





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

JOSÉ VASCO APOLINÁRIO RODRIGUES

**Convenção Multilateral para prevenir a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros: O impacto relativamente ao abuso das Convenções para Eliminar a Dupla Tributação**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Tributário e Fiscal

Trabalho efetuado sob a orientação do

**Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro**

janeiro de 2019

## DECLARAÇÃO

**Nome:** José Vasco Apolinário Rodrigues

**Endereço eletrónico:** [josevascorodrigues@gmail.com](mailto:josevascorodrigues@gmail.com)

**Título da Dissertação:**

Convenção Multilateral para prevenir a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros: O impacto relativamente ao abuso das Convenções para Eliminar a Dupla Tributação.

**Orientador:** Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

**Ano de conclusão:** 2019

**Designação do Mestrado:** Mestrado em Direito Tributário e Fiscal

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## RESUMO

Esta dissertação procura fazer uma análise atual do panorama das Convenções para Eliminar a Dupla Tributação e o combate aos esquemas abusivos por parte dos contribuintes. Para tal compreensão, conceitos como “dupla não tributação” e “abuso de tratados” são fundamentais para este estudo assim como as medidas de combate a estes fenómenos ao nível do Direito Internacional Fiscal. Apesar das anteriores preocupações dos Estados os passos dados a nível legislativo internacional a este respeito foram sempre amenizados pela soberania fiscal e pela adoção de medidas domésticas. Não obstante, alguns passos foram dados pela OCDE pela inclusão de algumas, embora um pouco camufladas, medidas anti abuso.

Deste modo, a OCDE desenvolveu o Plano de Ação “*Base Erosion and Profit Shifting*” (BEPS) no sentido de combater alguns fenómenos que originam situações patológicas e harmonizar as normas fiscais internacionais relativa à dupla tributação, e conseqüentemente, à dupla não tributação. A Ação 6 deste Plano de Ação procurou exatamente combater a utilização abusiva das normas dos tratados por parte dos contribuintes, propondo medidas para combater estes comportamentos, sobre as quais este estudo se debruçará. Por seu lado, a Ação 15 do aludido plano resultou numa compilação normativa, denominada Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributárias e a Transferência de Lucros, ou “*The Multilateral Instrument*”. Esta compilação abarca várias normas no sentido de combater o abuso de tratados e melhorar a conjugação entre os diferentes sistemas tributários, assim como as lacunas provocadas pelas suas diferenças, e principalmente, como já referido, a utilização abusiva dessas lacunas.

A dissertação estudará as normas introduzidas para combater o abuso de tratados, o tipo de normas, como estas se aplicarão e como irão interagir com as convenções bilaterais.

Será feita também uma análise à interação destas normas com as normas europeias anti abuso, uma vez que podem levantar algumas dúvidas de interpretação e contradições com os direitos fundamentais europeus. Assim como uma análise da interação com os outros tratados, nomeadamente os tratados fiscais.

**Palavras-chave:** Abuso de tratados, BEPS, Conflitos de Tratados, Dupla Tributação, Evasão Fiscal, Globalização, Harmonização, Limitation on Benefits, Principal Purpose Test.



## ABSTRACT

This study seeks to make a current analysis of the panorama of the Conventions to Eliminate the Double Taxation and the combat to the abusive schemes on the part of the taxpayers. For this understanding, concepts such as "double taxation" and "abuse of treaties" are fundamental to this study as well as measures to combat these phenomena in the area of International Tax Law. Despite previous concerns of the States, the steps taken at the international legislative level in this regard have always been softened by fiscal sovereignty and the adoption of domestic measures. Nonetheless, some steps were taken by the OECD to include some, albeit slightly camouflaged, anti-abuse measures.

