no entanto, uma cláusula de salvaguarda para este regime que passa pela não aplicação do mesmo no caso de os elementos patrimoniais em questão ficarem afetos a um estabelecimento estável dessa entidade localizado em território português, de acordo com o n.º 10 do art.º 83.º do CIRC.

4.2.4.2. Art.º 16.º, n.º 6 do CIRS – *Trailing tax*

No que respeita aos *trailing taxes* estes operam através de uma «ficção da manutenção da qualidade de residente por um determinado período» (Courinha, 2015:492), ou seja, diferem dos *exit tax stricto sensu* uma vez que ficionam a manutenção da residência enquanto estes últimos ficionam a realização de rendimentos tributáveis.

O exemplo de *trailing tax* escolhido encontra-se previsto no n.º 6 do art.º 16.º do CIRS e foi introduzido no normativo português pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2002).

Assim, o n.º 6 do art.º 16 do CIRS determina que se consideram residentes em Portugal as pessoas de nacionalidade portuguesa que deslocalizem a sua residência para uma jurisdição prevista na Portaria n.º 150/2004, no ano dessa deslocalização e nos quatro anos subsequentes.

Adicionalmente, também se encontra prevista uma cláusula de salvaguarda que determina a não aplicação deste regime quando o sujeito passivo comprove que a deslocalização da sua residência tenha sido efetuada por razões atendíveis, nomeadamente, quando esta é efetuada por questões profissionais, ou seja, o legislador só pretende abranger com esta disposição as deslocalizações motivadas por questões fiscais.

Considerando o exposto, conclui-se que o imposto de perseguição apenas opera no que respeita a deslocalizações para jurisdições sujeitas a regimes fiscais mais favoráveis não abrangendo todas as jurisdições utilizadas para a deslocalização da residência por motivos fiscais. Adicionalmente, o regime peca por apenas abranger a mudança imediata para estas jurisdições uma vez que o regime «não está, claramente, pensado para as transferências de residência para outros países que não aqueles ali listados, seguidas de novas transferências [...] para países da *black list*» (Courinha, 2015:245).

4.2.4.3. Art.º 10.º-A do CIRS – Clawback clause

Por último, o imposto de recaptura opera através da recuperação de benefícios fiscais que o sujeito passivo possa ter aproveitado pelo facto de ter a qualidade de residente em território nacional. Assim, podemos distinguir claramente os três tipos de *exit taxes* apresentados em que, no primeiro caso, temos disposições que determinam a consequência na data da deslocalização da residência, no segundo caso, temos disposições que dispõem para o futuro relativamente à data da deslocalização da residência e, por último, temos disposições que revertem acontecimentos passados em consequência desta deslocalização.

Assim o n.º 1 do art.º 10.º-A do CIRS determina a reversão dos benefícios decorrentes do regime da neutralidade fiscal das fusões e cisões, bem como, do regime da neutralidade das entradas de património para realização do capital social quando o sócio perca a sua qualidade de residente em território português, estabelecendo adicionalmente a fórmula de calculo desta reversão de benefícios.

Quanto ao funcionamento da exigibilidade do imposto e da cessação do regime de fracionamento do pagamento, o regime previsto no art.º 10.º-A do CIRS segue nos mesmos termos o previsto no art.º 83.º do CIRC, pelo que, não iremos abordar novamente esta temática. No que respeita às obrigações declarativas decorrentes deste regime, estas encontram-se reguladas pela Portaria n.º 378/2015, de 22 de outubro.

Para terminar a análise aos *exit taxes* presentes no normativo português é de referir que também este tipo de cláusulas anti abuso se encontram alinhadas com o presente na Diretiva anti elisão fiscal, pelo que, na nossa opinião, Portugal já se encontra em larga medida a cumprir as disposições europeias nesta matéria o que se afigura numa transposição sem grandes exigências a nível legislativo.

V. O Relatório BEPS

O Relatório BEPS surge como uma forma direta e abrangente de combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros, uma vez que constituem um grave risco à receita e à equidade fiscais dos países tal como conclui a OCDE (2013b:13) ao afirmar que «*[t]here is a growing perception that governments lose substantial corporate tax revenue because of planning aimed at shifting profits in ways that erode the taxable base to locations where they are subject to a more favourable tax treatments*». Assim, o projeto do Relatório BEPS surge na sequência de um discurso do Presidente dos EUA, Barack Obama, mostrando a sua preocupação com estas temáticas. Tal também viria a suceder com os ministros das finanças do Reino Unido, da Alemanha e de França¹²⁰.

De acordo com os dados publicados pela OCDE (2013b:15- 17), no universo dos membros da OCDE a tributação das empresas representa cerca de 3% do PIB e 10% do total de receitas fiscais. No entanto a perda de receitas fiscais não se deve apenas à erosão das bases tributáveis, tal como afirma a OCDE (2013b:16) «*[t]he statutory corporate income tax rates in OECD member countries dropped on average 7.2 percentage points between 2000 and 2011, from 32.6% to 25.4%*». Mas ao invés das receitas fiscais diminuírem com a diminuição das taxas verificou-se o contrário.

Devido à globalização existem cada vez mais benefícios visíveis nas economias nacionais, uma vez que a livre circulação de capitais e de mão-de-obra, a eliminação de barreiras comerciais e os avanços tecnológicos e das telecomunicações, promovem não só a inovação como também potenciam a criação de novos postos de trabalho fomentaram o comércio mundial e aumentaram o investimento estrangeiro em muitos países¹²¹ (OCDE, 2013b:25).

À medida que toda a economia passou a estar mais integrada globalmente, isto também se passou a verificar relativamente às empresas. Desta forma, podemos dizer que a globalização «*resulted in a shift from country-specific operation models to global models based on matrix management organisations and integrated supply chains that centralize several functions at a regional or global levels*»

¹²⁰ Quanto ao motivo para se despoletar os trabalhos no âmbito do Relatório BEPS, na nossa opinião, apenas são motivadas devido a dificuldades orçamentais trazidas por este fenómeno. Assim, podemos concluir que apenas após as grandes economias se começarem a preocupar com tais matérias é que os trabalhos avançaram, ou seja, podemos até referir que o BEPS é um relatório feito à medida para que estes países possam tomar medidas para controlar a situação quando, muitas vezes, são os próprios que as fomentam ao possuírem regimes fiscais internos que permitem a erosão das bases tributáveis de outros países.

¹²¹ No que respeita ao investimento direto estrangeiro veja-se a conclusão da OCDE (2013b:17) em que as jurisdições que mais investimento direto estrangeiro receberam em 2010 foram os Barbados, Bermudas e as Ilhas Virgens Britânicas – três jurisdições consideradas por Portugal como jurisdições sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável. Comparando os valores registados nestas jurisdições verificamos que superam os valores registados nos EUA, por exemplo. Adicionalmente, também estas três jurisdições foram responsáveis pela maior quantidade de investimentos em todo o mundo superando a Alemanha, sendo em muitos casos os maiores investidores mundiais nos países emergentes.

(OCDE, 2013b:25). Por outro lado, a globalização também trouxe novos desafios no que respeita à competitividade das empresas que para serem competitivas passaram a ter de disponibilizar os melhores produtos ao melhor preço de forma a aumentar os lucros e a criar valor para os investidores (OCDE, 2013b:28), pelo que, alcançar poupanças fiscais se tornou um dos principais objetivos diários na gestão de empresas.

Como a procura de poupanças fiscais pode levar a abusos, como já analisámos anteriormente, «[s]everal countries have recently taken a number of steps to address aggressive tax planning and rules requiring such scheme to be disclosed to the administration have been adopted by a number of them» (OCDE, 2013b:31). Desta forma a aplicação de medidas que permitam combater este tipo de abusos tem sido efetuada de uma forma pouco organizada o que cria oportunidades de explorar lacunas nos sistemas fiscais fazendo com que tais medidas não cumpram os objetivos para que foram criadas, tal como a OCDE (2013b:5) refere «*the interaction of domestic tax systems can lead to overlaps in the exercise of taxing rights that can result in double taxation*», no entanto, mais preocupante é quando tais situações são passíveis de gerar situações de dupla não tributação (OCDE, 2013b:34).

A juntar a este fenómeno «*the international common principles drawn from national experiences to share tax jurisdiction may not have kept pace with the changing business environment*» (OCDE, 2013b:5), uma vez que foram criadas numa altura em que a integração económica mundial ainda estava no seu início.

Desta forma, o objetivo essencial deste Relatório é «*provide countries with instruments, domestic and international, aiming at better aligning rights to tax with real economic activity*» (OCDE, 2013b:51). Desta forma, o Relatório BEPS, apresenta a problemática da erosão da base tributária e da transferência de lucros de uma forma direta e abrangente.

Para cumprir tal objetivo, a OCDE (2013b:51-53) refere que o plano tem de ser «[a] *comprehensive action plan [...] [A]imely developed in consultation with all stakeholders [...] [F]ocusing on the main pressure areas*». Ou seja, o plano de ação tem de ter alcance mundial uma vez que o combate ao BEPS só é eficaz se for efetuado simultaneamente por todos os países; tem de ter a participação de todos, a este respeito a OCDE convidou todos os países interessados a participarem nas medidas de combate e promoveu diversas consultas públicas aos profissionais da área para fortalecer os conteúdos dos Relatórios subsequentes¹²²; tem de ser executado rapidamente, uma vez que os países se encontram a perder receita fiscal diariamente; e tem de se focar nas principais áreas de

¹²² Relativamente ao facto de o Plano de Ação ser concebido com a colaboração de todas as partes interessadas é um elemento fundamental, uma vez que para que se possa encontrar uma solução abrangente, é necessário que todas as partes envolvidas contribuam de alguma forma. Não só os países membros devem participar, como também os não membros, nomeadamente as economias do G20.

atuação do BEPS e que a OCDE (2013b:52-53) identificou, de onde destacamos: as regras relativas aos preços de transferência; as medidas anti abuso e os regimes considerados prejudiciais.

Assim, o Plano de Ação viria a ser publicado em julho de 2013, apenas cinco meses após a publicação do Relatório BEPS.

A principal conclusão retirada do Plano de Ação, que constitui o principal elemento na definição das ações a adotar é que os efeitos da globalização *«have opened up opportunities for MNEs [Multi-national enterprises] to greatly minimise their tax burdens»* (OCDE, 2013a:8). Desta forma, conclui a OCDE, os governos saem prejudicados pois veem a integridade do seu sistema fiscal ser colocada em causa pelos utilizadores, os contribuintes cumpridores saem prejudicados pois ao não utilizarem estes esquemas para reduzir os impostos têm de suportar uma maior fatia das receitas fiscais e os negócios também saem prejudicados, pois nem todos têm as mesmas oportunidades para a utilização destas formas de planeamento e, por isso, os negócios que operam apenas na realidade doméstica de cada país têm mais dificuldades em competir com os que operam em diversos países.

A interação entre os sistemas fiscais não é um tema novo, há muito que a OCDE e os diversos governos têm tentado estabelecer medidas que permitam melhorar a interação sem criar constrangimentos ao desenvolvimento dos negócios de forma a que *«the existing domestic law and treaty rules governing the taxation of cross-border profits produce the correct results and do not give rise to BEPS»* (OCDE, 2013a:9). No entanto, a evolução da economia mundial não foi acompanhada com uma evolução deste tipo de normas ou, se o foi, tal evolução não acompanhou a evolução económica. Desta forma, com o passar do tempo estas normas criaram oportunidades para o fenómeno da erosão das bases tributáveis (OCDE, 2013a:10), pois deixaram de se atualizar tendo em consideração o motivo para que foram criadas, ou seja, a interação entre os diversos sistemas fiscais. É desta forma que a OCDE (2013a:10-11) conclui que

[i]naction in this area would likely result in some governments losing corporate tax revenue, the emergence of competing sets of international standards, and the replacement of the current consensus-based framework by unilateral measure, which could lead to global tax chaos marked by the massive re-emergence of double taxation.

Assim, o Plano de Ação tem por objetivo identificar as ações necessárias para um combate efetivo ao BEPS, a definição dos prazos de entrega dos relatórios com as conclusões sobre as medidas a adotar e os recursos e as metodologias a adotar no que respeita a cada ação.

Sendo composto por 15 ações, no anexo 3 podemos encontrar o resumo dos objetivos propostos para cada ação constante deste Plano de Ação, podemos dividi-las em quatro grupos:

- 1) Ações responsáveis por assegurar a coerência da tributação das empresas a nível internacional: dentro deste grupo encontram-se as ações 1 a 5;
- 2) Ações responsáveis pela reestruturação das normas internacionais no que respeita às regras inerentes à interação dos diversos sistemas fiscais: dentro deste grupo encontram-se as ações 6 a 10;
- 3) Ações responsáveis por assegurarem a transparência através da troca de informações promovendo a segurança jurídica e a previsibilidade: dentro deste grupo encontram-se as ações 11 a 14; e
- 4) A ação responsável pela rápida aplicação de todas as medidas resultantes dos trabalhos do Relatório BEPS: estamos a referir-nos à ação 15 que será responsável pela criação de um instrumento multilateral responsável pela atualização das medidas já existentes à nova realidade saída do BEPS.

No que respeita ao tempo para o desenvolvimento destas ações, a OCDE reconhece que se está perante um grande desafio, pois até agora foi difícil assistir-se ao comprometimento da grande maioria dos países. Desta forma foi estabelecido um período de dois anos (OCDE, 2013a:24-25) para a elaboração dos relatórios relativos a todas as ações, embora se saiba à partida que a implementação destas medidas não será efetuada de uma forma tão rápida uma vez que será necessário adaptar os sistemas internos às novas medidas de combate.

Quanto à metodologia utilizada, foram convidados a participar todos os países que estejam interessados neste assunto, portanto o Relatório BEPS teve contributos de países que não pertencem ao G20 nem à OCDE. Adicionalmente, foi consultada a sociedade e os peritos em cada área para se pronunciarem quanto às alterações pois, apenas com o comprometimento destes agentes é que será possível alcançar o almejado objetivo do combate ao BEPS.

Sendo o tema do nosso trabalho o *treaty shopping* iremos analisar com mais pormenor a ação 6 relativa à prevenção da utilização abusiva das CDT. Como refere a OCDE (2013a:18) «*[t]he interposition of third countries in the bilateral framework established by treaty partners has led the development of schemes such as low-taxed branches of a foreign company, conduit companies, and the artificial shifting of income through transfer pricing arrangements*», assim, as normas existentes necessitam de ser modificadas de forma a permitirem a tributação dos rendimentos na jurisdição onde se verifica a substância económica da atividade geradora de tais rendimentos.

5.1. Ação 6 – *Prevent treaty abuse*

De acordo com o Plano de Ação, relativamente à prevenção da utilização abusiva dos tratados ficou estabelecido que a ação 6 seria responsável por:

[d]evelop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids (OCDE, 2013a:19).

O relatório final relativo à ação 6 é publicado em outubro de 2015 e pode ser dividido em três áreas de atuação com o objetivo de se ser cumprida a missão atribuída pelo Plano de Ação¹²³, a saber:

- 1) Desenvolvimento de disposições convencionais e recomendações relativas a normas anti abuso que permitam evitar que os benefícios decorrentes das CDT sejam atribuídos indevidamente;
- 2) Esclarecer que as CDT não devem ser utilizadas para criar situações de dupla não tributação; e
- 3) Definição de critérios de política fiscal que devem ser adotados quando um Estado pretende celebrar uma CDT.

Assim, tendo em consideração a importância deste relatório para a execução do nosso trabalho iremos analisar cada área de atuação da ação 6 mais detalhadamente.

5.1.1. Medidas para evitar que os benefícios das CDT sejam atribuídos indevidamente

De forma a estabelecer a melhor forma de serem criados instrumentos que garantam que os benefícios decorrentes das CDT apenas são atribuídos quando se esteja perante operações com substância económica e que a sua principal função não seja a obtenção de poupança fiscal a OCDE (2015c:17) define que se podem distinguir dois tipos de atuação:

- a) Situações em que uma pessoa tenta contornar as disposições convencionais; e

¹²³ O resultado final da Ação 6 representado no Relatório final decorre da discussão do assunto entre os Estados intervenientes e das consultas públicas efetuadas neste âmbito. A este respeito veja-se OCDE (2014a), OCDE (2014b), OCDE (2014c), OCDE (2014d), OCDE (2015a), OCDE (2015b) e OCDE (2015d).

- b) Situações em que uma pessoa recorre às disposições convencionais de forma a evitar a aplicação de normas internas de uma jurisdição.

Assim, ficou definido que, a atuação no que respeita ao primeiro tipo passa pela previsão de disposições anti abuso nas CDT uma vez que as disposições internas de cada Estado não se mostram como suficientes. Quanto à segunda situação, a conclusão foi de que as CDT sozinhas não conseguem combater este fenómeno, pelo que, é necessário dotar os normativos internos de cada Estado com ferramentas que permitam evitar esta questão.

5.1.1.1. Situações em que uma pessoa tenta contornar as disposições convencionais

No que respeita às situações em que uma pessoa tenta contornar as disposições convencionais, a OCDE (2015c:17-78) distingue entre os esquemas de *treaty shopping* e outros esquemas específicos.

No que respeita ao *treaty shopping*, considerando o já exposto, a OCDE (2015c:18) refere que os diversos países «use different approaches to try to address treaty shopping cases not already dealt with by the provisions of the Model Tax Conventions». Tendo em consideração que o combate aos esquemas de *treaty shopping* não está a ser efetuado uniformemente, a OCDE (2015c:18) define que a estratégia de combate deve ser efetuada pelos três pontos seguintes:

- a) Os Estados contratantes quando celebram uma CDT devem de definir expressamente que a CDT pretende promover o combate contra a elisão fiscal e, em especial, contra os esquemas de *treaty shopping*;
- b) Introdução de uma *LOB clause* na CMOCDE, seguindo de perto o exemplo dos EUA na CMEUA; e
- c) Introdução de uma cláusula que abranja as situações que não se encontrem abrangidas por esta *LOB clause* baseada no teste dos principais objetivos das operações (*Principal Purposes Test – PPT rule*)¹²⁴.

Tal configuração é justificada pela atuação dos instrumentos propostos, pois enquanto a *LOB clause* tem um âmbito de aplicação genérico ao atribuir os benefícios das CDT aos residentes

¹²⁴ De acordo com a OCDE (2015c:19) o *PPT rule* consiste no facto de «the benefits of a tax treaty should not be available where one of the principal purposes or arrangements or transactions is to secure a benefit under a tax treaty and obtaining that benefit in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions of the tax treaty».

que se qualifiquem para tal, a *PPT rule* realiza uma análise casuística de cada operação de forma a definir que pode ou não beneficiar da CDT.

No entanto, a OCDE (2015c:19) também concorda que a aplicação cumulativa desta estratégia pode trazer alguns problemas para os Estados – veja-se o exemplo dos EM da UE que têm de respeitar as quatro liberdades fundamentais. Assim, foi encontrada uma solução que passa pela adoção de um mínimo de disposições para o combate a este fenómeno. Os Estados podem adotar a estratégia na sua plenitude ou, em alternativa, apenas aplicar a *PPT rule* ou aplicar a *LOB clause* com um mecanismo de combate à utilização de *conduit companies*.

No que respeita à *LOB clause*, esta segue de perto aquela que consta da CMEUA. No entanto, tendo em consideração que os EUA se encontram a rever esta disposição, a OCDE (2015c:20) afirma que a disposição proposta não se encontra na sua versão final uma vez se pretende a sua atualização com a disposição que irá ser adotada pelos EUA. Adicionalmente, também será necessário elaborar trabalhos adicionais no que respeita à versão simplificada da *LOB clause* que consta do Relatório final da Ação 6, no Anexo 4 consta uma tabela que efetua a compilação das disposições da *LOB clause* propostas no Relatório final da Ação 6, quer na sua versão detalhada quer na sua versão simplificada.