The OECD has therefore developed the "Base Erosion and Profit Shifting" Action Plan (BEPS) to combat some of the phenomena that give rise to pathological situations and to harmonize international tax rules on double taxation and, consequently, double non-taxation. Action 6 of this Plan of Action sought precisely to combat abusive use of treaty standards by taxpayers, proposing measures to combat these behaviors, on which this study will focus. For its part, Action 15 of the plan resulted in a normative compilation, called the Multilateral Convention to Prevent Tax Erosion and Profit Transfer, or "The Multilateral Instrument." This compilation covers a number of rules to combat abuse of treaties and to improve the combination of different tax systems, as well as the gaps caused by their differences, and above all, as mentioned above, the misuse of such gaps.

The dissertation will study the norms introduced to combat treaty abuse, the type of rules, how these will apply and how they will interact with bilateral conventions.

An analysis will also be made of the interaction of these standards with European anti-abuse standards, as they may raise some doubts of interpretation and contradictions with European fundamental rights. As well as an analysis of the interaction with the other treaties, in particular tax treaties.

**Key words:** BEPS, Double Taxation, Globalization, Harmonization, Limitation on Benefits, Principal Purpose Test, Tax Evasion, Treaty Conflicts, Treaty Shopping.



## ÍNDICE

RESUMO.....	iii
ABSTRACT .....	v
LISTA DE PRINCIPAIS ABREVIATURAS .....	ix
INTRODUÇÃO .....	1
<b>CAPÍTULO I – A ORIGEM DO BEPS – AS CDT E A DUPLA NÃO TRIBUTAÇÃO.....</b>	<b>5</b>
1.1. As Convenções para Eliminar a Dupla Tributação e o conceito de Dupla Não Tributação ..5	
1.2. O “Treaty Shopping” .....	15
1.3. O combate ao Treaty Shopping antes do Projeto BEPS .....	18
1.3.1. O Princípio Geral Anti Abuso .....	18
1.3.2. As Cláusulas Gerais Anti Abuso .....	21
1.3.3. As Cláusulas Específicas Anti Abuso.....	23
1.4. O Plano de Ação “Base Erosion and Profit Shifting” e o “Treaty Shopping” .....	28
1.5. Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros .....	34
<b>CAPÍTULO II - AS NORMAS DE COMBATE AO ABUSO DE TRATADOS NO MLI .....</b>	<b>41</b>
2.1. O Princípio Anti Abuso do Direito Internacional .....	42
2.2. Principal Purpose Test .....	44
2.3 Cláusula de Limitação de Benefícios .....	57
2.4 As Reservas e Opções das Partes do MLI relativamente ao Standard Mínimo Anti Abuso .....	81
2.5 Aplicação conjunta LOB e PPT .....	86
<b>CAPÍTULO III – O IMPACTO DAS NORMAS ANTI ABUSO DO MLI NA REDE DE CONVENÇÕES FISCAIS BILATERAIS .....</b>	<b>95</b>
3.1 Relação com as CDT abrangidas.....	95
3.2 Interação do PPT com as CDT .....	106
3.3 PPT do MLI e o Direito Nacional.....	110



<b>CAPÍTULO IV – A RELAÇÃO DAS NOVAS NORMAS ANTI ABUSO COM O DIREITO EUROPEU..</b>	<b>115</b>
4.1 A Diretiva Anti Elisão.....	115
4.2 A Cláusula Geral Anti Abuso da ATAD e o PPT.....	117
4.3 Cláusulas de Limitação de Benefícios e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia .....	124
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>135</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>145</b>

## LISTA DE PRINCIPAIS ABREVIATURAS

**ATAD** – Diretiva Anti Elisão

**BEPS** – Base Erosion and Profit Shifting

**CAF** – Comité Assuntos Fiscais OCDE

**CDT** – Convenção para Eliminar a Dupla Tributação

**CMOCDE** – Convenção Modelo OCDE

**CMONU** – Convenção Modelo ONU.

**GAAR** – Norma Geral Anti Abuso

**LOB** – Limitation on Benefits Clause

**MLI** – Instrumento Multilateral/Convenção Multilateral

**OCDE** – Organização para o Crescimento e Desenvolvimento Económico

**ONU** – Organização das Nações Unidas

**PPT** – Principal Purpose Test

**SAAR** – Norma Específica Anti Abuso

**TFUE** – Tratado Funcionamento UE

**TJUE** – Tribunal de Justiça UE

**UE** – União Europeia



## INTRODUÇÃO

A globalização económica, social e cultural permitiu-nos aceder facilmente a qualquer lugar do mundo, receber influências de outro ponto do planeta ou comprar um produto noutra país que não o nosso.