Desta forma a redação da *LOB clause* prevista tem por objetivo, de acordo com a OCDE (2015c:23), «*deny treaty benefits in the case of structures that typically result in the indirect granting of treaty benefits to persons that are not directly entitled to these benefits*», no entanto, tendo em consideração a aplicação desta norma, foi dada às autoridades competentes a possibilidade de «*grant treaty benefits where the other provision of the Article would otherwise deny these benefits but the competent authority determines that the structure did not have as one of its principal purposes the obtaining of benefits under the Convention*».

Quanto ao funcionamento da *LOB clause*, é estabelecido primeiramente um critério de qualificação automática da qualidade de residente, tal como já tínhamos referido anteriormente no nosso trabalho. Posteriormente, caso o teste automático falhe, são estabelecidas três formas adicionais de determinada pessoa ser qualificada para os benefícios decorrentes das CDT.

A primeira destas formas adicionais de qualificação para os benefícios das CDT decorre do n.º 3 da versão detalhada da *LOB clause* e passa pelo teste da *active conduct of a business*. Desta forma, uma pessoa, que não seja qualificada como residente pelo teste automático, «*will be eligible for treaty benefits if satisfies two conditions: (1) it is engaged in the active conduct of a business in its State of residence; and (2) the payment for which benefits are sought is related to the business*» (OCDE, 2015c:37).

A segunda forma é relativa aos *derivative benefits* que decorre do n.º 4 da versão detalhada da *LOB clause*. De acordo com a OCDE (2015c:42) «*this derivative benefits test entitles certain companies that are*

*residents of a Contracting State to treaty benefits if the owner of the company would have been entitled to at least the same benefit had the income in question flowed directly to that owners». Desta forma a entidade tem de cumprir os requisitos do *ownership test* e os requisitos do *base erosion test*. O *ownership test* é cumprido quando sete ou menos beneficiários equivalentes¹²⁵ detêm pelo menos 95% dos poderes de voto e do valor da empresa. Por outro lado, o *base erosion test* considera-se cumprido quando menos de 50% do rendimento tributável é pago a entidades que não são consideradas beneficiários equivalentes e tais pagamentos originem gastos dedutíveis (OCDE, 2015c:42).*

A última forma passa pelo teste discricionário que consiste no requerimento à autoridade competente do Estado contratante, que atribuí o benefício, o reconhecimento de que a entidade cumpre os requisitos para o acesso aos benefícios decorrentes da CDT. Desta forma, para que a autoridade competente proceda a tal reconhecimento a entidade tem de provar que *«there were clear non-tax business reasons for this formation, acquisition, or maintenance and for the conduct of its operation in the other Contracting State»* (OCDE, 2015c:44). No entanto, basta que uma das razões de tal operação, ou seja, independente de ser a principal razão, seja a obtenção de vantagens fiscais para que o reconhecimento da autoridade competente seja recusado.

Adicionalmente, em complemento à *LOB clause* é estabelecida a *PPT rule*. De acordo com esta norma que constará do n.º 7 da versão detalhada da *LOB clause*, os benefícios das CDT não devem de ser atribuídos às entidades que tenham como principal propósito a obtenção de vantagens fiscais, ainda que sejam consideradas como residentes qualificados ao abrigo da *LOB clause*, como é referido pela OCDE (2015c:55), esta norma *«have the effect of denying a benefit under a tax convention where one of the principal purposes of an arrangement or transaction that has been entered into is to obtain a benefit under the convention»*.

No entanto, apesar do efeito de aplicação desta norma, também está prevista uma cláusula de salvaguarda que *«allows the person to whom the benefit would otherwise be denied the possibility of establishing that obtaining the benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provision of this Convention»* (OCDE, 2015c:55)¹²⁶.

Nestes termos, a aplicação desta norma passa por uma avaliação da intenção da pessoa que pretende beneficiar da CDT, como é referido pela OCDE (2015c:57) *«it is important to undertake*

¹²⁵ De acordo com a OCDE (2015c:51), considera-se beneficiário equivalente *«any person who would be entitled to an equivalent or more favourable benefit with respect to an item of income accorded by a Contracting State under the domestic law of that Contracting State»*.

¹²⁶ Neste contexto, tendo em consideração a explicação da OCDE (2015c:56) *«[T]he term “benefit” includes all limitations [...] on taxation imposed on the State of source under Articles 6 through 22 of the Convention, the relief from double taxation provided by Article 23, and the protection afforded to residents and nationals of a Contracting State under Article 24 or any other similar limitations»*.

an objective analysis of the aims and objects of all persons involved in putting that arrangement or transaction in place or being a party of it». Assim, o termo one of the principal purposes deve ser interpretado como o facto da obtenção da vantagem não ter de ser o principal objetivo da operação, mas apenas um dos principais objetivos (OCDE, 2015c:58)¹²⁷.

Concluindo, constata-se que a aplicação desta norma necessita de uma análise pelas autoridades competentes – que a nosso ver apenas representa uma desvantagem para a norma uma vez que não prescreve um tratamento pró-ativo da questão – sendo que estas têm à sua disponibilidade a abertura para determinarem os procedimentos em que tal norma poderá ser aplicada – tal como acontece em Portugal com a CGAA – tal como a OCDE (2015c:64) refere «*States may wish to establish a similar form of administrative process that would ensure that paragraph 7 is only applied after approval at a senior level within the administration*». Adicionalmente, caso tal pessoa não seja considerada como apta a receber os benefícios da CDT de acordo com a *PPT rule*, podem as autoridades competentes atribuir os benefícios da CDT (OCDE, 2015c:64-65).

Como referimos, podem existir países que não possam aceitar as disposições da *PPT rule* ou que tal aceitação traga complicações constitucionais para esse país. Tendo consciência desta situação a OCDE (2015c:65-69) estabelece que tais países devem de adotar uma disposição suplementar à *LOB clause* que permita o combate efetivo às estruturas *conduit* e que tal disposição deve de ser acompanhada de medidas anti abuso internas que permitam igual combate a estes esquemas.

Apesar da *LOB clause*, em conjugação com a *PPT rule*, preverem no seu âmbito de atuação grande parte dos esquemas que tentam beneficiar das CDT indevidamente, a OCDE (2015b:69) considera que mesmo assim não se conseguem combater todas as situações de atribuição indevida de benefícios. Desta forma, propõe que sejam criadas «*targeted specific treaty anti-abuse rule*» (OCDE, 2015c:69) tendo, para tal, dado exemplos de situações que tais medidas devem combater, assim como, propostas de alteração às medidas já existentes na CMOCDE.

¹²⁷ De acordo com a OCDE (2015c:58) «*[a] purpose will not be a principal purpose when it is reasonable to conclude, having regards to all relevant facts and circumstances, that obtaining the benefit was not a principal consideration and would not have justified entering into any arrangement or transaction that has, alone or together with other transactions, resulted in the benefit*».

5.1.1.2. Situações em que uma pessoa recorre às disposições convencionais de forma a evitar a aplicação de normas internas de uma jurisdição

Relativamente a estas questões a OCDE (2015c:78) afirma que «*[m]any tax avoidance risks that threaten the tax base are not caused by tax treaties but may be facilitated by treaties*», o que advém da relação entre as CDT e as disposições internas de cada Estado e da forma como os Estados interpretam a possibilidade da aplicação das suas normas internas, em especial as normas anti abuso, quando se está perante situações de aplicação de normas convencionais.

Embora estas questões sejam tratadas com mais detalhe nas ações 2, 3, 4, 8, 9 e 10 do Plano de Ação, devem ser estabelecidas medidas nas CDT que «*ensure that treaties do not prevent the application of specific domestic law provisions that would prevent these transactions*» (OCDE, 2015c:78).

Desta forma a CMOCDE deverá ser alterada para se definir que não haverá conflito entre as normas internas anti abuso e as disposições convencionais quando determinada operação constitua um abuso da CDT (OCDE, 2015c:79). Para tal, são propostas alterações aos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE e em especial à parte sobre a utilização imprópria das convenções. Assim, tendo em consideração que os Estados têm diversas formas de interpretar a aplicação de normas internas anti abuso quando estamos perante situações reguladas por disposições convencionais – em que uns afirmam que o abuso de uma CDT constitui um abuso de normas internas e portanto está sujeito às disposições anti abusivas previstas, e outros afirmam que embora estejam perante um abuso não podem aplicar as disposições anti abusivas em cumprimento do art.º 31.º da Convenção de Viena – deverá ser acordado entre os Estados que os «*States do not have to Grant the benefits of a double taxation convention where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into*» (OCDE, 2015c:81).

Quanto à aplicação de legislação específica anti abuso, a OCDE (2015c:82) refere que os Estados podem utilizar diversos tipos de normas para combater situações abusivas, no entanto, afirma que a aplicação destas pode trazer alguns problemas à luz do princípio do *pacta sunt servanda*. No entanto, ciente desta possibilidade de conflito a OCDE (2015c:82-84) propõe várias soluções como a CDT prever especificamente a aplicação das cláusulas anti abuso uma vez que existem várias disposições convencionais que dependem da aplicação das normas internas¹²⁸.

¹²⁸ A este respeito é efetuado um comentário específico relacionado com as *CFC rules* em que a OCDE (2015c:85) estabelece que «*whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign company legislation [...] is not contrary to the provisions of the Convention*».

Desta forma, tendo em consideração os problemas que podem advir da aplicação das disposições anti abuso internas considerando operações abrangidas pelas convenções, a OCDE (2015c:86-89) identifica como uma disposição importante a estatuição de uma *saving clause* que permita aos Estados contratantes tributar os seus residentes quando o outro Estado também o possa fazer, sendo tal efetuado pela introdução do parágrafo 26.18 aos comentários ao art.º 1.º da CMOCDE¹²⁹. Em sequência desta disposição também se propõem alterações aos artigos referentes à eliminação da dupla tributação de forma a clarificar que «*both States are not reciprocally obliged to provide relief for each other's tax levied exclusively on the basis of the residence of the taxpayer and that each State is therefore only obligated to provide relief of double taxation to the extent that taxation by the other State is in accordance with provisions of the Convention*» (OCDE, 2015c:89).

Adicionalmente, no que respeita à aplicação de normas anti abusivas, podem existir normas potenciadoras de criação de situações de dupla tributação, como é o caso dos *exit taxes* – o que não é claramente o objetivo das CDT – tal como é referido pela OCDE (2015c:89) quando refere que «*[t]he application of such taxes [...] creates risks of double taxation where the relevant person becomes a resident of another State which seeks to tax the same income at a different time*»¹³⁰.

Assim, a solução proposta é que os Estados contratantes celebrem um acordo em que o «*the State of residence would provide relief for the departure tax levied by the previous State of residence on income that accrued whilst the person was a resident of that States*» (OCDE, 2015c:90).

5.1.2. Definição do objetivo das CDT

No que respeita a esta decisão decorrente do relatório final da Ação 6 é proposto que seja alterado o preâmbulo das CDT. Assim, o preâmbulo deverá definir expressamente que «*the prevention of tax evasion and avoidance is a purpose of tax treaties*» (OCDE, 2015c:91).

Desta forma é proposto que o preâmbulo seja alterado de forma a que conste a seguinte descrição (OCDE, 2015c:92):

(State A) and (State B),

Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their co - operation in tax matters,

Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or

¹²⁹ Propõe-se que o parágrafo 26.18 tenha a seguinte redação «*[p]aragraph 3 confirms the general principle that the Convention does not restrict a Contracting State's right to tax its own residents except where this is intended and lists the provisions with respect to which that principle is not applicable*» (OCDE, 2015c:86).

¹³⁰ A este respeito veja-se a solução já encontrada pela UE no âmbito da Diretiva anti elisão fiscal no que respeita aos *exit taxes*.

avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States) Have agreed as follows:

Tal descrição fará com que a interpretação das CDT seja efetuada de forma diferente, pois de acordo com o art.º 31.º da Convenção de Viena que estabelece que as Convenções devem ser analisadas tendo em consideração o princípio da boa fé e de acordo com os termos tendo em consideração o seu contexto sem esquecer o seu objeto e propósito (OCDE, 2015c:92-93).

5.1.3. Definição da política fiscal na celebração de CDT

A última ação promovida pela Ação 6 passa pelo auxílio na definição de uma política fiscal que os Estados devem seguir quando pretendem celebrar uma CDT com outro Estado, especialmente com jurisdições de baixa ou nula tributação.

Desta forma, é proposto que se altere os comentários constantes dos parágrafos introdutórios da CMOOCDE. A primeira destas alterações passa por esclarecer que *«the question of whether or not to enter into a tax treaty with another country is for each State to decide on the basis of different facts, which include both tax and non-tax considerations, tax policy considerations will generally play a key role in that decision»* (OCDE, 2015c:94).

A primeira consideração na definição da política fiscal a adotar na celebração de CDT passa por analisar a existência de situações que, pela interação dos dois sistemas fiscais, possam causar situações de dupla tributação de rendimentos. Caso existam, e tendo em especial consideração os casos de jurisdições com baixa ou nenhuma tributação, os Estados devem de analisar se tais situações de dupla tributação podem ser evitadas ou eliminadas através de disposições nos normativos internos dos Estados em questão. Assim, apenas no caso de existirem situações de dupla tributação que não possam ser supridos através de disposições internas é que os Estados devem considerar a hipótese de celebrarem uma CDT (OCDE, 2015c:95).

Adicionalmente a esta consideração, os Estados devem de avaliar a tributação do outro Estado no que respeita a retenções na fonte a não residentes. Como refere a OCDE (2015c:95), os Estados podem justificar a celebração de uma CDT quando a tributação no outro Estado seja de tal forma elevada que, mesmo após aplicados os mecanismos internos de eliminação da dupla tributação, resulte numa tributação final que não incentive o investimento e as operações entre os dois Estados.

Como última grande decisão na definição da política a adotar aquando da celebração de uma CDT, os Estados devem avaliar o comprometimento da outra parte contratante no respeito das disposições convencionais e, em especial, no que respeita à assistência administrativa e à troca

efetiva de informações fiscais (OCDE, 2015c:95). No entanto, apesar de ser um ponto a considerar, os Estados não devem celebrar CDT apenas com base neste ponto uma vez que a OCDE (2015c:96) considera que esta disposição «*would not, by themselves, provide a sufficient tax policy basis for the existence of a tax treaty*».

Adicionalmente, para os Estados que pretendem efetuar um combate efetivo ao BEPS, tendo em consideração que as legislações internas não são estanques e se encontram sujeitas a alterações que não conseguem estar sempre sob o escrutínio do outro Estado contratante, a OCDE (2015c:96-98) recomenda que sejam adotadas disposições específicas tendo em consideração regimes fiscais especiais.

Assim, deve ser adotada uma definição do que se considera como regime fiscal especial¹³¹ e devem de ser enumerados os regimes que se consideram abrangidos por esta definição ao mesmo tempo que se limita a aplicação das disposições convencionais dos juros, *royalties* e dividendos apenas às operações que não se encontrem abrangidas por nenhum destes regimes, ou seja, quando estiver em causa a aplicação deste tipo de disposições convencionais e a entidade beneficiária dos rendimentos se encontrar abrangida por um regime fiscal especial é aplicada a legislação interna do Estado da fonte.

Para terminar, também é proposta a introdução de uma cláusula que faz cessar a aplicação de determinadas disposições convencionais aquando da implementação de um regime fiscal especial, após o Estado contratante que adotou tal regime proceder à notificação do outro Estado contratante dando conhecimento da situação (OCDE, 2015c:98).

¹³¹ A este respeito é proposta a seguinte disposição quanto à definição (OCDE, 2015c:96):

the term “special tax regime” with respect to an item of income or profit means any legislation, regulation or administrative practice that provides a preferential effective rate of taxation to such income or profit, including through reductions in the tax rate or the tax base. With regard to financing income, the term special tax regime includes notional interest deductions that are allowed without regard to liabilities for such interest. However, the term shall not include any legislation, regulation or administrative practice:

- i. the application of which does not disproportionately benefit interest, royalties or other income, or any combination thereof;*
- ii. except with regard to financing income, that satisfies a substantial activity requirement;*
- iii. that is designed to prevent double taxation;*
- iv. that implements the principles of Article 7 (Business Profits) or Article 9 (Associated Enterprises);*
- v. that applies to persons which exclusively promote religious, charitable, scientific, artistic, cultural or educational activities;*
- vi. that applies to persons substantially all of the activity of which is to provide or administer pension or retirement benefits;*
- vii. that facilitates investment in widely-held entities that hold real property (immovable property), a diversified portfolio of securities, or any combination thereof, and that are subject to investor-protection regulation in the Contracting State in which the investment entity is established; or*
- viii. that the Contracting States have agreed shall not constitute a special tax regime because it does not result in a low effective rate of taxation*

5.1.4. Trabalhos futuros e resultados

No que respeita a trabalhos futuros, de acordo com o expresso pela OCDE ao longo do Relatório final, é importante analisar a nova *LOB clause* que fará parte da CMEUA, dado a importância desta norma para o combate ao *treaty shopping* e tendo em consideração a experiência dos EUA nesta matéria.

Adicionalmente ainda se encontra por definir como é que os *Collective Investment Vehicles* (CIV) e os fundos de pensões vão ser tratados no âmbito da *LOB clause*¹³².

Quanto ao resultado final da Ação 6 é corporizado em alterações à CMOOCDE, através da introdução de novas disposições e alterações de algumas já existentes, bem como, alterações aos comentários da CMOOCDE. Adicionalmente, as conclusões retiradas do Relatório BEPS e, em especial, as decorrentes da Ação 6 farão parte do instrumento multilateral, decorrente da Ação 15, que será responsável por uma rápida aplicação de todas as decisões tomadas, no entanto, ainda não conseguimos prever quando é que tal instrumento será disponibilizado e entrará em vigor, pois a sua aplicação irá implicar uma aceitação unânime dos Estados intervenientes no Relatório BEPS.

¹³² Este é um tema já em discussão após a publicação dos *discussion drafts* relativos a estas matérias (OCDE, 2016a; OCDE,2016b).

VI. Caso prático: Financiamento intragrupo

No que respeita ao caso prático que iremos apresentar, para a sua elaboração inspirámo-nos nos exemplos constantes do Relatório final da Ação 6 do BEPS e que farão parte dos comentários à CMOUDE assim que estes forem revistos com a conclusão de todos os trabalhos do Relatório BEPS.

Sabendo da existência de diversas hipóteses para desenvolver o nosso caso prático, recorreremos à simulação de uma operação devido à inexistência de situações jurisprudenciais sobre o nosso tema, pelo menos no que respeita aos tribunais portugueses e ao TJUE, ou existindo-os estes não se enquadravam com o resultado que gostaríamos de apresentar neste trabalho.

Assim, no que respeita ao desenvolvimento do caso prático, após o seu enquadramento iremos abordar qual o tratamento das operações antes do Relatório BEPS e qual o tratamento que será dado a tal operação após a entrada em vigor das conclusões retiradas do Relatório BEPS e, no que nos respeita, em especial nas conclusões decorrentes do Relatório relativo à Ação 6.

Desta forma, no enquadramento do tratamento das operações antes do Relatório BEPS, iremos desenvolver qual o tratamento dado pelo sistema fiscal português no caso as entidades mencionadas fossem residentes para efeitos fiscais em Portugal.

Quanto à análise do tratamento das operações, após a entrada em vigor das conclusões decorrentes da Ação 6 do Relatório BEPS, iremos analisar na generalidade a aplicabilidade da *LOB clause* e da *PPT rule* às operações em questão. Ou seja, neste caso prático não iremos analisar as questões relativas à definição dos objetivos das CDT e à definição da política fiscal para a celebração de CDT uma vez que estas nos parecem estruturadas de uma tal forma que delas não decorrem dúvidas de interpretação e, por conseguinte, não terem uma implicação de tal forma importante que pudessem alterar as análises que iremos elaborar.