O mercado está globalizado, nos dias que correm as pessoas coletivas e individuais não desconsideram a possibilidade de se moverem geograficamente. Num mundo cada vez mais globalizado é usual vermos um natural de um país a residir e a trabalhar noutra país, como acontece com as pessoas coletivas que procuram estender os seus negócios além-fronteiras. Consequentemente os rendimentos obtidos pelas pessoas coletivas e individuais são-no muitas vezes obtidos fora do seu país de residência.

É neste plano que surgem as Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação<sup>1</sup>, uma vez que o Princípio da Soberania Fiscal, aliado às leis tributárias nacionais resultam no facto de, tanto o Estado de residência de quem obteve o rendimento como o Estado onde foi obtido o rendimento em causa têm a intenção de o tributar, tornando-se necessário elaborar legislação para eliminar esta dupla tributação jurídica internacional.

A dupla tributação de rendimentos internacional constitui um obstáculo significativo às relações transfronteiriças, tem sido então decisiva a necessidade de a relativizar e de a combater, tornando-a numa eventual vantagem competitiva no atual contexto económico internacional cada vez mais tecnológico e global.

As Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação têm a vantagem de atenuar assim alguma parte da fuga de capitais e atrair mais investimento e, paralelamente, fortalecem as relações entre os Estados contratantes.

Portugal possui atualmente um número bastante significativo de Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação celebradas que se baseiam na Convenção Modelo da OCDE<sup>2</sup>, no sentido de eliminar a dupla tributação internacional através da imposição de restrições aos direitos e taxas de tributação dos próprios Estados contratantes da fonte do rendimento, e também da obrigação sobre o país de residência de conceder uma isenção ou crédito fiscal pelos impostos pagos no Estado da fonte.

---

<sup>1</sup> LANG, Michael, «*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*», Linde, Verlag GmbH, 2014 p.12.

<sup>2</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*.

No entanto, com a evolução e cada vez maior globalização do mercado as Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação foram começando a ser insuficientes no âmbito das relações tributárias internacionais, que se manifestaram num planeamento fiscal internacional abusivo e até mesmo no desrespeito pelas regras nelas contidas.

Atualmente verificam-se estratégias de planeamento fiscal que exploram as deficiências nos quadros legais, nacionais e internacionais (*mismatches, gaps*), para artificialmente transferir lucros para sistemas fiscais com tributação reduzida ou nula, em que a atividade económica é reduzida, o que se manifesta numa tributação reduzida ou nula dos rendimentos.

Estes comportamentos provocam uma tributação reduzida ou uma dupla não tributação. O objetivo das CDT de prevenirem a dupla tributação não significa que valorize a dupla não tributação, muito pelo contrário, até porque estes esquemas dos contribuintes originam práticas abusivas aos objetivos e fundamentos dos tratados bilaterais de dupla tributação. O combate a estes comportamentos passou a fazer parte da linha da frente dos Estados e das instâncias internacionais como a OCDE, o G20 e a União Europeia.

O Plano de Ação *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)<sup>3</sup> surgiu com o objetivo de modificar o quadro legal no domínio tributário para que os rendimentos sejam tributados onde são realizadas as atividades económicas que os geram e onde o valor é efetivamente criado. Este projeto procurou identificar lacunas normativas nos tratados bilaterais, nas legislações domésticas e aperfeiçoar essas normas no intuito de prevenir e combater o abuso dos tratados fiscais.