6.1. Descrição do caso prático

A sociedade ABC é negociada em bolsa e residente para efeitos fiscais no Estado 1. A sociedade ABC é a sociedade dominante de um Grupo de empresas dispersas por diversos Estados, nomeadamente: a sociedade X, residente fiscal no Estado 3; a sociedade Y, residente fiscal no Estado 4; a sociedade Z, residente fiscal no Estado 5; e a sociedade V, residente fiscal no Estado 6.

O Grupo desenvolve a sua atividade no sector tecnológico onde executa, por sua conta e risco, o processo de investigação e desenvolvimento necessário para o desenvolvimento da sua atividade. Adicionalmente, o Grupo também assume o risco de produção decorrente dos processos produtivos por si desenvolvidos. Para todos os efeitos, as sociedades mencionadas desenvolvem atividades com substância económica nos Estados onde se encontram instaladas através de meios próprios.

Por motivos diversos, relacionados com a gestão operacional do Grupo, nomeadamente, no que respeita a questões de diferenças horárias, transportes e pessoas qualificadas com conhecimentos linguísticos, entre outros, a sociedade ABC sentiu a necessidade de constituir a sociedade DF, residente fiscal no Estado 2, passando esta a deter todas as participações detidas anteriormente pela ABC. No que respeita à escolha do Estado 2 para a constituição da sociedade, podemos destacar o desenvolvimento económico deste Estado, nomeadamente no que respeita à alta qualificação de recursos humanos, a um sistema legal de confiança, estabilidade política, a um sistema bancário sólido e a existência de uma rede convencional robusta.

Relativamente às responsabilidades a serem assumidas por DF, tendo em consideração as dificuldades de gestão reportadas por ABC, esta assumirá a responsabilidade pela execução dos seguintes serviços:

- a) Serviços de gestão, nomeadamente, execução dos trabalhos contabilísticos, apoio jurídico e desenvolvimento da política de recursos humanos¹³³; e
- b) Serviços financeiros, nomeadamente, a centralização da gestão das disponibilidades do Grupo, gestão de pagamentos e recebimentos, gestão dos financiamentos do Grupo onde também assumiria os riscos de gestão cambial dos mesmos.

Para a execução dos serviços mencionados, DF será responsável pela aquisição dos ativos que irá necessitar para a execução dos mesmos e procederá à contratação dos recursos humanos devidamente qualificados para o efeito. Assim, podemos concluir que DF irá desenvolver uma atividade com substância económica no Estado 2.

Como referimos, a escolha do Estado 2 para a fixação de DF também teve como critério a rede convencional em vigor neste Estado. Assim, no que respeita às CDT celebradas pelo Estado 1,

¹³³ No que respeita a estes serviços não iremos considerar na nossa análise os requisitos legais que teriam de ser cumpridos por DF para executar estes serviços, especialmente no que respeita aos serviços de contabilidade, que teriam de ser executados por um contabilista certificado, e no que respeita aos serviços jurídicos, que teriam de ser efetuados por um advogado devidamente certificado para o efeito.

este apenas não dispõe de CDT com o Estado 3 e com o Estado 6. Quanto às CDT celebradas pelo Estado 2, apenas não dispõe de CDT com o Estado 3 e com o Estado 4.

Para o caso prático em questão iremos simular a função de gestão de financiamento desenvolvida por DF. Desta forma, uma das subsidiárias necessita de contrair um financiamento de 10 Milhões de u.m. de A para a construção de uma fábrica de forma a conseguir produzir um produto que resulta de investigação efetuada dentro do Grupo.

Assim, tendo DF a responsabilidade pela gestão da atribuição deste financiamento, irá proceder à contratação de um empréstimo de forma a conseguir, seguidamente, efetuar o empréstimo à subsidiária que necessita dele. De acordo com a política do Grupo nesta matéria, a contratação de financiamentos passa, em primeiro lugar, por uma consulta interna para verificar se alguma empresa pertencente ao Grupo se encontra em condições para efetuar este financiamento, e só em caso de impossibilidade é que DF tem autorização da sociedade dominante para recorrer ao financiamento externo, através de instituições financeiras.

Desta forma, para efeitos deste caso prático, iremos considerar que o financiamento contraído por DF para satisfazer as necessidades de uma subsidiária foi efetuado pela sociedade ABC no valor de 15 Milhões de u.m. de B.

Elaborado o enquadramento do caso prático, podemos identificar duas questões a ser analisadas seguidamente:

- 1) Interposição de uma sociedade que será responsável pela prestação de serviços de gestão e financeiros a todas as sociedades pertencentes ao Grupo;
- 2) A implicação do financiamento intragrupo, primeiramente no que respeita ao financiamento entre ABC e DF e, posteriormente, relativamente ao financiamento de DF a uma das suas beneficiárias.

A figura 6.1 ilustra o enquadramento do caso prático que elaborámos de forma a facilitar a análise do mesmo.

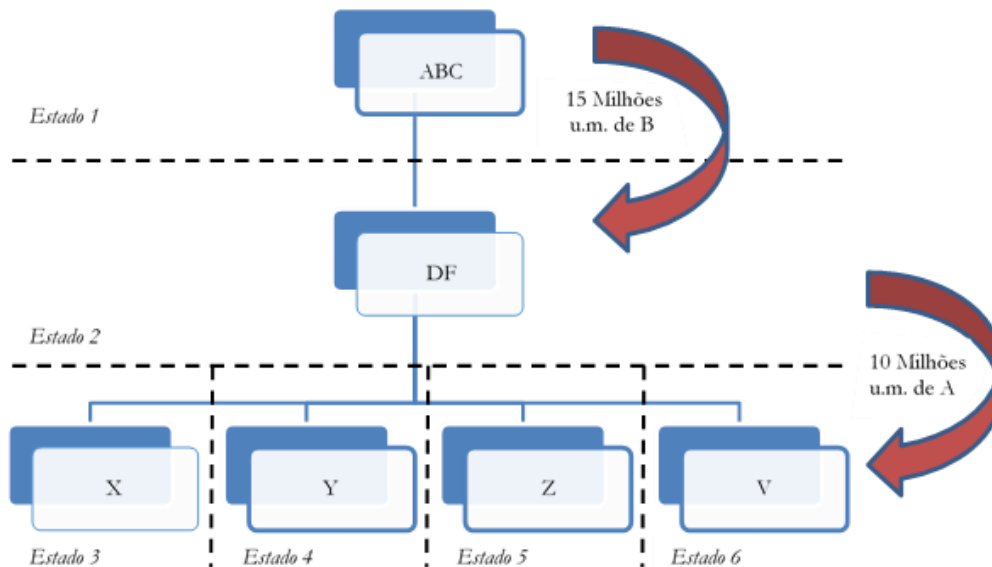


Figura VI.1 – Operação de financiamento intragrupo

6.2. Tratamento fiscal do caso prático antes do Relatório BEPS

Como referimos, nesta parte do caso prático iremos abordar o enquadramento fiscal das operações mencionadas imaginando que cada uma das sociedades era considerada residente fiscal em Portugal.

Desta forma, esta análise será efetuada em três partes: a primeira supondo que a sociedade ABC é residente fiscal em Portugal; a segunda, em que a sociedade DF é residente fiscal em Portugal; e a terceira, em que uma das subsidiárias é residente em Portugal.

1) Sociedade ABC é residente para efeitos fiscais em Portugal

Considerando que a sociedade ABC é residente para efeitos fiscais em Portugal e aqui tributada de acordo com as regras do CIRC, no que respeita à interposição de uma sociedade do Estado 2 que ficará responsável pela gestão financeira do Grupo, podemos ter dois regimes aplicáveis a tal operação: o regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, previsto nos art.º 73.º a 78.º do CIRC; ou o regime do *participation exemption*, mais concretamente o art.º 51.º-C do CIRC relativo às mais valias obtidas com transmissão onerosa de partes sociais.

Relativamente ao regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, só fará sentido abordá-lo no caso de considerarmos que a realização do capital da sociedade DF foi efetuada através da entrada de ativos (ações das empresas subsidiárias). Adicionalmente, é requisito para a aplicação do regime que a sociedade a ser criada – neste caso DF – seja sediada em Portugal ou noutra EM da UE, de acordo com o n.º 7 do art.º 73.º do CIRC.

Caso sejam cumpridos estes requisitos, existe uma desconsideração para a determinação do lucro tributável da sociedade contribuidora – neste caso a sociedade ABC – de qualquer resultado inerente à transmissão destes ativos, desde que estes fiquem afetos a uma sociedade, ou um estabelecimento estável, localizados em Portugal e desde que continuem a aplicar as mesmas políticas contabilísticas utilizadas pela sociedade contribuidora, de acordo com o art.º 74.º do CIRC, sendo a opção pela aplicação deste regime feito na IES pela sociedade beneficiária da entrada dos ativos, sendo a sociedade contribuidora obrigada a integrar no seu *dossier* fiscal toda a documentação relativa a esta operação.

Por outro lado, no caso de não ser aplicável o regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, poderá ser ainda aplicado o regime do *participation exemption* caso as participações sejam transmitidas de forma onerosa para a sociedade DF.

Quanto à alienação onerosa destas participações sociais, uma vez que a operação é efetuada entre duas entidades que cumprem os requisitos das relações especiais decorrentes do n.º 4 do art.º 63.º do CIRC, os preços fixados para a operação devem de cumprir o princípio da plena concorrência e serem determinados de acordo com as práticas do mercado adaptadas à situação específica.

Quanto ao regime do *participation exemption* relativo às mais valias decorrentes desta transmissão onerosa de participações sociais, determina o art.º 51.º-C do CIRC que não concorrem para a formação do lucro tributável as mais valias e as menos valias realizadas com a transmissão onerosa, desde que estas sejam detidas ininterruptamente por um período não inferior a um ano e se encontrem cumpridos os seguintes requisitos: (i) a sociedade que transmite as participações detenha, direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 10% do capital social da sociedade transmitida; (ii) a sociedade transmitente não se encontre abrangida pelo regime da transparência fiscal constante do art.º 6.º do CIRC; (iii) a sociedade transmitida não seja considerada residente para efeitos fiscais em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável e conste da lista da Portaria n.º 150/2004; e (iv) a sociedade transmitida esteja sujeita e não isenta de um imposto de natureza idêntica ao IRC e que a taxa

legal aplicável não seja inferior a 60% da taxa de IRC prevista no art.º 87.º do CIRC. No entanto, este regime não será aplicável, de acordo com o n.º 4 do art.º 51.º-C do CIRC, no caso de o ativo da sociedade transmitida ser composto em mais de 50% por direitos reais de bens imóveis situados em Portugal, com exceção dos imóveis afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial.

No que respeita a dividendos futuros a receber pela sociedade ABC, pagos pela sociedade DF, poderá ser aplicado também o regime do *participation exemption*, logo sem consideração de rendimentos tributáveis tais dividendos, desde que cumpridos os seguintes requisitos constantes do n.º 1 do art.º 51.º do CIRC: (i) a sociedade ABC detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 10% do capital social da sociedade DF; (ii) tal participação seja detida, de um modo ininterrupto, durante o ano anterior à distribuição, ou se detida à menos tempo, esta venha a deter tal participação até completar o prazo mencionado; (iii) a sociedade ABC não pode estar sujeita ao regime da transparência fiscal do art.º 6.º do CIRC; (iv) a sociedade DF tem de se encontrar sujeita e não isenta de um imposto de natureza idêntica ao IRC e a taxa não seja inferior a 60% da taxa de IRC prevista no art.º 87.º do CIRC; e (v) a sociedade DF não esteja sediada em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável e conste da lista da Portaria n.º 150/2004.

Adicionalmente, no caso de os requisitos do n.º 1 do art.º 51.º do CIRC não se encontrarem cumpridos, de acordo com o n.º 9 do art.º 51.º do CIRC, a entidade beneficiária dos dividendos tem direito a beneficiar do crédito de imposto suportado no Estado da fonte ao abrigo de CDT em vigor.

Por outro lado, no que respeita à segunda operação em análise, a celebração de um contrato de financiamento entre a sociedade ABC e a sociedade DF, não existem disposições internas que não permitam a celebração do mesmo. No entanto, as partes devem de acordar uma remuneração compatível com o princípio da plena concorrência, isto é, a taxa de juro fixada para a remuneração deste financiamento deve de respeita a prática do mercado tendo em consideração as características específicas da operação, nomeadamente, o montante, o prazo, o risco do devedor e as garantias associadas ao mesmo.

2) Sociedade DF é residente para efeitos fiscais em Portugal

No que respeita à sociedade DF, tendo esta sede em território nacional, e estando em condições de beneficiar do regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, caber-lhe-á a obrigação de mencionar na IES que pretende a aplicação deste

regime a ativos que lhe foram atribuídos para a realização do seu capital social, tal como já havíamos anteriormente mencionado.

Quanto ao pagamento dos dividendos à sociedade ABC, temos de averiguar da possibilidade da dispensa total ou parcial da obrigação de efetuar retenção na fonte aquando o pagamento destes rendimentos, de acordo com o art.º 97.º e 98.º do CIRC.

Assim, se a sociedade ABC for residente em Portugal, existe dispensa de efetuar retenção na fonte no caso de o art.º 51.º do CIRC ser aplicável à situação em questão e a participação seja detida pela mesma entidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data de colocação à disposição, de acordo com a al. c) do n.º 1 do art.º 97.º do CIRC. No entanto, caso o art.º 51.º do CIRC não seja aplicável, existe a obrigação de efetuar retenção na fonte à taxa de 25% sobre o valor dos dividendos pagos ou colocados à disposição, nos termos dos n.º 1 e 4 do art.º 94.º do CIRC¹³⁴.

Por outro lado, não existe a obrigação de efetuar retenção na fonte no pagamento ou colocação dos dividendos à disposição de ABC, nos termos do n.º 3 do art.º 14.º do CIRC, quando: (i) ABC for residente de um EM da UE, ou residente de um EM do EEE que se encontre vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, ou seja residente num Estado com o qual exista, e se encontre em vigor, CDT que preveja a troca de informações; (ii) ABC esteja sujeita e não isenta de um imposto de natureza idêntica ao IRC e, no caso de ser residente em Estado com o qual esteja em vigor CDT, a taxa de imposto aplicável não seja inferior a 60% da taxa de IRC prevista no art.º 87.º do CIRC; (iii) ABC detenha, direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 10% do capital social da DF; e (iv) esta participação seja detida de modo ininterrupto durante o ano anterior à colocação à disposição.

Caso não seja aplicável o n.º 3 do art.º 14.º do CIRC e os dividendos distribuídos por DF a ABC estejam abrangidos pela aplicação de uma CDT que limite o direito à tributação a Portugal, a retenção na fonte é efetuada nos termos de tal CDT que variam entre 5% a 15% do valor do rendimento¹³⁵.

Quanto a obrigações declarativas decorrentes do pagamento de dividendos por DF será necessário que ABC forneça um certificado de residência fiscal emitido pelas autoridades fiscais competentes e que proceda ao preenchimento e assinatura da declaração Modelo 21-RFI.

¹³⁴ No caso de a sociedade beneficiária do rendimento ser residente num país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável e conste da lista da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro a taxa de retenção na fonte será de 35%, de acordo com a al. i) do n.º 4 do art.º 87.º do CIRC.

¹³⁵ No anexo 1 podem observar-se as taxas de retenção na fonte aplicáveis a esta situação e que podem sofrer alterações consoante o país com o qual foi celebrada a CDT.

Adicionalmente, quando esteja em causa o pagamento de dividendos a uma entidade não residente em Portugal, a sociedade DF encontra-se obrigado ao preenchimento da declaração Modelo 30 até ao final do segundo mês seguinte àquele em que se efetuou o pagamento ou se colocou à disposição os dividendos.

No que respeita ao processo de obtenção e de atribuição de financiamento entre entidades do Grupo – assim como no que respeita à faturação relativa aos serviços prestados por DF às outras empresas do Grupo anteriormente enumerados – a sociedade DF tem de garantir que os mesmos são fixados de acordo com o princípio da plena concorrência e que não divergem dos preços de mercado para tais operações. Desta forma, para que não se verifique a aplicação da disposição relativa aos preços de transferência, a taxa de juro média dos empréstimos concedidos deverá ser superior à taxa de juro média dos empréstimos contraídos de forma a demonstrar a existência de uma margem clara de remuneração pelos trabalhos exercidos por DF.

Adicionalmente, inerente à questão dos financiamentos encontra-se a questão da dedutibilidade dos juros decorrentes dos mesmos. Neste aspeto, caso a sociedade DF fosse considerada residente em Portugal, teríamos de ter em consideração o disposto no art.º 67.º do CIRC. No entanto, considerando o caso exposto e esta disposição normativa, se considerarmos que o princípio da plena concorrência foi cumprido a sociedade DF não deverá apresentar gastos líquidos de financiamento porque ao valor dos juros suportados subtraem-se o valor dos juros obtidos com idênticas operações. Assim, consideramos que a disposição anterior desta norma era mais restritiva quanto à dedutibilidade dos juros de financiamento, principalmente se os fundos tivessem proveniência de uma entidade com a qual existem relações especiais. Podemos concluir, portanto, que, a alteração do art.º 67.º do CIRC teve também como algum fundamento a criação de oportunidades para estabelecer empresas como é o caso da DF.

Para terminar, quanto ao pagamento de juros à sociedade ABC, temos de averiguar da possibilidade da dispensa total ou parcial da obrigação de efetuar retenção na fonte aquando do pagamento deste rendimento, de acordo com o art.º 97.º e 98.º do CIRC.

Assim, se a sociedade ABC for residente em Portugal, apenas existe dispensa de efetuar retenção na fonte caso a sociedade ABC for uma instituição financeira, de acordo com a al. a) do n.º 1 do art.º 97.º do CIRC. Desta forma, não podendo ser aplicada esta dispensa de retenção na

fonte, existe a obrigação de efetuar retenção na fonte à taxa de 25% sobre o valor dos dividendos pagos ou colocados à disposição, nos termos dos n.º 1 e 4 do art.º 94.º do CIRC¹³⁶.

Também não se verifica a obrigatoriedade de efetuar retenção na fonte no pagamento ou colocação dos juros à disposição de ABC, nos termos dos n.º 12 a 15 do art.º 14.º do CIRC, quando:

- a) A sociedade beneficiária efetiva dos rendimentos:
 - a. Seja uma sociedade de outro EM da UE;
 - b. Esteja sujeita e não isenta a um dos impostos enumerados na lista constante da Diretiva juros e *royalties*;
 - c. Assuma uma das formas jurídicas constantes da lista anexa à Diretiva juros e *royalties*; e
 - d. Seja considerada residente de um EM da UE, sem que nenhuma CDT determine que a sociedade beneficiária é residente fora da UE;
- b) A entidade devedora dos juros seja considerada associada da sociedade beneficiária, o que se considera verificado quando existe uma participação direta mínima de 25%.

Contudo, não se verifica a isenção anteriormente descrita quando, de acordo com o n.º 15 do art.º 14.º do CIRC, a maioria do capital da sociedade beneficiária seja detida por residentes de países terceiros, a menos que se prove que a cadeia de participações não tem como objetivo principal beneficiar da redução da retenção na fonte, bem assim, quando o valor de juros cobrados não respeite o princípio de plena concorrência e seja considerado excessivo.

Caso não seja aplicável o regime previsto nos n.º 12 a 15 do art.º 14.º do CIRC e os juros pagos ou colocados à disposição por DF a ABC estejam abrangidos pela aplicação de uma CDT que limite o direito à tributação a Portugal, a retenção na fonte é efetuada nos termos de tal CDT que variam entre 5% a 15% do valor do rendimento¹³⁷.

Quanto a obrigações declarativas decorrentes do pagamento ou colocação à disposição dos juros por DF será necessário que ABC forneça um certificado de residência fiscal emitido pelas autoridades fiscais competentes e que proceda ao preenchimento e assinatura da declaração

¹³⁶ No caso de a sociedade beneficiária do rendimento ser residente num país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável e conste da lista da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro a taxa de retenção na fonte será de 35%, de acordo com a al. i) do n.º 4 do art.º 87.º do CIRC.

¹³⁷ No anexo 1 podem observar-se as taxas de retenção na fonte aplicáveis a esta situação e que podem sofrer alterações consoante o país com o qual foi celebrada a CDT.

Modelo 21-RFI. Adicionalmente, quando esteja em causa o pagamento de dividendos a uma entidade não residente em Portugal, a sociedade DF encontra-se obrigado ao preenchimento da declaração Modelo 30 até ao final do segundo mês seguinte àquele em que se efetuou o pagamento ou se colocou à disposição os dividendos.

3) Subsidiária é residente para efeitos fiscais em Portugal

Nesta parte da análise iremos proceder a uma análise conjunta do enquadramento fiscal das operações mencionadas na esfera das subsidiárias (sociedade X, Y, Z e V) como se estas fossem residentes para efeitos fiscais em Portugal. Iremos efetuar esta análise desta forma uma vez que o tratamento das operações apenas difere consoante a existência ou inexistência de CDT com as outras sociedades do Grupo.

No que respeita à primeira operação em causa, a interposição da sociedade DF, a principal questão colocada é inerente à dedutibilidade dos prejuízos fiscais registados em períodos anteriores à interposição da sociedade. A este respeito, o n.º 1 do art.º 52.º do CIRC refere que os prejuízos fiscais são dedutíveis em um ou mais dos cinco períodos de tributação subsequentes àquele em que foram apurados, sendo este período alargado para doze períodos caso se trate de uma sociedade considerada como pequena e média empresa ao abrigo do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.

No entanto, o n.º 9 do art.º 52.º do CIRC, determina que se deixa de verificar a possibilidade de dedução dos prejuízos fiscais apurados quando, em qualquer período de tributação, se verifique a alteração de titularidade de mais de 50% dos detentores de capital social. Considerando que esta disposição tinha um carácter muito limitativo no que respeita à reorganização empresarial, e tendo em consideração que o objetivo dos impostos não é o de criar entraves ao desenvolvimento dos negócios, o legislador estabeleceu uma cláusula de salvaguarda que exclui algumas situações desta limitação de dedução dos prejuízos fiscais, de acordo com o n.º 9 do art.º 52.º do CIRC, a saber: (i) quando a alteração resulta numa passagem de detenção direta para indireta ou vice versa; (ii) seja decorrente de operações ao abrigo do regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais; (iii) decorrentes de sucessões por morte; (iv) quando um adquirente detenha ininterruptamente mais de 20% do capital social desde o início do período de tributação a que respeitam os prejuízos; ou (v) quando o adquirente seja um trabalhador ou membro dos órgãos sociais desde o início do período de tributação a que respeitam os prejuízos.

Tendo em consideração o exposto, é de concluir que a reorganização empresarial verificada no Grupo mencionado neste caso prático poderá ser enquadrada na primeira situação de exclusão

da limitação à dedutibilidade dos prejuízos fiscais quando se verifique a alteração da titularidade dos detentores do capital social, ou seja, as sociedades subsidiárias podem continuar a usufruir da dedução, nos termos do n.º 1 do art.º 52.º do CIRC, dos prejuízos fiscais apurados em períodos anteriores a esta operação de reorganização.

Quanto ao pagamento de dividendos das subsidiárias à sociedade DF não iremos analisar novamente uma vez que o regime aplicável é igual àquele aplicável ao pagamento de dividendos da sociedade DF à sociedade ABC e que já tivemos oportunidade para analisar.

Quanto à operação de financiamento, também se verifica a necessidade das taxas de juros de remuneração do capital sejam definidas de acordo com o princípio de plena concorrência e respeitem os preços de mercado.

Em relação à questão da subcapitalização, ao nível das subsidiárias esta questão já se coloca, pois a este nível verifica-se a existência de gastos de financiamento líquidos relevantes para a aplicação do regime. Desta forma, as subsidiárias deverão ter em consideração se não ultrapassam os limites do art.º 67.º do CIRC já abordados por nós anteriormente.

Para terminar, no que respeita ao regime da retenção na fonte relativo ao pagamento dos juros dos financiamentos, este segue igualmente o já referido anteriormente, pelo que, não iremos analisar a situação novamente. No que respeita às subsidiárias, coloca-se a questão da identificação da sociedade beneficiária efetiva destes rendimentos.

De acordo com a opinião da OCDE, tendo em consideração as explicações decorrentes dos exemplos em que nos inspirámos para este caso prático, considera-se que o beneficiário efetivo dos juros é a sociedade DF por esta desenvolver uma atividade com substância económica no Estado em que se encontra sedeada e por esta utilizar meios próprios e incorrer em riscos para desenvolver a sua atividade, ou seja, com base nestes pressupostos esta estrutura não é considerada como *conduit*.

No entanto, na nossa opinião, estamos a abordar uma questão que se encontra no limite da classificação enquanto *conduit* uma vez que não se poderá ter a mesma opinião no caso em que o financiamento concedido por DF tenha exatamente as mesmas condições, no que respeita à taxa de juro, que o financiamento que anteriormente lhe tinha sido atribuído pela sociedade ABC. A nosso ver, o facto de a sociedade DF desenvolver uma atividade com substância económica nos termos referidos pela OCDE poderá não ser bastante para dar substância económica, especificamente, à operação de financiamento em questão. Assim, teremos de analisar se os desenvolvimentos decorrentes do Relatório da Ação 6 do BEPS vêm reclassificar esta operação e classifica-la como *conduit*.

6.3. Tratamento fiscal do caso prático depois do Relatório BEPS

Nesta parte do caso prático iremos analisar a aplicabilidade da *LOB clause* e da *PPT rule* às operações mencionadas, nos termos presentes no Anexo 4. Para tal iremos adotar o mesmo critério que utilizámos para o ponto anterior, ou seja, iremos analisar se estas duas disposições limitam o acesso à CDT primeiramente na esfera da sociedade ABC, de seguida analisaremos o impacto das mesmas na esfera da sociedade DF e terminaremos com a análise do impacto na esfera das empresas subsidiárias.

1) Impacto da *LOB clause* e da *PPT rule* na esfera da sociedade ABC

Tendo em consideração as disposições da *LOB clause* proposta pela OCDE podemos constatar que a sociedade ABC, antes e após a interposição da sociedade DF, é considerada residente qualificada no âmbito de uma CDT com qualquer dos outros Estados presentes neste caso prático, de acordo com o n.º 2 al. c) – i) da *LOB clause*.

No entanto, supondo que o teste automático de determinação da residência qualificada falhasse, não podemos considerar que a sociedade ABC fosse residente através do teste do desenvolvimento de uma conduta ativa de negócios presente no n.º 3 da *LOB clause*. Isto porque ao interpor a sociedade DF, a sociedade ABC passou a agir como uma pura sociedade *holding* e, de acordo com a al. a) do n.º 3 da *LOB clause*, o desenvolvimento da atividade de gestão dos investimentos não se encontra abrangida pelo âmbito de atuação deste teste.

Assim, a qualificação como residente teria de passar a ser analisada de acordo com o teste da detenção (*ownership test*). Com base neste teste, a sociedade ABC seria considerada residente qualificado se, pelo menos, 95% do valor das suas ações e dos direitos de voto fosse detido por menos de sete pessoas que sejam beneficiários equivalente e menos de 50% do rendimento bruto fosse pago a entidades que não sejam beneficiários equivalentes.

Quanto à possibilidade dos benefícios decorrentes da CDT serem negados ao abrigo da *PPT rule*, tendo em consideração o enquadramento de um exemplo idêntico efetuado pela OCDE (2015c:62) parece-nos que não é de aplicar esta disposição uma vez que, embora a questão fiscal também tenha tido alguma influência na escolha do Estado onde se deveria constituir a sociedade DF, a escolha foi mais influenciada pela conjuntura económica específica daquele Estado do que pela poupança fiscal que poderia advir daí.

2) Impacto da *LOB clause* e da *PPT rule* na esfera da sociedade DF

Considerando a atividade desenvolvida por DF, tal como ela é descrita no enquadramento deste caso prático, podemos concluir que a sociedade DF é residente qualificado, de qualquer CDT

celebrada com os Estados onde se encontram localizadas as empresas subsidiárias e que venham a adotar este enunciado de *LOB clause*, de acordo com o n.º 2 al. c) – ii) da *LOB clause*.

No caso de a sociedade DF não ser considerada como residente qualificado ao abrigo deste teste automático, podemos concluir que o seria de acordo com o teste do desenvolvimento de uma conduta ativa de negócios previsto no n.º 3 da *LOB clause*.

Esta conclusão é retirada da explicação dada pela OCDE (2015c:62) embora, como referimos anteriormente, nos pareça que se enquadramento deva ser densificado uma vez que a sociedade DF não é mais do que responsável pela prestação de serviços de carácter financeiro e que estes se caracterizam por terem altos níveis de mobilidade e não necessitem de grande presença efetiva em determinada jurisdição para serem prestados.

Quanto à aplicação da *PPT rule*, é de considerar o mesmo enquadramento já mencionado aquando da abordagem da aplicação da mesma à sociedade ABC. No entanto, no que respeita à sociedade DF, a opinião da OCDE é de que não se justifica a aplicação da *PPT rule* uma vez que a sociedade DF desenvolve uma atividade real com recurso a ativos próprios e por sua conta e risco. Mais uma vez, tendo em consideração o âmbito dos serviços prestados por DF e o seu alto nível de mobilidade, parece-nos que estamos perante uma situação que se encontra no limite de ser considerada como uma estrutura *conduit*, uma vez que tal qualificação apenas não ocorre porque para além da gestão dos financiamentos do Grupo a sociedade DF presta outros serviços na área financeira.

3) Impacto da *LOB clause* e da *PPT rule* na esfera das sociedades subsidiárias

Por último, no que respeita às sociedades subsidiárias e, em concreto, àquelas que tenham celebrado uma CDT com a sociedade DF, consideram-se como residentes qualificados nos termos do n.º 2 al. e) da *LOB clause*. Neste caso, podemos constatar que as subsidiárias apenas são consideradas residentes de acordo com o último teste que compõe o teste automático presente nesta disposição, que determina que as subsidiárias são consideradas como residentes qualificados porque são detidas em mais de 50% por uma pessoa que é considerada como residentes qualificado e se menos de 50% do rendimento bruto das subsidiárias seja pago a entidades que não sejam residentes qualificados.

Analisando a situação da falha do teste automático da *LOB clause*, todas as subsidiárias seriam consideradas como residentes qualificados ao abrigo do teste do desenvolvimento de uma conduta ativa de negócios previsto no n.º 3 da *LOB clause*. Tal qualificação de residência decorre do facto de as empresas subsidiárias desenvolverem por sua conta e risco o processo de

investigação e desenvolvimento necessário para o desenvolvimento da sua atividade e, também, o risco de produção decorrente dos processos produtivos desenvolvidos pelo Grupo.

No que respeita à esfera das subsidiárias não nos parece que a *PPT rule* venha a ter alguma influência no que respeita à requalificação das operações uma vez que os Estados onde estas se encontram localizadas conseguem garantir receita fiscal quando estas procedem ao pagamento de dividendos e de juros à sociedade DF.

Concluindo o caso prático, tendo em consideração a operação como um todo e fazendo uma análise da aplicação da *LOB clause* e da *PPT rule*, na nossa opinião, não existe qualquer comentário a elaborar no que respeita à aplicabilidade da *LOB clause* ao caso em concreto. No entanto, já não podemos concluir o mesmo no que respeita à aplicabilidade da *PPT rule*.

Funcionando esta como se se tratasse de uma CGAA de âmbito convencional, não nos parece de seguir a opinião da OCDE no que respeita à sua inaplicabilidade a este caso.

É certo que as empresas devem ter liberdade de gestão dos seus negócios, de forma a que as normas fiscais não intervenham em tal gestão de forma a desincentivarem o investimento e o alargamento da economia internacional, no entanto, no caso em concreto não podemos de ânimo leve concluir que a montagem destas operações não tem claramente um motivo de poupança fiscal associado.

Também concordamos que os legisladores atribuem aos sujeitos passivos dos seus sistemas fiscais a possibilidade de obterem algumas poupanças fiscais, até porque muitas vezes são estas poupanças fiscais que servem de incentivo à fixação de empresas em determinadas jurisdições. No entanto, no caso em questão, estamos em crer que a atividade desenvolvida por DF podia ser desenvolvida sem prejuízo de maior pela sociedade ABC, o que ao não ser feito, resulta numa clara acumulação de rendimentos na sociedade DF e que têm como consequência um diferimento temporal de sujeição a imposto no Estado da sociedade ABC, ou seja, quase que estamos perante uma estrutura de *stepping stone conduit*.

Tendo em consideração a nossa conclusão, somos da opinião de que a *LOB clause* e, especialmente, a *PPT rule* também devem de ser acompanhadas de mecanismos que permitam um combate efetivo àquelas estruturas que são montadas de forma a cumprirem o critério do desenvolvimento de uma atividade com substância económica, mas que no final não passam de estruturas que permitem poupanças fiscais ou diferimentos temporais de sujeição a imposto que não seriam obtidos caso tais estruturas fossem inexistentes e em que o resultado final poderia ser obtido nos mesmos termos sem qualquer interposição de sociedades em outros Estados.

VII. Conclusão

7.1. Síntese do estudo

O fenómeno da interação das economias mundiais, a globalização, fez com que se assistisse a um aumento das relações internacionais entre os diversos agentes económicos de diversos Estados. Embora tenha trazido vantagens muito valoradas por todos, em especial na UE onde se encontra corporizada nas quatro liberdades fundamentais, também trouxe consigo oportunidades de redução da carga tributária, em especial para as empresas multinacionais devido à sua capacidade de acesso a serviços especializados.

Concomitantemente, assistimos a uma inércia por parte dos Estados e, mais grave, das organizações internacionais na adaptação dos instrumentos que foram criados para fomentar a globalização ao fenómeno generalizado da redução, por vezes abusivas, da carga fiscal global. Não nos podemos esquecer que muitas das medidas que permitiram a interação das várias economias começaram a surgir após a Segunda Guerra Mundial, ou seja, numa altura em que ainda mal se ouvia falar em globalização uma vez que a maioria dos Países ainda se encontravam de relações cortadas.

O papel das CDT para o desenvolvimento económico mundial é da maior importância, pois tiveram como principal propósito a eliminação dos entraves ao desenvolvimento económico originados pelos sistemas fiscais. Neste aspeto concordamos plenamente com a celebração de CDT, uma vez que os sistemas fiscais deverão promover a internacionalização da sua economia por uma questão de diversificação – respeitando o princípio constitucionalmente consagrado da liberdade de gestão –, mas também porque uma economia sozinha não é capaz de prosperar no longo prazo – veja-se o caso de Portugal durante o Estado Novo, em que se assistiu a uma melhoria das contas públicas à custa do isolamento da economia e do empobrecimento da população ou, hoje em dia, o caso da Coreia do Norte que apenas tem à sua disposição tecnologia do final dos anos 80 e em que o acesso a um simples telemóvel apenas está disponível para 10% da população quando, países com baixos índices de desenvolvimento humano apresentam níveis de implementação superiores muitas vezes a países da UE.

Apesar disto, as CDT não conseguiram abranger todas as situações – tal também não era o objetivo – mas foram criadas, primeiramente, de forma não criarem situações de dupla tributação e, mais recentemente, a também não criarem situações de erosão e de fraude fiscais. Mas, como em tudo, o desenvolvimento económico operou de uma forma mais acelerada do que a capacidade dos Estados constatarem o que se estava a passar e, rapidamente, estes

instrumentos, pela sua não adaptação pró-ativa ao novo enquadramento económico mundial, passaram a potenciar situações de erosão das bases tributáveis, sem que tivessem tal objetivo.

Uma destas situações é claramente o *treaty shopping* ou, para nós, o abuso da utilização das CDT. Sabendo da importância dos elementos de conexão para a aplicação das CDT, estes esquemas utilizam-nos de uma forma abusiva forçando a residência fiscal de forma a terem acesso aos benefícios atribuídos pelas CDT que representam perda de receitas fiscais para os Estados da fonte. No entanto, a atuação deste tipo de esquemas não se fica pela eliminação da tributação no Estado da fonte indo mais longe ao ponto de também sonegar a possibilidade do Estado da residência tributar os mesmos, muitas vezes, através do parqueamento de rendimentos em jurisdições com regimes fiscais claramente favoráveis e que se caracterizam por serem opacos no que respeita à possibilidade de troca de informações. Assim, podemos concluir que este tipo de esquemas utilizam os *standards* definidos pelo DFI, e genericamente aceites, de forma à obtenção de poupanças fiscais que colocam os sistemas fiscais em causa.

É certo que deve ser respeitada a liberdade de gestão, como referimos, entre nós consagrada no n.º 1 do art.º 103.º da CRP, no entanto, estes esquemas de planeamento fiscal têm de ter limites quando colocam em causa o funcionamento dos sistemas fiscais¹³⁸ resultando num prejuízo para muitos à custa de um benefício para poucos.

Tais esquemas, como referimos, têm três propósitos essenciais: diminuição da tributação na fonte; redução e, se possível, eliminação completa da tributação na transferência de rendimentos entre Estados; e eliminação ou redução da carga tributária no país de residência. E operam essencialmente de duas formas, ou através de contratos (*trusts*) – modalidade menos comum entre nós devido a não se aplicar totalmente ao funcionamento do nosso sistema fiscal – ou através da interposição real de pessoas. Esta interposição poderá ocorrer de uma forma direta, existindo normalmente apenas uma entidade entre o Estado da fonte e o Estado da residência, a que nós apelidamos de estratégias de *direct conduit*¹³⁹, ou ocorre através da montagem de um

¹³⁸ Os sistemas fiscais sofrem porque perdem receitas, o que origina menos disponibilidade dos Estados de fomentar políticas de crescimento económico e de melhoria generalizada da qualidade de vida dos seus cidadãos. Conjuntamente, com a tomada de conhecimento destes esquemas por parte dos agentes económicos, fica em causa a justiça fiscal de tal sistema, pois os agentes tendem a não acreditar na efetiva aplicação do mesmo o que resulta numa predisposição generalizada à fuga aos impostos – tanto de forma legal como de forma ilegal – e, mais uma vez, há perda de receita e prejuízo para todos aqueles que cumprem com os seus deveres e que não vêm os seus direitos serem assegurados.

¹³⁹ Os esquemas de *direct conduit* caracterizam-se essencial por: a promotora do esquema não residir no mesmo Estado que a sociedade interposta, ou sociedade *conduit*; a *conduit* possuir uma atividade económica mínima para eludir quanto à substância económica; e os rendimentos auferidos por esta *conduit* serem isentos ou muito pouco tributados.

circuito de circulação dos rendimentos, através da interposição de duas ou mais entidades, e que são chamadas de *stepping stone conduit*¹⁴⁰.

Apesar deste cenário, há muito que, principalmente a OCDE, tenta promover medidas de combate a este tipo de esquemas, no entanto, como em tudo o que diz respeito à fiscalidade, tendo os Estados a soberania para tomarem as suas próprias decisões, existem casos que mesmo após se terem comprometido na adoção de medidas estas não são efetivamente colocadas em funcionamento – veja-se o caso dos ATI celebrados com jurisdições com regimes fiscais claramente mais favoráveis e que não se tem dados sobre a efetiva troca de informações.

De facto, o maior esforço tem sido efetuado pela OCDE, sendo também a principal entidade interessada no assunto uma vez que são os seus instrumentos, nomeadamente a CMOCDE, que dá base à maioria das CDT celebradas mundialmente. Assim, são de destacar os trabalhos executados no âmbito do relatório sobre a utilização das *conduit companies*, onde são adotadas as primeiras medidas de combate a situações claras de abuso e em que são definidas as estratégias que os Estados devem adotar quando incluam normas anti abuso nos seus normativos internos.