A ação 6 deste projeto versou exatamente sobre este tema, prevenir o abuso dos tratados fiscais por parte dos contribuintes, constituindo este um objetivo fundamental para a OCDE.

A ação quinze, no seu relatório final previa o desenvolvimento de uma Convenção Multilateral para modificar de forma rápida e sincronizada as Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação bilaterais, implementando as normas que mereceram o consenso internacional no âmbito do BEPS.

Em Paris, no dia 7 de junho de 2017 realizou-se a cerimónia de assinatura na sede da OCDE desse mesmo Instrumento Multilateral, denominado Convenção Multilateral para Prevenir

---

<sup>3</sup> OCDE, G20, «*BEPS Project Explanatory Statement*», 2015.

a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros<sup>4</sup>, onde Portugal esteve representado pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e assinou também a Convenção.

Esta Convenção Multilateral tem como objetivo uma implementação coordenada e eficaz das regras de combate ao abuso de tratados e este estudo versará exatamente entre as reformulações efetuadas e as alterações que estas mudanças terão no combate ao abuso dos tratados.

Neste estudo serão abordadas as medidas do Projeto BEPS implementadas através da Convenção Multilateral, assim como o seu impacto nas convenções bilaterais abrangidas no combate ao abuso de tratados e a sua eficácia.

As alterações introduzidas podem suscitar algumas questões jurídicas relevantes que devem ser abordadas e estudadas, no intuito de haver um escrutínio para que estas normas possam ser analisadas e melhoradas no futuro. O sentido é tornar as normas e os meios de combate aos comportamentos abusivos dos contribuintes cada vez mais eficazes e adequados às condicionantes atuais dos negócios internacionais.

Neste âmbito será elaborada também a análise pertinente de como estas normas se aplicarão concomitantemente com outras normas anti abuso, nomeadamente, as normas já constantes em tratados bilaterais, as normas do direito nacional e as normas do direito da União Europeia.

No final serão apresentadas algumas ideias que se concluem com o estudo do tema, e o objetivo é depreender quais as vantagens e desvantagens desta Convenção Multilateral, se atingiu o objetivo do combate ao abuso de tratados, e se os aspetos positivos destas medidas superam os aspetos menos positivos. No essencial, pretende-se aferir se, no final, se é possível considerar ou não a Convenção Multilateral um sucesso no combate às práticas abusivas.

---

<sup>4</sup> OCDE, *Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting*.



## CAPÍTULO I – A ORIGEM DO BEPS – AS CDT E A DUPLA NÃO TRIBUTAÇÃO

### 1.1. As Convenções para Eliminar a Dupla Tributação e o conceito de Dupla Não Tributação

As Convenções para Evitar a Dupla Tributação (CDT) constituem um dos mais relevantes e influentes instrumentos legislativos de direito tributário internacional.

A soberania fiscal dos Estados resulta no direito de serem tributados a totalidade dos rendimentos conseguidos pelos seus residentes e os rendimentos obtidos no seu território<sup>5</sup>.

Uma vez que tanto o Estado da residência do contribuinte e o Estado da fonte do rendimento se advogam no direito de tributar aquele rendimento torna-se absolutamente necessário evitar esta dupla tributação. As complexidades inerentes à harmonização legislativa tributária internacional levam a que a fixação de residência em território de um Estado implica que a totalidade dos rendimentos auferidos pelos nacionais de países terceiros possa ficar sujeita a tributação no país de residência, o que resulta numa dupla tributação. Esta dupla tributação apenas conseguirá ser precavida através de convenções bilaterais celebradas entre Estados para evitá-la. Assim, estas convenções permitem que os rendimentos de um contribuinte residente de um Estado não seja duplamente tributado pelos rendimentos que obtém nos outros Estados dos quais não é residente. Este fenómeno pode surgir através de duas vias: dupla tributação económica e dupla tributação jurídica.<sup>6</sup>

A dupla tributação económica ocorre quando o rendimento é sujeito a imposto na esfera de dois sujeitos passivos diferentes – “*o mesmo rendimento é tributado na esfera de dois sujeitos passivos diferentes.*”<sup>7</sup> A mesma situação é tributada por dois Estados distintos, havendo uma sobreposição de impostos que resulta numa identidade quanto ao objeto, mas numa diferença relativamente aos sujeitos passivos.

Diferentemente, nos casos de dupla tributação jurídica existe identidade do sujeito passivo, ou seja, a tributação será feita através de diferentes normas, mas na esfera do mesmo

---

<sup>5</sup> XAVIER, Alberto, “*Direito Tributário Internacional*”, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 33.

<sup>6</sup> LANG, Michael, “*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*” Linde Verlag GmbH, 2014 p. 27.

<sup>7</sup> LANG, Michael, «*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*», Linde Verlag GmbH, 2014 p. 29.



sujeito passivo – “o rendimento proveniente de outro Estado é tributado em dois momentos distintos.”<sup>8</sup>

No caso dos tratados fiscais bilaterais está em causa uma dupla tributação jurídica. A dupla tributação prevê o preenchimento de dois predicados: a identidade do facto tributário e a pluralidade das normas. Estamos perante um caso de dupla tributação quando um mesmo facto tributário integra a previsão de duas normas e incidência distintas. Quando as previsões normativas pertencem a ordenamentos tributários de dois ou mais Estados, surge o fenómeno da dupla tributação internacional.<sup>9</sup> Este fenómeno põe em causa os princípios basilares do Direito Fiscal Internacional, principalmente o Princípio da Equidade e o Princípio da Neutralidade<sup>10</sup>. O Princípio de Equidade, que deve, nestes termos, tanto na sua vertente da equidade entre Estados guiar a formulação das normas destinadas a concretizar a repartição do poder de tributar entre os Estados e a eliminar a dupla tributação internacional, como na sua vertente da equidade entre as posições relativas dos sujeitos passivos e com a justiça e adequação do tratamento fiscal que lhes é imposto. O Princípio da Neutralidade deve procurar não interferir na afetação ótima, em termos económicos, dos recursos produtivos existentes, tentando reduzir ao mínimo as distorções provocadas por aspetos fiscais nas decisões dos agentes económicos.

Nos dias de hoje, o mundo é um lugar onde a conceção de barreira entre países se atenua. O esbatimento destas barreiras resulta na globalização e na mobilidade. Um dos principais efeitos da globalização é a ausência de muros nacionais e na internacionalização das atividades negociais e das transações comerciais entre sujeitos de diferentes países. No enquadramento do Direito Fiscal Internacional, estas situações podem originar obrigações tributárias em mais do que um Estado, o que poderá resultar num caso de dupla tributação. A consagração pelos Estados, concomitantemente, do Princípio da Fonte <sup>11</sup> e do Princípio da

---

<sup>8</sup> LANG, Michael, “*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*”, Linde Verlag GmbH, 2014 p. 27.

<sup>9</sup> Note-se igualmente que, conforme defende ALBERTO XAVIER, “para que se verifique dupla tributação, é necessário que ambas as normas em presença se apliquem no caso concreto, dando origem ao nascimento de duas pretensões tributárias. Mas se o mesmo facto recai na esfera de incidência de duas normas, não havendo, porém, aplicação concreta de ambas, ou havendo apenas aplicação de uma, fala-se então em dupla tributação virtual ou *in thesi*, para a distinguir da dupla tributação efetiva ou *in praxi*. Na dupla tributação efetiva ocorre um concurso real de normas; na dupla tributação virtual, o concurso é meramente aparente”, XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, 2018, páginas 40-41.

<sup>10</sup> José Casalta Nabais, *Por Um Sistema Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 184-202

<sup>11</sup> LANG, Michael, «*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*», Linde Verlag GmbH, 2014 p. 27.