Também é de destacar o relatório sobre a concorrência fiscal prejudicial onde é definido o que se considera como uma jurisdição com um regime fiscal claramente mais favorável, vulgo paraíso fiscal, e em que são criadas listas na OCDE classificando estas jurisdições entre cooperantes e não cooperantes. No entanto, tal classificação desde 2009 já não tem efeito uma vez que assentava no pressuposto da celebração de acordos de troca de informações, que foram efetivamente celebrados – mas que estas jurisdições continuam a não os cumprir. Assim, podemos concluir que embora tenha sido um bom avanço no que respeita ao combate de formas de fraude e evasão fiscais internacionais, o facto de assentarem num pressuposto de troca de informações fez com que as medidas adotadas deixassem de ter efeitos, pelo que, tal relatório necessitava de ser revisto.

Por último, sendo o foco do nosso estudo está o relatório BEPS que se apresenta como sendo a primeira vez que os Estados encaram o combate à erosão das bases tributárias de uma forma abrangente e com a participação de Estados externos à OCDE, ou seja, podemos concluir que é a primeira vez em muitos anos que se encara este problema com a seriedade necessária¹⁴¹.

¹⁴⁰ Os esquemas de *stepping stone conduit* caracterizam-se por a sociedade interposta ter rendimentos positivos e estar localizada num Estado com níveis de tributação médios/altos, mas que assume um encargo elevado de forma a transformar o rendimento e a canalizá-lo para outra sociedade interposta que se encontra numa jurisdição mais favorável em termos fiscais.

¹⁴¹ No entanto, é com pena que constatamos que o despoletar deste relatório surge com comunicações efetuadas pelos EUA que vêm as suas receitas fiscais comprometidas por estes esquemas, mas, que por outro lado, são o

Apesar de ímpeto reformista que impera na execução dos trabalhos no âmbito do BEPS, é de louvar as consultas públicas efetuadas para a definição das conclusões das diversas ações que compõem o relatório. Mais, na nossa opinião, estas consultas públicas consistem no comprometimento dos agentes económicos nas mesmas, o que poderá significar que finalmente estamos perante mudanças que efetivamente terão aplicação.

A respeito do combate aos esquemas de erosão da base tributária, a UE também já conseguiu alguns feitos, tendo em consideração as limitações quanto à tomada de decisões naquela que é a maior área de integração económica do mundo, é de louvar.

Dos trabalhos vindos da UE é de destacar primeiramente o Código de Conduta. Este Código de Conduta, tratando-se de um acordo político – o que afere logo sobre a sua aplicabilidade no longo prazo – foi responsável pela identificação a nível europeu de todos os regimes fiscais prejudiciais. É lógico que na classificação dos mesmos houve interesses políticos, no entanto, esta classificação permitiu que fossem abolidos diversos regimes que estavam a promover a erosão das bases tributárias, muitas vezes sem possuírem tal objetivo. A este respeito, na nossa opinião, deveria ser promovida outra revisão dos regimes atualmente existentes, isto porque embora os EM estejam vinculados no que respeita à comunicação às instituições europeias de regimes potencialmente prejudiciais, podem existir regimes que já passaram pelo crivo do grupo de trabalho, mas que deveriam ser novamente analisados à luz das novas diretrizes no que respeita a regimes fiscais preferenciais.

Assim, não se assistiu à criação de listas de jurisdições a nível europeu, uma vez que também foram adotadas as listas da OCDE e do G20, optando-se por efetuar uma luta interna e com ambições de expansão mundial que nunca chegou a ocorrer. Tal levou a que a UE ficasse refém de si própria ao criar um instrumento que efetivamente combatia regimes potenciadores de perda de receitas fiscais, mas que mais nenhum Estado queria adotar – muitos deles aplaudiram este instrumento até porque os seus regimes ganhavam importância para as entidades sedeadas na UE terem alternativas para alcançar poupanças fiscais que deixaram de ter à sua disposição dentro da UE.

Posteriormente, foi adotado o pacote fiscal. Este era constituído por diretivas que tinham como principal objetivo a eliminação de barreiras ao investimento entre EM criadas pelos sistemas fiscais. Estávamos numa fase em que se acreditava que a eliminação destas barreiras ia fomentar

único país no mundo (a par com as Filipinas) que adotam a extensão da sua pertença de tributar aos seus nacionais e não apenas aos seus residentes. Mais, é o Estado que internamente tem regimes que deveriam de ser considerados como prejudiciais, no âmbito do relatório da OCDE da concorrência fiscal prejudicial, e que não o são devido ao peso político dos EUA que desvirtua em grande medida os sistemas fiscais dos restantes Estados.

o investimento entre os EM. No entanto, o reverso da medalha não foi muito simpático, estas diretivas, embora cumprissem os seus objetivos, foram responsáveis por criar situações de dupla não tributação de rendimentos entre os EM e pela criação de esquemas que tinham como único objetivo a canalização de rendimentos gerados dentro da UE para fora dela.

Para terminar é de destacar o trabalho desenvolvido pela UE em consequência do relatório BEPS. Conseguimos agora assistir a um pensamento de que só através das vias de harmonização possíveis é que se consegue efetivamente criar mecanismos que protejam os sistemas fiscais. Ou seja, só com uma atuação coordenada é possível obter resultados. Desta forma foi adotado o novo pacote anti elisão fiscal, composto por diretivas (ou alterações a diretivas) e por comunicações das instituições europeias.

Tendo resultado diretamente dos trabalhos levados a cabo no âmbito do BEPS, este pacote tem como objetivo adotar estas medidas na UE adaptando-as, quando necessário, à realidade europeia em respeito às liberdades fundamentais que a regem. Das medidas implementadas é de destacar a diretiva anti elisão que determina os *standards* que os EM devem cumprir quando adotem normas anti abuso – convém referir que Portugal já se encontra a cumprir a quase totalidade das disposições e que existem disposições em que o normativo português é mais exigente. Também é de destacar a comunicação relativa às disposições anti abuso, que demonstra que mesmo que não seja matéria da responsabilidade da UE, podemos constatar que existe uma preocupação generalizada que estas medidas sejam aplicadas uniformemente e, se possível, pela totalidade dos EM.

Também Portugal tem estado atento ao que se passa em matéria de erosão das suas bases tributárias, é o que podemos chamar de bom aluno nestas matérias. De facto, temos adotado algumas medidas antes de outros países que se encontram com um desenvolvimento económico superior.

Em matéria de CDT, a maioria delas contem disposições anti abuso que exigem que os benefícios apenas sejam concedidos quando existir a efetiva tributação dos mesmos ou mesmo cláusulas em que os benefícios apenas são atribuídos ao beneficiário efetivo dos rendimentos. Adicionalmente, existem algumas – poucas – CDT onde estão também previstas cláusulas de limitação de benefícios. Neste aspeto, sendo uma das principais medidas a serem adotadas no âmbito do BEPS, Portugal ainda tem o seu caminho para percorrer de forma a difundir este tipo de cláusulas no seu regime convencional que já podemos de classificar de bastante relevante.

No entanto, é no que respeita a cláusulas anti abuso no seu sistema interno que Portugal demonstra o à vontade que tem na adoção deste tipo de medidas. De facto, quase não existe

regime em Portugal que não tenha a sua disposição anti abusiva. Tal provavelmente se deverá ao facto dos sujeitos passivos portugueses não terem pudor em utilizar as disposições fiscais nos seus limites – o que a nosso ver é facilmente concluído pelos níveis de carga fiscal e pela muita burocracia que ainda caracteriza o nosso sistema. Tendo já sido classificados como tendo algumas das medidas anti abuso mais restritivas – neste caso referimo-nos às *CFC rules* – Portugal adotou a quase totalidade de disposições especiais anti abuso existentes nas economias desenvolvidas. E este quase é porque neste momento apenas nos falta adotar uma medida especial contra as assimetrias híbridas.

7.2. Conclusões do estudo

Durante este estudo foi-nos possível verificar a importância que a integração mundial das economias tem para os Estados. A este respeito veja-se o caso português em que a consolidação orçamental está a ser feita com uma ajuda preciosa de um saldo positivo na balança com o exterior devido ao crescimento das exportações e da diminuição das importações – sem que tal tenha resultado no aumento da produção nacional – resultado essencial dos anos de crise que Portugal atravessou, e que ainda hoje se sentem os efeitos.

No entanto, esta integração não pode ser feita a todo o custo. Num mundo cada vez mais competitivo é perfeitamente aceitável que todos queiram poupar no que podem de forma a melhorar os seus resultados e a atrair o máximo de investimento possível, mas tal poupança não pode ser obtida a qualquer custo e tem de estar limitada.

É neste dilema que se encontram as economias dos chamados países desenvolvidos, por um lado, necessitam de obter receitas fiscais de forma a equilibrarem os seus orçamentos que sofreram bastante com a crise financeira que ainda agora acabou e, por outro, têm de exercer a sua política fiscal de uma forma pensada com o objetivo de não criarem situações que afastem os investidores para jurisdições que têm como único objetivo angariar sujeitos passivos e que não têm nenhum interesse em arrecadar receitas fiscais.

Assim, conseguimos perceber desde logo a atuação levada a cabo pela OCDE, ou seja, não se trata apenas de garantir uma tributação mais justa, estamos perante a adoção de instrumentos que permitem às economias desenvolvidas protegerem as suas receitas fiscais de forma a não ficarem tão vulneráveis a crises que obriguem à adoção de medidas extremas¹⁴².

¹⁴² Veja-se o que era se os problemas da dívida soberana na UE tivessem alastrado às principais economias europeias.

Apesar disto, é de louvar a posição adotada, de convidar todos os Estados interessados a participarem e, mais importante, no entendimento existente no que respeita à revisão dos instrumentos que os Estados têm neste momento à sua disposição, falamos da CMOCDE e dos seus comentários.

De facto, a CMOCDE já demonstrava ter algumas falhas no cumprimento dos seus objetivos uma vez que a facilidade de acesso aos benefícios decorrentes das CDT generalizou-se o que significa que hoje ter uma CDT celebrada com um Estado pode significar ter uma CDT celebrada com o mundo quando tal objetivo não era desejado.

Quanto ao relatório BEPS, apenas nos resta aguardar pelo desfecho do mesmo que acontecerá com a adoção ao nível da OCDE de todas as medidas propostas pelos vários relatórios das ações.

No que respeita ao nosso estudo, podemos desde já antever que será necessário um período de adaptação de Portugal à cláusula de limitação de benefícios pois, embora já esteja presente em algumas CDT celebradas, não é, infelizmente, um normativo com que se trabalhe frequentemente e poderá trazer algumas situações em que serão necessários esclarecimentos adicionais.

Quanto aos comentários à CMOCDE que acompanham a *LOB clause* e a *PPT rule*, assim como aqueles que justificam o prefácio da CMOCDE e o relativos à sua introdução no que respeita à política fiscal a adotar em matéria de celebração de CDT, parece-nos que se encontram num nível aceitável, no entanto, não é de mais solicitar que alguns comentários sejam revistos – principalmente aqueles que abordam situações em que as opiniões se dividem entre situações aceitáveis e situações não aceitáveis no que respeita à aplicação das CDT.

7.3. Limitações do estudo

O tema escolhido é um tema querido, tanto por mim como pela minha orientadora – a quem agradeço mais uma vez pelo apoio na execução deste estudo – e que não se demonstrou um tema fácil.

Primeiro, é um tema muito pouco abordado em Portugal e os poucos existentes podemos atribuí-los a um pequeno grupo de autores que não têm quaisquer problemas em abordar estes temas. Tal fator fez com que a pesquisa não fosse fácil de executar e que tivéssemos a necessidade de consultar a biblioteca do Centro de Estudos Fiscais para obter informações sobre o nosso tema.

Adicionalmente, a conjugação da vida académica com a vida profissional e a pessoal não se demonstrou uma tarefa fácil. Existindo desafios a serem enfrentados em todas as frentes, não é de ânimo leve que conseguimos concluir este estudo.

Para terminar, sendo um tema muito recente entre nós e tendo em consideração que os desenvolvimentos decorrentes do relatório BEPS ainda não se encontram totalmente finalizados, durante a execução deste estudo foram diversas as vezes que nos vimos confrontados com novidades que não estávamos à espera que acontecessem.

7.4. Sugestões para futuras investigações

Não tendo este estudo como objetivo a análise total de todas as posições adotadas nesta matéria, uma boa possibilidade de futuras investigações consiste na pesquisa de mais opiniões e, principalmente, a análise de novas opiniões quanto ao tema.

Também sugerimos que se analise as medidas que ainda se encontram a ser adotadas no âmbito do BEPS, aferindo sobre a adoção das mesmas e sobre a aplicabilidade prática. No entanto, o mais importante será a análise sobre o efeito das medidas então adotadas e compará-lo com os objetivos inicialmente propostos.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Filipe Martinho de – Preços de Transferência. In CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.) – **Lições de Fiscalidade Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional**. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. pp. 167-197.~
- ANTÓN, Fernando Serrano – *Las medidas anti-abuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional*. In ROCH, María Teresa Soler; ANTÓN, Fernando Serrano – **Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario** [Em linha]. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002 [Consult. 7 mar. 2017]. ISBN 84-8008-110-4. pp.79-108. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Est_jurid/Libros_estud_jur_AntiAbuso.pdf.
- BARBOSA, Dino – **O uso da Cláusula Geral Anti-Abuso no Combate ao Abuso de Convenções Internacionais sobre Dupla Tributação (“Treaty Shopping”)** [Texto Policopiado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007. Relatório de Mestrado.
- BORREGO, Félix Alberto Vega – *Medidas antiabuso y convenios de doble imposición*. In **Fiscalidad y planificación fiscal internacional**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2003. ISBN 84-88533-65-9.
- BORREGO, Félix Alberto Vega – **Las medias contra el Treaty Shopping: las cláusulas de limitación de beneficios en los voncenios de doble imposición** [Em linha]. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2003a [Consult. 7 mar. 2017]. ISBN 84-8008-128-7. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Est_jurid/Libros_estud_jur_Treaty.pdf.
- BORREGO, Félix Alberto Veja – **Limitation on Benefits Clauses in double Taxation Conventions**. Haia: Kluwer Law International, 2006. ISBN 90-411-2370-9.
- BROE, Luc de – **International Tax Plannning & Prevention of Abuse Under Domestic Tax Law, Tax Treaties & EC-Law: A study of the use of conduit & base companies** [Texto policopiado]. Louvain: Universidade Católica de Louvain, 2007. [Consult. 7 mar. 2017]. Tese de Doutoramento. pp. 494-547. Disponível em: <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/1979/897/2/doctoraat.pdf>.
- CÂMARA, Francisco de Sousa da; FERNANDES, José Almeida – *Do Double Tax Treaties Prevent the Application of Domestic Anti-Avoidance Rules? The Portuguese case*. In FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Helena Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.) – **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier Vol. I**. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4901-4. pp.501-526.
- CÂMARA, Pablo Chico de la – *La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el modelo de convenio de la OCDE*. In ROCH, María Teresa Soler; ANTÓN, Fernando Serrano – **Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario** [Em linha]. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002 [Consult. 7 mar. 2017]. ISBN 84-8008-110-4. pp.59-78. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Est_jurid/Libros_estud_jur_AntiAbuso.pdf.

- CAMPOS, João Luiz Mota de; CAMPOS, João Mota de – **Manual de Direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia**. 6.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1812-1.
- CAMPOS, Diogo Leite de; SOUTELINHO, Susana – As operações comparáveis nos preços de transferência. In FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Helena Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.) – **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier Vol. I**. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4901-4. pp.373-385.
- CATARINO, João Ricardo – A Liberdade de Gestão e o Planeamento Fiscal Internacional. In CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.) – **Lições de Fiscalidade Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal** Internacional. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. pp. 31-79.
- COMISSÃO PARA A REFORMA DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS SINGULARES 2014 – **Projeto da Reforma do IRS: uma reforma do IRS orientada para a simplificação, a família e a mobilidade social** [Em linha]. (set. 2014) [Consult. 22 fev. 2015]. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/1548208/20140930%20mf%20Rel%20Comissao%20Reforma%20IRS.pdf>.
- CONCLUSÕES DO CONSELHO ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997 em matéria de política fiscal (98/C 2/01). **Jornal Oficial C 2**. (06.01.98) 1-6.
- CONVENTION on the Organisation for Economic Co-operation and Development** [Em linha]. Paris, 1960 [Consult. 27 março 2016]. Disponível em: <http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>.
- COURINHA, Gustavo Lopes – **Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-2185-0.
- COURINHA, Gustavo Lopes – **A residência na Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções**. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5861-0.
- FERREIRA, Rogério M. Fernandes; PINTO, Cláudia Saavedra – **Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos**. (Dez. 2009). [Consult. 21 Nov. 2015]. Disponível em: http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Publicacoes/2012/IIPF_Congress2010.pdf.
- GORLÃO-HENRIQUES, Miguel (Org.) – **Tratado de Lisboa**. 3.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4475-0.
- KILLIUS, Jürgen – *The concept of 'beneficial ownership' of items of income under German tax treaties*. **Intertax**. ISSN 0165-2826. 17.8-9 (1989) 340-344.
- LANG, Michael – *General Report*. **Cahiers de Droit Fiscal International** [Em linha]. ISBN 90-6476-093-4. 89a (2004) 73-119 [Consult. 19 mar. 2017]. Disponível em: https://www.ifa.nl/Cah_Documenten/Cahiers2004/IFA2004-89a.pdf.
- MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da – **Curso de Direito Tributário**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2093-3.
- MORAIS, Rui Duarte – **Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado - Controlled Foreign Companies o art.º 60.º do C.I.R.C.**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005. ISBN 972-8069-60-X.

- MORAIS, Rui Duarte – **Manual de Procedimento e Processo Tributário**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-5021-8.
- MORÁN, José Mará Tovillas – **Estudio del modelo de convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992**. Madrid: Marcial Pons, 1996. ISBN 84-7248-350-9. pp. 53-58.
- OCDE – **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue** [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 1998 [Consult. 3 abril de 2016]. ISBN 92-64-16090-6. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>.
- OCDE – **Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices** [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2001 [Consult 6 abril de 2016]. ISBN 9789264184541. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/towards-global-tax-co-operation_9789264184541-en#page1.
- OCDE – **The OECD's Projects on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report** [Em linha]. Paris, OECD Publishing, 2002 [Consult. 6 abril de 2016]. ISBN 9789264033993. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-oecd-s-project-on-harmful-tax-practices_9789264033993-en#page1.
- OCDE – **The OECD's Projects on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report** [Em linha]. Paris, OECD Publishing, 2004 [Consult. 6 abril de 2016]. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/30901115.pdf>.
- OCDE – **The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries** [Em linha]. Paris, OECD Publishing, 2006 [Consult. 6 abril de 2016]. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf>.
- OCDE – **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations** [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2010 [Consult. 22 agosto de 2016]. ISBN 978-92-64-09033-0. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#.WAEGTegrLIU#page375.
- OCDE – **Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 (Full Version)** [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2012 [Consult. 12 abril de 2016]. ISBN 978-92-64-17517-4. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010_9789264175181-en.
- OCDE – **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting** [Em linha]. OECD Publishing, 2013a [Consult. 20 abril de 2014]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. ISBN 978-92-64-20271-9.
- OCDE – **Addressing Base Erosion and Profit Shifting** [Em linha]. OECD Publishing, 2013b [Consult. 20 abril de 2014]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>. ISBN 978-92-64-19274-4.
- OCDE – Comité dos Assuntos Fiscais – **Modelo de Convenção sobre o rendimento e o património**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros da Autoridade Tributária e Aduaneira, 2013c. ISBN 978-92-653-182-1.
- OCDE – **Comments received on public discussion draft on BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances** [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2014a [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/comments-action-6-prevent-treaty-abuse.pdf>.

- OCDE – *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2014b [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances_9789264219120-en#page3.
- OCDE – *Public Discussion Draft on BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2014c [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>.
- OCDE - *Public Discussion Draft on Follow up work on BEPS Action 6: Preventing treaty abuse* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2014d [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/discussion-draft-action-6-follow-up-prevent-treaty-abuse.pdf>.
- OCDE – *Comments received on Public Discussion Draft on Follow-up work on BEPS Action 6: Prevent treaty abuse* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2015a [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/public-comments-action-6-follow-up-prevent-treaty-abuse.pdf>.
- OCDE – *Comments received on Revised Public Discussion Draft on Follow-up work on BEPS Action 6: Prevent treaty abuse* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2015b [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/public-comments-revised-beps-action-6-follow-up-prevent-treaty-abuse.pdf>.
- OCDE – *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2015c [Consult. 10 novembro de 2015]. ISBN 978-92-64-24169-5. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#.WAaVvegrLIU.
- OCDE – *Revised discussion draft on BEPS Action 6: Prevent treaty abuse* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2015d [Consult. 10 novembro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/revised-discussion-draft-beps-action-6-prevent-treaty-abuse.pdf>.
- OCDE – R(6). *Double taxation conventions and the use of conduit companies*. In *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2015e [Consult. 12 março de 2015]. ISBN 978-92-64-23908-1. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en.
- OCDE – *Public Discussion Draft on Treaty entitlement of Non-CIV Funds* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2016a [Consult. 20 maio de 2016]. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/BEPS-consultation-treaty-entitlement-non-CIV-funds.pdf>.
- OCDE – *Public Discussion Draft on Treaty residence of Pension Funds* [Em linha]. Paris: OECD Publishing, 2016b [Consult. 20 maio de 2016]. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/discussion-draft-treaty-residence-pension-funds.pdf>.
- OLIVEIRA, Maria Odete Batista de – **O intercâmbio de informação tributária**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4840-6. pp. 15-84.

- ONU – *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* [Em linha]. Nova Iorque: United Nations, 2013 [Consult. 22 agosto de 2016]. ISBN 978-92-1-159103-3. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf.
- PALMA, Clotilde Celorico – A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais – novas formas de discriminação fiscal. **Ciência e Técnica Fiscal**. 403 (2001).
- PALMA, Clotilde Celorico – O controlo da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia – ponto de situação dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta. In **Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a. ISBN 972-32-1396-6. pp. 127-151
- PALMA, Clotilde Celorico – O desafio dos novos Estados membros e o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas. In AFP; IDEFF – **15 Anos da Reforma Fiscal de 188/89 – Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha**. Coimbra: Edições Almedina, 2006b. ISBN 978-972-40-2696-1.
- PALMA, Clotilde Celorico – O Código de Conduta da fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**. ISBN 978-972-40-4325-8. III:3 (2010a) 209-228.
- PALMA, Clotilde Celorico; LOBO, Carlos Baptista – Limitações Internacionais à Definição da Política Fiscal Nacional. In MIRANDA, Jorge; CORDEIRO, António Menezes; FERREIRA, Eduardo Paz; NOGUEIRA, José Duarte (org.) – **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha Vol. II**. Coimbra: Edições Almedina, 2010b. ISBN 978-972-40-4147-6. pp. 101-144.
- PALMA, Clotilde Celorico – O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas e a boa Governança Fiscal. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. ISSN 1807-3840. 30.2 (2010c) 211-225.
- PALMA, Clotilde Celorico – As cláusulas especiais anti-abuso e as convenções de dupla tributação. **Relatório de Portugal XXVII Jornadas do ILADT**. (2014).
- PALMA, Clotilde Celorico – Planeamento Fiscal Internacional. In CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.) – **Lições de Fiscalidade Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional**. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. pp. 125-166.
- PANAYI, Christiana HJI - *Double taxation, tax treaties, treaty-shopping and the European Community*. Londres: Kluwer Law International, 2007. ISBN 978-90-411-2658-0.
- PEREIRA, Luz María Ruibal – *La compatibilidad de los regímenes fiscales privilegiados en la Unión Europea con los criterios contenidos en el código de conducta y las normas sobre ayudas de estado*. In ROCH, María Teresa Soler; ANTÓN, Fernando Serrano – *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario* [Em linha]. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002 [Consult. 7 mar. 2017]. ISBN 84-8008-110-4. pp.207-238. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Est_jurid/Libros_estud_jur_AntiAbuso.pdf.
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas – **Fiscalidade**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4683-9.

- PEREIRA, Paula Rosado – Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional. In CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.) – **Lições de Fiscalidade Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal** Internacional. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. pp. 201-252.
- PETKOVA, Svetozara – *Treaty Shopping – The Perspective of National Regulators*. **Intertax**. ISSN 0165-2826. 32.11 (2004) 543-550.
- PISTONE, Pasquale – *L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale*. In UCKMAR, Victor (coord.) – **Corso di Diritto Tributario Internazionale**. Pádua: CEDAM, 2002. ISBN 88-13-24106-2. pp. 643-701.
- PRATS, Francisco Alfredo García – *Las medidas tributaria anti-abuso y el Derecho Comunitario*. In ROCH, María Teresa Soler; ANTÓN, Fernando Serrano – **Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario** [Em linha]. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002 [Consult. 7 mar. 2017]. ISBN 84-8008-110-4. pp.163-205. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Est_jurid/Libros_estud_jur_AntiAbuso.pdf.
- RIXEN, Thomas – **The Institutional Design of International Double Taxation Avoidance** [Em linha]. Berlim, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2008 [Consult. 27 março 2015]. Disponível em: <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2008/iv08-302.pdf>.
- ROHATGI, Roy – **Basic international taxation**. Londres: Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-9852-0.
- ROSEMBUJ, Tulio – **Fiscalidad Internacional**. Madrid: Marcial Pons, 1998. ISBN 84-7248-541-2.
- ROSENBLOOM, H. David – *Derivative benefits: Emerging US treaty policy*. In **Essays on International Taxation**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993. ISBN 978-906-54-4781-4.
- SÁEZ, Amelia Maroto – **Medidas antiabuso en los convénios para evitar la doble imposición internacional** [Em linha]. ISSN 1578-0244. 22 (2005) [Consult. 7 mar. 2017]. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2005_22.pdf.
- SANCHES, J. L. Saldanha – Abuso de direito em matéria fiscal: natureza alcance e limites. **Ciência e Técnica fiscal** [Em linha]. ISSN 0870-340XP. 398 (2000) 28-29 [Consult. 25 ago. 2016]. Disponível em: <http://www.saldanhasanches.pt/pdf-3/2000,20-Ciencia20e20Tecnica20Fiscal,20398,-209-46.pdf>.
- SANCHES, J. L. Saldanha – **Os Limites do Planeamento Fiscal: substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1433-4.
- SANCHES, J. L. Saldanha – **Justiça Fiscal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. ISBN 978-989-8424-13-6.
- SANTOS, António Carlos dos – Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: o fiscalista no seu labirinto. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. ISSN 1807-3840. 30.2 (2010) 227-266.

SILVA, Amândio Fernandes – O direito dos contribuintes ao planeamento fiscal. **Revista OTOC**. ISSN 1645-9237. 104 (2008) 42-45.

TERR, Leonard B. – *Treaty routing vs. treaty shopping: Planning for multicountry investment flows under modern limitation on benefits articles*. **Intertax**. ISSN 0165-2826. 17.12 (1989) 521-530.

TÔRRES, Heleno Taveira – A pluritributação internacional e as medidas unilaterais de controle. In UCKMAR, Victor (coord.) – **Corso di Diritto Tributario Internazionale**. Pádua: CEDAM, 2002. ISBN 88-13-24106-2. pp. 185-232.

UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION [Em linha]. 2006 [Consult. 29 maio 2016]. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/model006.pdf>.

UNITED STATES MODEL TECHNICAL EXPLANATION ACCOMPANYING THE UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION [Em linha]. 2006 [Consult. 29 maio 2016]. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/temod006.pdf>.

XAVIER, Alberto – **Direito Tributário Internacional**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-3048-7.

Legislação

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-3967-1.

DECRETO-LEI n.º 37/95. **D.R. I Série**, 38 (95-02-14) 919.

DECRETO-LEI n.º 1446-C/2001- **D.R. I Série**, 294 (01-12-21) 20-28.

DECRETO-LEI n.º 29/2008. **D.R. I Série**, 39 (08-02-25) 1205-1210.

DIRECTIVA 2003/48/CE DO CONSELHO de 3 de junho de 2003 relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros. **Jornal Oficial L 153**. (26.06.2003) 38-48.

DIRECTIVA 2003/49/CE DO CONSELHO de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes. **Jornal Oficial L 153**. (26.06.2003) 49-54.

DIRECTIVA 2011/96/EU DO CONSELHO de 30 de novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes. **Jornal Oficial L 345**. (29.12.2011) 8-16.

DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. **Jornal Oficial L 193**. (19.07.2016) 1-14.

RECOMENDAÇÃO (UE) 2016/136 DA COMISSÃO de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais. **Jornal Oficial L 25**. (02.02.2016) 67-68.

RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 67/2003. **D.R. I Série**, 181 (03-08-07) 4662-4703.

Comunicações

- COM(97) 495 final** – Comunicação da Comissão ao Conselho: Rumo a uma coordenação em matéria fiscal na União Europeia – Um pacote de medidas contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal [Em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias (out. 1997) [Consult. 15 jun. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0495&qid=1465941162487&from=PT>.
- COM(2012) 351 final** – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre os meios concretos para reforçar a luta contra a fraude fiscal e a evasão fiscal, incluindo em relação a países terceiros [Em linha]. Bruxelas (jun. 2012) [Consult. 20 ago. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0351&qid=1475347523649&from=PT>.
- COM(2012) 722 final** – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais [Em linha]. Bruxelas (dez. 2012) [Consult. 20 ago. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0722&qid=1475344685298&from=EN>.
- COM(2016) 23 final** – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação eficaz e maior transparência fiscal na UE [Em linha]. Bruxelas (jan. 2016) [Consult. 14 jun. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=en>.
- COM(2016) 244 final** – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva [Em linha]. Bruxelas (jan. 2016) [Consult. 20 ago. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016DC0024>.
- COM(2016) 25 final** – Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade [Em linha]. Bruxelas (jan. 2016) [Consult. 20 ago. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1475443348734&uri=CELEX:52016PC0025>.
- COMISSÃO Europeia – *Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU* **SWD(2016) 6 final** [Em linha]. Bruxelas (jan. 2016) [Consult. 14 jun. 2016]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0006&from=pt>.
- GRUPO de trabalho do Código de Conduta – Report of Code of Conduct **SN 4901/99** [Em Linha]. Bruxelas (nov. 1999) [Consult. 15 jun. 2016]. Disponível em: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/primarolo_en.pdf.

ANEXO 1: Tabela prática das Convenções para Evitar a Dupla Tributação celebradas por Portugal