Residência<sup>12</sup>, pode resultar na germinação de um caso de dupla tributação internacional. A tributação através do critério da nacionalidade potencializa o advento destes casos.

Perante a necessidade de terminar com estas situações foram desenvolvidos e celebrados inúmeros acordos bilaterais para evitar a dupla tributação, sendo a maioria baseada nos Modelo de Convenção Fiscal da OCDE<sup>13</sup> e nos seus Comentários<sup>14</sup>, que embora sejam *soft law*, indicam o sentido de aplicação e interpretação das normas da convenção, e o Modelo de Convenção Fiscal da ONU<sup>15</sup>. O objetivo da elaboração e assinatura destes instrumentos bilaterais fiscais centra-se na eliminação da dupla tributação que poderá surgir no âmbito dos negócios e transações internacionais. Além de impedirem a dupla tributação, as CDT identificam outros objetivos, tais como fornecer segurança e previsibilidade em casos de investimento estrangeiro e conceber um panorama onde as autoridades tributárias de cada Estado consigam basear-se para obterem a resolução de desacordos que possam surgir no campo da tributação internacional de rendimentos. O modelo mais aplicado entre os Estados contratantes para a celebração de convenções para eliminar a dupla tributação (doravante CDT) é o modelo da OCDE, não obstante as alterações que possam ser acordadas bilateralmente. Como se pode verificar, a OCDE tem um papel fundamental nesta temática e como veremos adiante está sempre ligada à evolução das problemáticas do Direito Fiscal Internacional.

Estes modelos facilitam as negociações bilaterais entre os Estados uma vez que são utilizados como base das políticas fiscais a adotar. Os Estados contratantes envolventes apenas têm de conciliar, se for o caso, com os pontos nos quais se irão desviar dos referidos modelos, e terão assim a autonomia de determinar o formato como irão eliminar o seu direito de tributação, tendo em conta que “*o Direito Tributário Internacional é o conjunto de normas tributárias, de fonte interna ou fonte internacional, que tem como objetivo a regulação das relações entre os Estados e entre os Estados e as pessoas, no caso da existência de situações conexas com mais do que um ordenamento jurídico-tributário.*”<sup>16</sup> Uma CDT é um acordo escrito entre sujeitos de Direito Internacional, do qual o objetivo consiste na regulação jurídica das situações tributárias internacionais. Os Estados negociam entre si para evitar a dupla tributação jurídica

---

<sup>12</sup> MILLER, A.; OATS, LYNNE, “*Principles of International Taxation*”, 2012, p. 21.

<sup>13</sup> <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>

<sup>14</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Condensed Version 2017.

<sup>15</sup> *Modelo de Convenção sobre Dupla Tributação das Nações Unidas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento*, Organização das Nações Unidas, Nova Iorque, 2011.

<sup>16</sup> XAVIER, Alberto, «*Direito Tributário Internacional*», Edição 2018, p. 19.

internacional, através da cedência recíproca de soberania fiscal acordada pelos Estados contratantes, as CDT vigoram no intuito de eliminar a dupla tributação internacional.<sup>17</sup>

A prevenção e eliminação da dupla tributação é o maior objetivo do direito fiscal internacional uma vez que fomenta a circulação de bens, serviços, capitais e pessoas entre os Estados, promovendo o crescimento económico dos Estados<sup>18</sup>.

O Modelo de Convenção da OCDE e os seus Comentários<sup>19</sup> são ferramentas essenciais na interpretação das convenções bilaterais celebradas. Se um acordo de dupla tributação for baseado na Convenção Modelo da OCDE e tiver sido redigido consoante o disposto naquele modelo, poderemos assumir que os Estados contratantes agiram com o propósito de seguir aquelas normas. As CDT aplicam-se a todos os contribuintes residentes de um ou de ambos os Estados contratantes. Em relação ao âmbito de aplicação, esta convenção incide sobre os impostos sobre o rendimento e sobre o património, enunciados no seu texto. O facto tributável e o titular do rendimento correspondem aos elementos de conexão que irão determinar a aplicação de dois grandes princípios relativos à fundamentação do poder de tributar dos Estados: o Princípio da Tributação na Fonte e o Princípio da Tributação na Residência<sup>20</sup>.