Fonte: Autoridade Tributária e Aduaneira

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|---|--|------------------|------------------|-------|------------------|-----------|-----------------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| ÁFRICA DO SUL | Resolução Assembleia da República n.º 53/08 de 22 de Setembro | Aviso n.º 222/2008 publicado em 20-11-2008 EM VIGOR DESDE 22-10-2008 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| ALEMANHA | Lei 12/82 de 03 de Junho | Aviso publicado em 14-10-1982 EM VIGOR DESDE 08-10-1982 | 10º | 15% | 11º | 10% a) 15% b) | 12º | 10% |
| ANDORRA | Resolução Assembleia da República n.º 20/2017 de 14 de fevereiro | Falta Aviso s) | 10º | 5% r) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| ARÁBIA SAUDITA | Resolução Assembleia da República n.º 127/2016 de 18 de Julho | Aviso n.º 103/2016 publicado em 04-10-2016 EM VIGOR DESDE 01-09-2016 | 10º | 5% w) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 8% |
| ARGÉLIA | Resolução Assembleia da República n.º 22/06 de 23 de Março | Aviso n.º 579/2006 publicado em 05-05-2006 EM VIGOR DESDE 01-05-2006 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 15% | 12º | 10% |
| ÁUSTRIA | DL n.º 70/71 de 08 de Março | Aviso publicado em 08-02-1972 EM VIGOR DESDE 28-02-1972 | 10º | 15% | 11º | 10% | 12º | 5% b) 10% c) |
| BARBADOS | Resolução Assembleia da República n.º 91/2014 de 12 de Novembro | Falta Aviso s) | 10º | 5% y) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| BARÉM | Resolução Assembleia da República n.º 196/2016 de 22 de Setembro | Falta Aviso s) | 10º | 10% y) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| BÉLGICA | DL n.º 619/70, 15 de Dezembro Convenção Adicional (Res. Ass. Rep. n.º 82/00 de 14 de Dezembro) | Aviso publicado em 17-02-1971 EM VIGOR DESDE 19-02-1971 Convenção Adicional em vigor desde 05-04-2001 | 10º | 15% | 11º | 15% | 12º | 10% |
| BRASIL d) | Resolução Assembleia da República n.º 33/01 de 27 de Abril | Aviso publicado em 14-12-2001 EM VIGOR DESDE 05-10-2001 com efeitos a 01-01-2000 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 15% | 12º | 15% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|--|--|------------------|------------------|-------|---------------------------|-----------|-----------------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| BULGÁRIA | Resolução Assembleia da República n.º 14/96 de 11 de Abril | Aviso n.º 258/96 publicado em 26-08-1996 EM VIGOR DESDE 18-07-1996 | 10º | 10% e) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| CABO VERDE | Resolução Assembleia da República n.º 63/00 de 12 de Julho | Aviso n.º 4/2001 publicado em 18-01-2001 EM VIGOR DESDE 15-12-2000 | 10.º | 10% | 11.º | 10% | 12.º | 10% |
| CANADÁ | Resolução Assembleia da República n.º 81/00 de 6 de Dezembro | Aviso publicado em 17-10-2001 EM VIGOR DESDE 24-10-2001 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| CHILE | Resolução Assembleia da República n.º 28/06 de 6 de Abril | Aviso n.º 243/2008 publicado em 29-12-2008 EM VIGOR DESDE 25-08-2008 | 10º | 10% f) 15% b) | 11º | 5% r) 10% r) 15% b) | 12º | 5% r) 10% r) |
| CHINA | Resolução Assembleia da República n.º 28/2000 de 30 de Março | Aviso n.º 109/2000 publicado em 02-06-2000 EM VIGOR DESDE 08-06-2000 | 10º | 10% | 11º | 10% r) | 12º | 10% |
| CHIPRE | Resolução Assembleia da República n.º 89/2013 de 1 de Julho | Aviso n.º 87/2013 publicado em 01-08-2013 EM VIGOR DESDE 16-08-2013 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| COLÔMBIA | Resolução Assembleia da República n.º 46/2012 de 13 de Abril | Aviso n.º 2/2015 publicado em 23-01-2015 EM VIGOR DESDE 30-01-2015 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| COREIA | Resolução Assembleia da República n.º 25/97 de 08 de Maio | Aviso n.º 315/97 publicado em 27-12-1997 EM VIGOR DESDE 21-12-1997 | 10º | 10% e) 15% b) | 11º | 15% | 12º | 10% |
| COSTA DO MAFIM | Resolução Assembleia da República n.º 192/2016 de 22 de Agosto | Falta Aviso s) | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 5% |
| CROÁCIA | Resolução Assembleia da República n.º 03/2015 de 12 de Janeiro | Aviso n.º 15/2016 publicado em 19-04-2016 EM VIGOR DESDE 28-02-15 | 10º | 5% w) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|----------------------------------|---|--|------------------|---------------------------|-------|------------------|-----------|------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| CUBA | Resolução Assembleia da República n.º 49/01 de 13 de Julho | Aviso n.º 187/06 publicado em 23-01-2006 (e Aviso n.º 279/05 de 29-07-2005) EM VIGOR DESDE 28-12-05 | 10º | 5% f) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| DINAMARCA | Resolução Assembleia da República n.º 6/02 de 23 de Fevereiro | Aviso n.º 53/2002 publicado em 15-06-2002 EM VIGOR DESDE 24-05-2002 a produzir efeitos após 01-01-03 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| EMIRADOS ÁRABES UNIDOS | Resolução Assembleia da República n.º 47/2012, de 13 de Abril | Aviso n.º 59/2012 publicado em 11-06-2012 EM VIGOR DESDE 22-05-2012 | 10º | 5% w) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| ESLOVÁQUIA | Resolução Assembleia da República n.º 49/04 de 13 de Julho | Aviso n.º 191/04 publicado em 04-12-2004 EM VIGOR DESDE 02-11-2004 a produzir efeitos após 01-01-05 | 10º | 15% b) 10% m) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| ESLOVÉNIA | Resolução Assembleia da República n.º 48/04 de 10 de Julho | Aviso n.º 155/04 publicado em 31-08-2004 EM VIGOR DESDE 13-08-2004 a produzir efeitos após 01-01-05 | 10º | 5% f) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| ESPANHA u) | Resolução Assembleia da República n.º 6/95, de 28 de Janeiro | Aviso n.º 164/95 publicado em 18-07-1995 EM VIGOR DESDE 28-06-1995 | 10º | 10% f) 15% b) | 11º | 15% | 12º | 5% |
| ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA | Resolução Assembleia da República n.º 39/95 de 12 de Outubro | Aviso n.º 35/96 publicado em 09-01-1996 EM VIGOR DESDE 01-01-1996 | 10º | 5% g) 10% g) 15% b) | 11º | 10% | 13º | 10% |
| ESTÓNIA | Resolução Assembleia da República n.º 47/04 de 08 de Julho | Aviso n.º 175/04 publicado em 27-11-2004 EM VIGOR DESDE 23-07-2004 a produzir efeitos após 01-01-05 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| ETIÓPIA | Resolução Assembleia da República n.º 96/2014 de 13 de Novembro | Falta Aviso s) | 10º | 5% y) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| FINLÂNDIA | DL n.º 494/70 de 23 de Outubro | Aviso publicado em 22-08-1980 EM VIGOR DESDE 14-07-1971 | 10º | 10% f) 15% b) | 11º | 15% | 12º | 10% |
| FRANÇA | DL n.º 105/71 de 26 de Março | Aviso publicado em 13-11-1972 EM VIGOR DESDE 18-11-1972 | 11º | 15% | 12º | 10% h) 12% b) | 13º | 5% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|--|---|------------------|------------------|-------|--------|-----------|------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| GEÓRGIA | Resolução Assembleia da República n.º 23/2015 de 05 de Março | Aviso n.º 16/2016 publicado em 03-05-2016 EM VIGOR DESDE 18-04-2016 | 10º | 5% y) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| GRÉCIA | Resolução Assembleia da República n.º 25/02 de 4 de Abril | Aviso n.º 85/2002 publicado em 24-09-2002 EM VIGOR DESDE 13-08-2002 a produzir efeitos após 01-01-03 | 10º | 15% | 11º | 15% | 12º | 10% |
| GUINÉ-BISSAU | Resolução Assembleia da República n.º 55/09, de 30 de Julho | Aviso n.º 94/2013 publicado em 11-10-2013 EM VIGOR DESDE 05-07-2012 | 10º | 10% | 11º | 10% r) | 12º | 10% |
| HOLANDA | Resolução Assembleia da República nº 62/00 de 12 de Julho | Aviso n.º 177/2000 publicado em 24-08-2000 EM VIGOR DESDE 11-08-2000 | 10.º | 10% | 11.º | 10% | 12.º | 10% |
| HONG KONG | Resolução Assembleia da República n.º 49/2012, de 16 de Abril | Aviso n.º 53/2012 publicado em 01-06-2012 EM VIGOR DESDE 03-06-2012 | 10.º | 5% w) 10% b) | 11º | 10% r) | 12º | 5% |
| HUNGRIA | Resolução Assembleia da República nº 4/99 de 28 de Janeiro | Aviso n.º 126/2000 publicado em 30-06-2000 EM VIGOR DESDE 08-05-2000 | 10º | 10% e) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| ÍNDIA | Resolução Assembleia da República n.º 20/2000 de 6 de Março | Aviso n.º 123/2000 publicado em 15-06-2000 EM VIGOR DESDE 05-04-2000 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| INDONÉSIA | Resolução Assembleia da República n.º 64/2006 de 6 de Dezembro | Aviso n.º 42/2008 publicado em 04/04/2008 EM VIGOR DESDE 11-05-2007 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| IRLANDA | Resolução Assembleia da República n.º 29/94 de 24 de Junho Protocolo que Revê CDT - Res. Ass. Rep. N.º 62/2006, de 06-12-2006 | Aviso n.º 218/94 publicado em 24-08-1994 EM VIGOR DESDE 11-07-1994 Aviso n.º 45/2008 publicado em 17.04.2008 - Protocolo que Revê CDT EM VIGOR DESDE 18-12-2006 | 10º | 15% | 11º | 15% | 12º | 10% |
| ISLÂNDIA | Resolução Assembleia da República n.º 16/02 de 8 de Março | Aviso n.º 48/2002 publicado em 08-06-2002 EM VIGOR DESDE 11-04-2002 a produzir efeitos após 01-01-03 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|---|--|------------------|------------------------------|-------|--------------------|-----------|------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| ISRAEL | Resolução Assembleia da República n.º 02/08 de 15 de Janeiro | Aviso n.º 94/2008 publicado em 13-06-2008 e rectificado pelo Aviso n.º 129/2008 publicado em 22.07.2008 EM VIGOR DESDE 18-02-2008 | 10º | 5% r) 10% r) 15% r) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| ITÁLIA | Lei n.º 10/82 de 01 de Junho | Aviso publicado em 07-01-1983 EM VIGOR DESDE 15-01-1983 | 10º | 15% | 11º | 15% | 12º | 12% |
| JAPÃO | Resolução Assembleia da República n.º 50/2012 de 17 de Abril | Aviso n.º 88/2013 publicado em 16/08/2013 EM VIGOR DESDE 28-07-2013 | 10º | 5% r) 10% b) | 11º | 5% r) 10% b) | 12º | 5% |
| KOWEIT | Resolução Assembleia da República n.º 44/2011, de 18 de Março | Aviso n.º 11/2014 publicado em 15/01/2014 EM VIGOR DESDE 05-12-2013 | 10º | 5% r) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| LETÓNIA | Resolução Assembleia da República n.º 12/03 de 28 de Fevereiro | Aviso n.º 138/2003 publicado em 26-04-2003 EM VIGOR DESDE 07-03-2003 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| LITUÂNIA | Resolução Assembleia da República n.º 10/03 de 25 de Fevereiro | Aviso n.º 123/2003 publicado em 22-03-2003 EM VIGOR DESDE 26-02-2003 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| LUXEMBURGO | Resolução Assembleia da República n.º 56/00 de 30 de Junho. Protocolo e Protocolo Adicional que alteram CDT (Res. As. Rep. 45/2012, de 12.04) | Aviso n.º 256/2000 publicado em 30-12-2000. EM VIGOR DESDE 30-12-2000. Protocolo e Protocolo Adicional EM VIGOR desde 18.05.2012 (Aviso n.º 65/2012, de 20.06.2012). | 10.º | 15% | 11.º | 10% n) 15% b) | 12.º | 10% |
| MACAU | Resolução Assembleia da República n.º 80-A/99 de 16 de Dezembro | Aviso n.º 72/2001 publicado em 16-07-2001 EM VIGOR DESDE 01-01-1999 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| MALTA | Resolução Assembleia da República n.º 11/02 de 25 de Fevereiro | Aviso n.º 33/2002 publicado em 06-04-2002 e rectificado em 30-04-2002 EM VIGOR DESDE 05-04-2002 a produzir efeitos após 01-01-03 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|--|--|------------------|--------------------------|-------|--------------------------|-----------|--------------------------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| MARROCOS | Resolução Assembleia da República n.º 69 -A/98 de 23 de Dezembro | Aviso n.º 201/2000 publicado em 16-10-2000 EM VIGOR DESDE 27-06-2000 | 10º | 10% e) 15% b) | 11º | 12% | 12º | 10% |
| MÉXICO | Resolução Assembleia da República n.º 84/00 de 15 de Dezembro | Aviso n.º 49/01 publicado em 21-05-2001 EM VIGOR DESDE 09-01-2001 | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| MOÇAMBIQUE | Resolução Assembleia da República n.º 36/92 de 30/12. - Protocolo que Revê CDT (Res. As. Rep. 36/2009, de 08.05) | Aviso n.º 55/95 publicado em 03-03-1995 EM VIGOR DESDE 01-01-1994. Protocolo em vigor desde 07.06.2009 (Aviso MNE n.º 45/2009, de 21.08.2009). | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |
| MOLDOVA | Resolução Assembleia da República n.º 106/2010, de 02 de Setembro | Aviso n.º 300/2010 publicado em 08/11/2010 EM VIGOR DESDE 18-10-2010 | 10º | 5% r) 10% r) | 11º | 10% | 12º | 8% |
| MONTENEGRO | Resolução Assembleia da República n.º 50/2017, de 21 de Março | <i>Falta Aviso s)</i> | 10º | 5% r) 10% r) | 11º | 10% | 12º | 5% r) 10% r) |
| NORUEGA v) | Resolução Assembleia da República n.º 44/2012, de 12 de Abril | Aviso n.º 33/2013 publicado em 15-03-2013 EM VIGOR DESDE 15-06-2012 v) | 10º | 5% r) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| PANAMÁ | Resolução Assembleia da República n.º 48/12 de 16 de Abril | Aviso n.º 69/2012 publicado em 09-08-2012 EM VIGOR DESDE 10-06-2012 | 10º | 10% w) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| PAQUISTÃO | Resolução Assembleia da República n.º 66/03 de 2 de Agosto | Aviso n.º 6/08 publicado em 21/01/2008 EM VIGOR DESDE 04-06-2007 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% o) | 12º | 10% p) |
| PERU | Resolução Assembleia da República n.º 88/2013 de 27 de Junho | Aviso n.º 48/2014 publicado em 03/04/2014 EM VIGOR DESDE 12-04-2014 | 10º | 10% r) 15% b) | 11º | 10% r) 15% b) | 12º | 10% r) 15% b) |
| POLÓNIA | Resolução Assembleia da República n.º 57/97 de 09 de Setembro | Aviso n.º 52/98 publicado em 25-03-1998 EM VIGOR DESDE 04-02-1998 | 10º | 10% e) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|---|--|------------------|--------------------|-------|--------|-----------|------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| QATAR | Resolução Assembleia da República n.º 51/2012 de 17 de Abril | Aviso n.º 51/2014 publicado em 02-05-2014 EM VIGOR DESDE 04-04-2014 | 10º | 5% w) r) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| REINO UNIDO | DL n.º 48497 de 24 de Julho de 1968 | Aviso publicado em 03-03-1969 EM VIGOR DESDE 20-01-1969 | 10º | 10% f) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 5% |
| REP. CHECA | Resolução Assembleia da República n.º 26/97 de 09 de Maio | Aviso n.º 288/97 publicado em 08-11-1997 EM VIGOR DESDE 01-10-1997 | 10º | 10% e) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| ROMÉNIA | Resolução Assembleia da República n.º 56/99 de 10 de Julho | Aviso nº 96/99 publicado em 18-08-1999 EM VIGOR DESDE 14-07-1999 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| RÚSSIA | Resolução Assembleia da República n.º 10/02 de 25 de Fevereiro | Aviso n.º 32/2003 publicado em 30-01-2003 EM VIGOR DESDE 11-12-2002 a produzir efeitos após 01-01-03 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| SAN MARINO | Resolução Assembleia da República n.º 95/2014 de 13 de Novembro | Falta Aviso s) | 10º | 10% y) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE | Resolução Assembleia da República n.º 182/2016 de 05 de Agosto | Falta Aviso s) | 10º | 10% y) 15% b) | 11º | 10% r) | 12º | 10% |
| SENEGAL | Resolução Assembleia da República n.º 92/2014 de 12 de Novembro | Aviso n.º 5/2016 publicado em 14-03-2016 EM VIGOR DESDE 20-03-2016 | 10º | 5% y) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| SINGAPURA | Resolução Assembleia da República n.º 85/00 de 15 de Dezembro Protocolo Altera CDT (Res. Ass. República n.º 96/2013, de 11 de Julho). | Aviso nº 45/01 publicado em 11-05-2001 EM VIGOR DESDE 16-03-01 Protocolo Altera CDT EM VIGOR DESDE 26.12.2013 (Aviso n.º 9/2014, de 15.01) | 10º | 10% | 11º | 10% | 12º | 10% |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO / ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|--|--|------------------|------------------------------------|-------|--------------------------|-----------|--------------------------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| SUÉCIA | Resolução Assembleia da República n.º 20/03 de 11 de Março | Aviso n.º 3/2004 publicado em 02-01-2004 e Aviso n.º 32/04, de 10-04-2004 EM VIGOR DESDE 19-12-2003 com efeitos após 01-01-2000 | 10º | 10% | 11º | 10% q) | 12º | 10% |
| SUIÇA | DL n.º 716/74 de 12 de Dezembro / Protocolo Modificativo da CDT (Res. Ass. Rep. N.º 87/2013, de 27.06) | Aviso publicado em 26-02-1976 EM VIGOR DESDE 18-12-1975 / Aviso n.º 102/2013, de 01.11.2013 - Protocolo Modificativo EM VIGOR DESDE 21.10.2013 | 10º | 5% x) 15% b) | 11º | 10% r) | 12º | 5% r) |
| SULTANATO DE OMAN | Resolução Assembleia da República n.º 128/2016 de 18 de Julho | <i>Falta Aviso s)</i> | 10º | 5% r) 10% r) 15% r) | 11º | 10% | 12º | 8% |
| TIMOR-LESTE | Resolução Assembleia da República n.º 112/2012 de 09 de Agosto | <i>Falta Aviso s)</i> | 10º | 5% r) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| TUNÍSIA | Resolução Assembleia da República n.º 33/2000 de 31 de Março | Aviso n.º 203/2000 publicado em 16-10-2000 EM VIGOR DESDE 21-08-2000 | 10º | 15% | 11º | 15% | 12º | 10% |
| TURQUIA | Resolução Assembleia da República n.º 13/06 de 21 de Fevereiro | Aviso n.º 2/2007 publicado em 10-01-2007 EM VIGOR DESDE 18-12-2006 | 10º | 5% m) 15% b) | 11º | 10% t) 15% b) | 12º | 10% |
| UCRÂNIA | Resolução Assembleia da República n.º 15/02 de 8 de Março | Aviso n.º 34/2002 publicado em 11-04-2002 e rectificado em 30-04-2002 EM VIGOR DESDE 11-03-2002 a produzir efeitos após 01-01-03 | 10º | 10% m) 15% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| URUGUAI | Resolução Assembleia da República n.º 77/2011, de 05 de Abril | Aviso n.º 30/2013 publicado em 18-02-2013 EM VIGOR DESDE 13-09-2012 | 10º | 5% r) 10% b) | 11º | 10% | 12º | 10% |
| VENEZUELA | Resolução Assembleia da República n.º 68/97 de 05 de Dezembro | Aviso n.º 15/98 publicado em 16-01-1998 EM VIGOR DESDE 08-01-1998 | 10º | 10% i) 15% j) | 11º | 10% | 12º | 10% k) 12% l) |

| PAÍSES (ordem alfabética) | DIPLOMA LEGAL | TROCA DOS INSTRUMENTOS DE RATIFICAÇÃO /ENTRADA EM VIGOR | REDUÇÃO DE TAXAS | | | | | |
|---------------------------------|---|--|------------------|---------------------------|-------|------|-----------|-------------------|
| | | | DIVIDENDOS | | JUROS | | ROYALTIES | |
| | | | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa | Art.º | Taxa |
| VIETNAME | Resolução Assembleia da República n.º 143/2016 de 27 de Julho | Falta Aviso s) | 10º | 5% r) 10% r) 15% r) | 11º | 10% | 12º | 10% r) 7,5% r) |
| CDT's em vigor | | | 68 | | | | | |
| CDT's assinadas | | | 11 | | | | | |

NOTAS:

- a) Quando pagos por entidades bancárias.
- b) Em todos os outros casos.
- c) Quando a sociedade controla mais de 50% do capital social.
- d) Entre 01-01-1972 e 31-12-1999 vigorou uma CDT entre Portugal e o Brasil aprovada pelo DL n.º244/71 de 2 Junho e que veio a ser denunciada unilateralmente pelo Brasil. A taxa reduzida para dividendos, juros e royalties era de 15%, podendo ainda ter sido aplicada, no caso de royalties, uma taxa de 10%, sempre que se tratasse de obras literárias, científicas ou artísticas, cuja aplicação era regulada pela Circular n.º 17/73, de 19/10.
- e) Quando o beneficiário efetivo for uma sociedade que durante um período consecutivo de 2 anos anteriormente ao pagamento dos dividendos, detiver 25% do capital social da sociedade pagadora, a taxa não poderá exceder 10% do montante bruto dos dividendos pagos depois de 31-12-1996. No entanto, nos termos do art.º 28º ou 29º das respetivas convenções, esta taxa reduzida de 10% só será aplicável, porque se trata de imposto devido na fonte, às situações cujo facto gerador do imposto surja em ou depois de 1 de janeiro do ano imediato àquele em que a Convenção entrou em vigor.
- f) Quando o beneficiário efetivo for uma sociedade que controla 25% ou mais do capital social.
- g) Quando o sócio for uma sociedade que durante dois anos consecutivos antes do pagamento dos dividendos, detiver diretamente 25% ou mais do capital social, a taxa é de 10% entre 01-01-1997 e 31-12-1999 e 5% para depois de 31-12-1999.
- h) Para as obrigações emitidas em França depois de 01-01-1965.
- i) A partir de 01-01-1997. No entanto, nos termos do art.º 29º, n.º 2, alínea a) da Convenção celebrada com a Venezuela, esta taxa reduzida de 10% apenas será aplicável, porque se trata de imposto devido na fonte, às situações cujo facto gerador do imposto surja em ou depois de 01-01-1999.
- j) Até 31-12-1996, conforme previsto no art.º 10.º, n.º 2 da Convenção com a Venezuela. No entanto, dado que esta Convenção apenas entrou em vigor em 08-01-1998, esta taxa reduzida de 15% nunca foi, nem será, aplicada.
- k) Taxa para assistência técnica.
- l) Taxa para royalties em geral.
- m) Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade que, durante um período ininterrupto de dois anos anteriormente ao pagamento dos dividendos, detenha diretamente pelo menos 25% do capital social da sociedade que paga os dividendos.
- n) Se os juros forem pagos por uma empresa de um Estado Contratante, em cuja titularidade os juros são considerados despesas dedutíveis, a um estabelecimento financeiro residente do outro Estado Contratante.
- o) Contudo, os juros provenientes de um Estado Contratante serão isentos nesse Estado, ao abrigo e se cumpridas as condições previstas as alíneas a), b) ou c) do n.º 3 do art.º 11º da CDT com o Paquistão.
- p) Esta taxa reduzida de 10% é ainda aplicável a "remunerações por serviços técnicos", nos termos e com a abrangência prevista nos n.ºs 4 e 5 do art.º 12º da CDT com o Paquistão.

- q) Contudo, os juros só poderão ser tributados no Estado Contratante de que o respetivo beneficiário efetivo é residente se cumprida uma das condições previstas nas alíneas a) a d) do n.º 3 do art.º 11.º da CDT com a Suécia.
- r) Consultar o artigo respetivo.
- s) Por não estar ainda publicado o aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros que publicita a troca dos instrumentos de ratificação entre os dois Estados Contratantes, esta convenção ainda não entrou em vigor.
- t) Desde que se trate de juros pagos em conexão com um empréstimo realizado por um período superior a dois anos.
- u) Entre 26-03-1970 e 27-06-1995 vigorou uma CDT entre Portugal e Espanha aprovada pelo DL n.º 49.223, de 04 de setembro de 1969 (Diário do Governo, I.ª Série, N.º 207, de 04/09/1969). As taxas reduzidas para dividendos eram de 10 e 15%; para juros de 15%; para royalties de 5%.
- v) Entre 01.10.1971 e 14.06.2012 vigorou uma CDT entre Portugal e a Noruega aprovada pelo DL n.º 504/70, de 27/02 e cuja entrada em vigor se operou por Aviso do MNE, de 15.10.1971. As taxas reduzidas para dividendos eram de 10 e 15%; para juros de 15%; para royalties de 10%.
- w) Se o beneficiário efetivo for uma sociedade (com exceção de uma sociedade de pessoas) que detenha, diretamente, pelo menos 10% do capital da sociedade que paga os dividendos.
- x) Se o beneficiário efetivo for uma sociedade (com exceção de uma sociedade de pessoas) que detenha, diretamente, pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos. Anteriormente à entrada em vigor do Protocolo Modificativo (entrou em vigor em 21.10.2013), as taxas para dividendos eram de 10% (ver alínea f) e 15%.
- y) Se o beneficiário efetivo for uma sociedade (com exceção de uma sociedade de pessoas) que detenha, diretamente, pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos.

ANEXO 2: As cláusulas anti abuso previstas nas CDT

Fonte: Courinha (2015:511-512)

| Países Contratantes | Cláusulas <i>Subject to Tax</i> | Cláusulas Beneficiário Efetivo | Cláusulas Limitação de Benefícios |
|---------------------|---------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|
| ÁFRICA DO SUL | - | X | - |
| ALEMANHA | X | X | - |
| ARGÉLIA | - | X | - |
| ÁUSTRIA | - | - | - |
| BARBADOS | - | X | X |
| BÉLGICA | - | - | - |
| BRASIL | - | X | X |
| BULGÁRIA | - | X | - |
| CABO VERDE | - | X | - |
| CANADÁ | - | X | - |
| CHILE | - | X | - |
| CHINA | - | X | - |
| COLÓMBIA | - | X | - |
| COREIA | - | X | - |
| CUBA | - | X | - |
| DINAMARCA | - | X | - |
| ESLOVÁQUIA | - | X | - |
| ESLOVÉNIA | - | X | - |
| ESPAÑA | - | X | X |
| E. U. A. | - | X | X |
| ESTÓNIA | X | X | - |
| FINLÂNDIA | X | - | - |
| FRANÇA | X | - | - |
| GRÉCIA | - | X | - |
| GUINÉ-BISSAU | - | X | - |
| HOLANDA | X | X | X |
| HUNGRIA | - | X | - |
| ÍNDIA | - | X | - |
| INDONÉSIA | - | X | - |
| IRLANDA | X | X | - |
| ISLÂNDIA | - | X | - |
| ISRAEL | X | X | - |
| ITÁLIA | - | X | - |
| LETÓNIA | X | X | - |
| LITUÂNIA | X | X | - |
| LUXEMBURGO | - | X | X |
| MACAU | - | X | - |
| MALTA | - | X | X |
| MARROCOS | - | X | - |
| MÉXICO | - | X | X |
| MOÇAMBIQUE | - | X | - |
| MOLDÁVIA | - | X | X |
| NORUEGA | X | - | - |
| PANAMÁ | - | X | X |
| PAQUISTÃO | - | X | - |

| | | | |
|-------------|---|---|---|
| POLÓNIA | - | X | - |
| REINO UNIDO | X | - | - |
| REP. CHECA | - | X | - |
| ROMÉNIA | - | X | - |
| RÚSSIA | - | X | - |
| SINGAPURA | - | X | - |
| SUÉCIA | - | X | X |
| SUIÇA | - | - | - |
| TUNÍSIA | - | X | - |
| TURQUIA | - | X | - |
| UCRÂNIA | - | X | X |
| VENEZUELA | - | X | - |

ANEXO 3: Plano de Ação BEPS

Fonte: OCDE (2013b:29-34)

| Ação | Descrição | Resultado Expectável |
|---|---|--|
| 1 – Address the tax challenges of the digital economy | Identify the main difficulties that the digital economy poses for the application of existing international tax rules and develop detailed options to address these difficulties, taking a holistic approach and considering both direct and indirect taxation. Issues to be examined include, but are not limited to, the ability of a company to have a significant digital presence in the economy of another country without being liable to taxation due to the lack of nexus under current international rules, the attribution of value created from the generation of marketable location relevant data through the use of digital products and services, the characterisation of income derived from new business models, the application of related source rules, and how to ensure the effective collection of VAT/GST with respect to the cross-border supply of digital goods and services. Such work will require a thorough analysis of the various business models in this sector. | Report identifying issues raised by the digital economy and possible actions to address them |
| 2 – Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements | 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 that is not includible in income by the recipient (and is not subject to taxation under controlled foreign company (CFC) or similar rules); (iv) domestic law provisions that deny a deduction for a payment that is also deductible in another jurisdiction; and (v) where necessary, guidance on co-ordination or tie-breaker rules if more than one country seeks to apply such rules to a transaction or structure. Special attention should be given to the interaction between possible changes to domestic law and the provisions of the OECD Model Tax Convention. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deduction limitations, the work on CFC rules, and the work on treaty shopping. | <p>Changes to the Model Tax Convention</p> <p>Recommendations regarding the design of domestic rules</p> |
| 3 – Strengthen CFC rules | Develop recommendations regarding the design of controlled foreign company rules. This work will be co-ordinated with other work as necessary. | Recommendations regarding the design of domestic rules |

| Ação | Descrição | Resultado Expectável |
|---|---|---|
| 4 – Limit base erosion via interest deductions and other financial payments | Develop 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 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. | Recommendations regarding the design of domestic rules |
| | | Changes to the Transfer Pricing Guidelines |
| 5 – Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance | 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. | Finalise review of member country regimes |
| | | Strategy to expand participation to non-OECD members |
| | | Revision of existing criteria |
| 6 – Prevent treaty abuse | Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids. | Changes to the Model Tax Convention |
| | | Recommendations regarding the design of domestic rules |
| 7 – Prevent the artificial avoidance of PE status | Develop changes to the definition of PE to prevent the artificial avoidance of PE status in relation to BEPS, including through the use of commissionaire arrangements and the specific activity exemptions. Work on these issues will also address related profit attribution issues. | Changes to the Model Tax Convention |
| 8 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: intangibles | Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements. | Changes to the Transfer Pricing Guidelines and possibly to the Model Tax Convention |
| | | Changes to the Transfer Pricing Guidelines and possibly to the Model Tax Convention |

| Ação | Descrição | Resultado Expectável |
|---|--|---|
| 9 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: risks and capital | Develop rules to prevent BEPS by transferring risks among, or allocating excessive capital to, group members. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to ensure that inappropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed risks or has provided capital. The rules to be developed will also require alignment of returns with value creation. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deductions and other financial payments. | Changes to the Transfer Pricing Guidelines and possibly to the Model Tax Convention |
| 10 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: other high-risk transactions | Develop rules to prevent BEPS by engaging in transactions which would not, or would only very rarely, occur between third parties. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to: (i) clarify the circumstances in which transactions can be recharacterised; (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains; and (iii) provide protection against common types of base eroding payments, such as management fees and head office expenses. | Changes to the Transfer Pricing Guidelines and possibly to the Model Tax Convention |
| 11 – Establish methodologies to collect and analyse data on BEPS and the actions to address it | Develop recommendations regarding indicators of the scale and economic impact of BEPS and ensure that tools are available to monitor and evaluate the effectiveness and economic impact of the actions taken to address BEPS on an ongoing basis. This will involve developing an economic analysis of the scale and impact of BEPS (including spillover effects across countries) and actions to address it. The work will also involve assessing a range of existing data sources, identifying new types of data that should be collected, and developing methodologies based on both aggregate (e.g. FDI and balance of payments data) and micro-level data (e.g. from financial statements and tax returns), taking into consideration the need to respect taxpayer confidentiality and the administrative costs for tax administrations and businesses. | Recommendations regarding data to be collected and methodologies to analyse them |
| 12 – Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements | Develop recommendations regarding the design of mandatory disclosure rules for aggressive or abusive transactions, arrangements, or structures, taking into consideration the administrative costs for tax administrations and businesses and drawing on experiences of the increasing number of countries that have such rules. The work will use a modular design allowing for maximum consistency but allowing for country specific needs and risks. One focus will be international tax schemes, where the work will explore using a wide definition of “tax benefit” in order to capture such transactions. The work will be co-ordinated with the work on co-operative compliance. It will also involve designing and putting in place enhanced models of information sharing for international tax schemes between tax administrations. | Recommendations regarding the design of domestic rules |
| 13 – Re-examine transfer pricing documentation | Develop rules regarding transfer pricing documentation to enhance transparency for tax administration, taking into consideration the compliance costs for business. The rules to be developed will include a requirement that MNE’s provide all relevant governments with needed information on their global allocation of the income, economic activity and taxes paid among countries according to a common template. | Changes to Transfer Pricing Guidelines and Recommendations regarding the design of domestic rules |

| Ação | Descrição | Resultado Expectável |
|---|--|--|
| 14 – Make dispute resolution mechanisms more effective | Develop solutions to address obstacles that prevent countries from solving treaty related disputes under MAP, including the absence of arbitration provisions in most treaties and the fact that access to MAP and arbitration may be denied in certain cases. | Changes to the Model Tax Convention |
| 15 – Develop a multilateral instrument | Analyse the tax and public international law issues related to the development of a multilateral instrument to enable jurisdictions that wish to do so to implement measures developed in the course of the work on BEPS and amend bilateral tax treaties. On the basis of this analysis, interested Parties will develop a multilateral instrument designed to provide an innovative approach to international tax matters, reflecting the rapidly evolving nature of the global economy and the need to adapt quickly to this evolution. | Report identifying relevant public international law and tax issues Develop a multilateral instrument |

ANEXO 4: *LOB clause* prevista no Relatório Final da Ação 6

Fonte: OCDE (2015b:21-69)

| Versão detalhada | Versão simplificada |
|---|--|
| 1 – Except as otherwise provided in this Article, a resident of a Contracting State shall not be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention (other than a benefit under paragraph 3 of Article 4, paragraph 2 of Article 9 or Article 25), unless such resident is a “qualified person”, as defined in paragraph 2, at the time that the benefit would be accorded. | 1 – Except as otherwise provided in this Article, a resident of a Contracting State shall be entitled to the benefits that would otherwise be accorded by this Convention only if such resident is a qualified person. |
| 2 – A resident of a Contracting State shall be a qualified person at a time when a benefit would otherwise be accorded by the Convention if, at that time, the resident is: | 2 – For the purposes of this Article, a resident of a Contracting State shall be a qualified person if the resident is either: |
| a) an individual; | a) an individual; |
| b) a Contracting State, or a political subdivision or local authority thereof, or a person that is wholly-owned by such State, political subdivision or local authority; | b) that Contracting State, any political subdivision or local authority thereof, the central bank thereof or a person that is wholly owned, directly or indirectly, by that State or any political subdivision or local authority thereof; |
| c) a company or other entity, if, throughout the taxable period that includes that time i) the principal class of its shares (and any disproportionate class of shares) is regularly traded on one or more recognised stock exchanges, and either: A) its principal class of shares is primarily traded on one or more recognised stock exchanges located in the Contracting State of which the company or entity is a resident; or B) the company’s or entity’s primary place of management and control is in the Contracting State of which it is a resident; or ii) at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the shares (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) in the company or entity is owned directly or indirectly by five or fewer companies or entities entitled to benefits under subdivision i) of this subparagraph, [provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of either Contracting State]; | c) a company, if the principal class of its shares is regularly traded on one or more recognised stock exchanges; |
| d) a person, other than an individual, that i) is a [list of the relevant non-profit organisations found in each Contracting State], ii) is a recognised pension fund, provided that more than 50 per cent of the beneficial interests in that person are owned by individuals resident of either | d) a person other than a company, if its beneficial interests are regularly traded on one or more recognised stock exchanges; |

| | |
|---|--|
| <p>Contracting State, or more than [__ per cent] of the beneficial interests in that person are owned by individuals resident of either Contracting State or of any other State with respect to which the following conditions are met</p> <p>A) individuals who are residents of that other State are entitled to the benefits of a comprehensive convention for the avoidance of double taxation between that other State and the State from which the benefits of this Convention are claimed, and</p> <p>B) with respect to income referred to in Articles 10 and 11 of this Convention, if the person were a resident of that other State entitled to all the benefits of that other convention, the person would be entitled, under such convention, to a rate of tax with respect to the particular class of income for which benefits are being claimed under this Convention that is at least as low as the rate applicable under this Convention; or</p> <p>iii) was constituted and is operated to invest funds for the benefit of persons referred to in subdivision ii), provided that substantially all the income of that person is derived from investments made for the benefit of these persons;</p> | |
| <p>e) a person other than an individual, if</p> <p>i) on at least half the days of the taxable period, persons who are residents of that Contracting State and that are entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of this paragraph own, directly or indirectly, shares representing at least 50 per cent of the aggregate voting power and value (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) of the person, [provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of that Contracting State], and</p> <p>ii) less than 50 per cent of the person's gross income for the taxable period, as determined in the person's Contracting State of residence, is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not residents of either Contracting State entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of this paragraph in the form of payments that are deductible for purposes of the taxes covered by this Convention in the person's Contracting State of residence (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property);</p> | <p>e) a person other than an individual, provided that persons who are residents of that Contracting State and are qualified persons by reason of subparagraphs a) to d) own, directly or indirectly, more than 50 per cent of the beneficial interests of the person.</p> |
| <p>f) [possible provision on collective investment vehicles]¹ [Footnote 1] This subparagraph should be drafted (or omitted) based on how collective investment vehicles are treated in the Convention and are used and</p> | |

| | |
|--|--|
| <p>treated in each Contracting State: see the Commentary on the subparagraph and paragraphs 6.4 to 6.38 of the Commentary on Article 1.</p> | |
| <p>3 -</p> <p>a) A resident of a Contracting State will be entitled to benefits of this Convention with respect to an item of income derived from the other Contracting State, regardless of whether the resident is a qualified person, if the resident is engaged in the active conduct of a business in the first-mentioned Contracting State (other than the business of making or managing investments for the resident's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank or [list financial institutions similar to banks that the Contracting States agree to treat as such], insurance enterprise or registered securities dealer respectively), and the income derived from the other Contracting State is derived in connection with, or is incidental to, that business.</p> <p>b) If a resident of a Contracting State derives an item of income from a business activity conducted by that resident in the other Contracting State, or derives an item of income arising in the other Contracting State from an associated enterprise, the conditions described in subparagraph a) shall be considered to be satisfied with respect to such item only if the business activity carried on by the resident in the first mentioned Contracting State is substantial in relation to the business activity carried on by the resident or associated enterprise in the other Contracting State. Whether a business activity is substantial for the purposes of this paragraph will be determined based on all the facts and circumstances.</p> <p>c) For purposes of applying this paragraph, activities conducted by persons connected to a person shall be deemed to be conducted by such person. A person shall be connected to another if one possesses at least 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or another person possesses at least 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in each person. In any case, a person shall be considered to be connected to another if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons.</p> | <p>3 – A resident of a Contracting State that is not a qualified person shall nevertheless be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention with respect to an item of income if persons that are equivalent beneficiaries own, directly or indirectly, more than 75 per cent of the beneficial interests of the resident.</p> |
| <p>[4 – A company that is a resident of a Contracting State shall also be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention if, at the time when that benefit would be accorded:</p> | <p>4 –</p> <p>a) A resident of a Contracting State that is neither a qualified person nor entitled under paragraph 3 to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention</p> |

| | |
|---|---|
| <p>a) at least 95 per cent of the aggregate voting power and value of its shares (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) is owned, directly or indirectly, by seven or fewer persons that are equivalent beneficiaries, provided that in the case of indirect ownership, each intermediate owner is itself an equivalent beneficiary, and</p> <p>b) less than 50 per cent of the company's gross income, as determined in the company's State of residence, for the taxable period that includes that time, is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not equivalent beneficiaries, in the form of payments (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property) that are deductible for the purposes of the taxes covered by this Convention in the company's State of residence.]</p> | <p>with respect to an item of income shall nevertheless be entitled to such benefit if the resident is carrying on a business in the first-mentioned Contracting State (other than the business of making or managing investments for the resident's own account, unless the business is carried on by a bank, an insurance company, a registered securities dealer or any other institution agreed upon by the Contracting States) and that item of income is derived in connection with, or is incidental to, that business.</p> <p>b) If a resident of a Contracting State derives an item of income from a business carried on by that resident in the other Contracting State, or derives an item of income arising in the other Contracting State from a related enterprise of the resident, the conditions described in subparagraph a) shall be considered to be satisfied with respect to such item of income only if the business carried on by the resident in the first-mentioned Contracting State is substantial in relation to the business carried on by the resident or related enterprise in the other Contracting State. Whether a business is substantial for the purpose of this subparagraph shall be determined on the basis of all the facts and circumstances.</p> <p>c) For the purposes of this paragraph, the business carried on by a partnership in which a person is a partner and the business carried on by related enterprises of a person shall be deemed to be carried on by such person.</p> |
| <p>5 – If a resident of a Contracting State is not entitled, under the preceding provisions of this Article, to all benefits provided under this Convention, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted benefits to which that resident is not entitled shall nevertheless treat that resident as being entitled to these benefits, or benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that resident and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that the establishment, acquisition or maintenance of the resident and the conduct of its operations did not have as one of its principal purposes the obtaining of benefits under this Convention. The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State.</p> | <p>5 – A resident of a Contracting State that is neither a qualified person nor entitled under paragraph 3 or 4 to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention with respect to an item of income shall nevertheless be entitled to such benefit if the competent authority of the Contracting State from which the benefit is being claimed, upon request from that resident, determines, in accordance with its domestic law or administrative practice, that the establishment, acquisition or maintenance of the resident and the conduct of its operations are considered as not having as one of its principal purposes the obtaining of such benefit. The competent authority of the Contracting State to which such request has been made by a resident of the other Contracting State shall consult with the competent authority of that other State before rejecting the request.</p> |
| <p>6 – For purposes of the preceding provisions of this Article:</p> | <p>6 – For the purposes of this Article:</p> |
| <p>a) the term “recognised stock exchange” means:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) [list of stock exchanges agreed to at the time of signature]; and ii) any other stock exchange agreed upon by the competent authorities of the Contracting States; | <p>a) the term “principal class of shares” means the class or classes of shares of a company which represents in the aggregate a majority of the voting power of the company;</p> |
| <p>b) the term “principal class of shares” means the ordinary or common shares of the company, provided that such class of shares represents the majority of the voting power and value of the company. If no single class of ordinary or common shares</p> | <p>b) the term “recognised stock exchange” means:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) any stock exchange established and regulated as such under the laws of either Contracting State; and |

| | |
|---|--|
| <p>represents the majority of the aggregate voting power and value of the company, the “principal class of shares” are those classes that in the aggregate represent a majority of the aggregate voting power and value of the company. In the case of a company participating in a dual listed company arrangement, the principal class of shares will be determined after excluding the special voting shares which were issued as a means of establishing that dual listed company arrangement.</p> | <p>ii) any other stock exchange agreed upon by the competent authorities of the Contracting States;</p> |
| <p>c) the term “disproportionate class of shares” means any class of shares of a company resident in one of the Contracting States that entitles the shareholder to disproportionately higher participation, through dividends, redemption payments or otherwise, in the earnings generated in the other Contracting State by particular assets or activities of the company;</p> | <p>c) the term “equivalent beneficiary” means any person who would be entitled to an equivalent or more favourable benefit with respect to an item of income accorded by a Contracting State under the domestic law of that Contracting State, this Convention or any other international instrument as the benefit to be accorded to that item of income under this Convention, provided that, if that person is a resident of neither of the Contracting States, the first-mentioned Contracting State has a convention for the effective and comprehensive exchange of information relating to tax matters in effect with the state of which that person is a resident. For the purposes of determining whether a person is an equivalent beneficiary with respect to dividends, the person shall be deemed to hold the same capital, shares or voting powers, as the case may be, of the company paying the dividends as the company claiming the benefit with respect to the dividends holds those of the company paying the dividends.</p> |
| <p>d) a company’s “primary place of management and control” will be in the Contracting State of which it is a resident only if executive officers and senior management employees exercise day-to-day responsibility for more of the strategic, financial and operational policy decision making for the company (including its direct and indirect subsidiaries) in that Contracting State than in any other State and the staff of such persons conduct more of the day-to-day activities necessary for preparing and making those decisions in that Contracting State than in any other State;</p> | <p>d) A person shall be a related enterprise of another if, on the basis of all the facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons.</p> |
| <p>e) [possible definition of “collective investment vehicle”];¹ [Footnote 1: A definition of the term “collective investment vehicle” should be added if a provision on collective investment vehicles is included in paragraph 2 (see subparagraph 2 f).];</p> | |
| <p>[f] the term “equivalent beneficiary” means a resident of any other State, but only if that resident</p> <p>i)</p> <p>A) would be entitled to all the benefits of a comprehensive convention for the avoidance of double taxation between that other State and the State from which the benefits of this Convention are claimed under provisions</p> | |

| | |
|--|--|
| <p>analogous to subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of paragraph 2 of this Article, provided that if such convention does not contain a comprehensive limitation on benefits article, the person would be entitled to the benefits of this Convention by reason of subparagraph a), b), subdivision i) of subparagraph c), or subparagraph d) of paragraph 2 of this Article if such person were a resident of one of the Contracting States under Article 4 of this Convention; and</p> <p>B) with respect to income referred to in Articles 10, 11 and 12 of this Convention, would be entitled under such convention to a rate of tax with respect to the particular class of income for which benefits are being claimed under this Convention that is at least as low as the rate applicable under this Convention; or</p> <p>ii) is a resident of a Contracting State that is entitled to the benefits of this Convention by reason of subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of paragraph 2 of this Article.]</p> <p>[Footnote 1: The inclusion of a definition of “equivalent beneficiary” will depend on whether paragraph 4 is included and whether that phrase is used in subparagraph f) of paragraph 2 dealing with collective investment vehicles.]</p> | |
| <p>g) the term “dual listed company arrangement” means an arrangement pursuant to which two publicly listed companies, while maintaining their separate legal entity status, shareholdings and listings, align their strategic directions and the economic interests of their respective shareholders through:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) the appointment of common (or almost identical) boards of directors, except where relevant regulatory requirements prevent this; ii) management of the operations of the two companies on a unified basis; iii) equalised distributions to shareholders in accordance with an equalisation ratio applying between the two companies, including in the event of a winding up of one or both of the companies; iv) the shareholders of both companies voting in effect as a single decision-making body on substantial issues affecting their combined interests; and v) cross-guarantees as to, or similar financial support for, each other’s material obligations or operations except where the effect of the relevant regulatory requirements prevents such guarantees or financial support; | |
| <p>h) with respect to entities that are not companies, the term “shares” means interests that are comparable to shares.</p> | |
| <p>7 – Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is</p> | <p>7 – The competent authorities of the Contracting States may by mutual agreement settle the mode of application of this Article.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.</p> | |
| <p>8 – Where a benefit under this Convention is denied to a person under paragraph 7, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement referred to in paragraph 7. The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State.</p> | |