Não obstante todo o esforço legislativo e negocial entre os Estados para eliminar a dupla tributação, esta nem sempre é conseguida, e acrescenta-se que origina, devido às lacunas normativas e dificuldades interpretativas que persistem, situações de dupla não tributação e/ou isenções de imposto obtidas indevidamente.

A globalização trouxe benefícios para as economias nacionais, no entanto tem impacto no regime dos impostos sobre o rendimento. À medida que a economia se mostrou mais integrada globalmente também o fizeram as empresas, surgindo as sociedades multinacionais e mesmo os grupos de sociedades, que como o próprio conceito indica, englobam diferentes sociedades muitas vezes com residências distintas. Estes desenvolvimentos abriram oportunidades para os contribuintes, principalmente as sociedades multinacionais, reduzirem significativamente a sua carga tributária. A cautela dos contribuintes relativamente ao Direito Fiscal Internacional ampliou devido ao *stress* provocado pela inadequação e insuficiência das

---

<sup>17</sup> LANG, Michael, «*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*». IBFD, 2010, p. 20

<sup>18</sup> VOGEL, Klaus, «*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*», 4ª Edição, Wolters Kluwer, 2015, p. 10.

<sup>19</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*.

<sup>20</sup> VOGEL, Klaus, «*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*», 4ª Edição, Wolters Kluwer, 2015, p. 9-10.

normas reguladoras da situação internacional tributária globalizada. Com estes problemas saem prejudicados os Estados, os contribuintes e os próprios mercados de negócios e comerciais.

No entanto, as consequências da rede crescente de tratados fiscais bilaterais não se limitou a esses efeitos.<sup>21</sup> Juntamente com a interação dos sistemas fiscais nacionais e a expansão da rede de tratados surgiram a globalização da economia, o desenvolvimento tecnológico, a redução de barreiras que levaram à internacionalização do comércio e dos negócios, assim como o desenvolvimento de produtos financeiros sofisticados, aumentando deste modo as oportunidades de planeamento tributário internacional e de evasão fiscal, originando situações de tributação reduzida ou dupla não tributação.

As situações de dupla não tributação são uma das maiores preocupações dos Estados e da OCDE atualmente. Não obstante os acordos bilaterais terem como um dos principais objetivos eliminar a dupla tributação, tal não significa que pretenda dar origem a situações de dupla não tributação ou tributação reduzida, uma vez que isso é contrário aos princípios essenciais do Direito Fiscal que estão na base da celebração de tais acordos bilaterais.

A dupla não tributação não deve ser considerada uma situação negativa *per se*.<sup>22</sup> A dupla não tributação surge quando determinado rendimento não é tributado nem no Estado da residência nem no Estado da fonte, por variadas razões, incluindo a aplicação de normas de uma convenção bilateral.<sup>23</sup> Em algumas situações a dupla não tributação parece acontecer por questões meramente de políticas e económicas dos Estados, noutras resulta da dificuldade de articulação das normas fiscais. Neste ponto cumpre referir que o conceito de dupla não tributação abarca as situações de redução parcial da tributação, através da obtenção de uma taxa preferencial pela suposição de que o mesmo rendimento foi tributado numa taxa específica no Estado da fonte, e que nestes casos o Estado de residência concede uma isenção pelo montante de imposto pago no da fonte, e pode acontecer do Estado da fonte não tributar esse rendimento, ou tributar numa taxa menor, e a isenção ser na mesma concedida pelo Estado da residência<sup>24</sup>.

A OCDE define dupla não tributação através da reversão do conceito de dupla tributação. Neste ponto cumpre distinguir este fenómeno porque ele pode resultar do uso devido do tratado

---

<sup>21</sup> LANG, Michael, "Introduction to the Law of Double Taxation Conventions" p. 64.

<sup>22</sup> MOLINA, Francisco Javier, "Double Non Taxation", "Preventing Treaty Abuse", Linde, Blum/Seiler (eds), 2016, p. 73

<sup>23</sup> VOGEL, Klaus, Klaus Vogel on *Double Taxation Conventions*, 4th Edition, 2015, p. 23.

<sup>24</sup> MOLINA, Francisco Javier, "Double Non Taxation", "Preventing Treaty Abuse", Linde, Blum/Seiler (eds), 2016, p. 72

bilateral ou pode ser originado pelo uso impróprio do mesmo. STEF VAN WEEGHEL identifica um critério para distinguir estas duas vertentes da dupla não tributação: “*tal uso deve ter a única intenção de evitar o imposto de qualquer um ou ambos os Estados contratantes e deve derrotar expectativas fundamentais e duradouras e objetivos políticos compartilhados por ambos os Estados e com isso o propósito do tratado em sentido amplo.*”<sup>25</sup> Neste sentido percebe-se que as situações impróprias de dupla não tributação surgem de situações abusivas enquanto as situações que não derivam do uso indevido das normas não podem ser negadas pelas autoridades fiscais.

Independentemente de ser abusiva ou não, são identificadas situações que originam dupla não tributação: quando ambas as leis nacionais isentam aquele rendimento de imposto, quando a própria CDT prevê a dupla isenção ou a dupla limitação de tributação, sempre que são concedidos direitos de tributação exclusivos a um Estado que é impedido de exercer esses direitos, nas situações em que a interpretação das normas da CDT levam a resultados diferentes pelos dois Estados, uma vez que aplicam diferentes regras de alocação, o que impede a cobrança de impostos sobre o mesmo rendimento e nos casos em que a interpretação das normas da CDT levam a resultados diferentes pelos dois Estados porque estes atribuem o mesmo rendimento a diferentes contribuintes<sup>26</sup>.

Neste ponto cumpre atentar que a OCDE definiu como uma das suas prioridades minimizar ao máximo as situações de dupla não tributação, principalmente as abusivas. As práticas abusivas serão abordadas ao longo desse estudo, mas primeiro devem ser entendidas as suas causas e fazer uma distinção clara entre práticas abusivas e não abusivas.

As grandes multinacionais têm usado esses mecanismos legais para reduzir a sua carga fiscal para níveis muito mais reduzidos. Por exemplo, a *Google*, a *Apple* e várias multinacionais da área farmacêutica utilizam este mecanismo legal coloquialmente designado por “*Double-Irish*”, e a sua variante “*Dutch-Sandwich*”, para reduzir a taxa de impostos sobre os lucros, nomeadamente os que derivam de rendimentos de propriedade intelectual.

Existe uma preocupação generalizada com as grandes percentagens de receitas perdidas pelos Estados, e neste sentido, a OCDE, o G20 e os Estados isoladamente, principalmente os EUA, têm desenvolvido preceitos legais no sentido de minimizar a dupla não

---

<sup>25</sup> VAN WEEGHEL, Stef, “*The improper use of tax treaties*”, 1998, Kluwer, p. 258.

<sup>26</sup> HELMINEL, Marjaana, “*Branch report of Finland: Double Non-Taxation*”, “Preventing Treaty Abuse”, Linde, Blum/Seiler (eds), p. 290.

tributação, principalmente a abusiva. A Doutrina do Direito Fiscal Internacional abarca muitos conceitos similares, como abuso, evasão fiscal, elisão fiscal, *treaty shopping*, para classificar o comportamento abusivo dos contribuintes que origina a dupla não tributação, cujos significados são difíceis de distinguir.<sup>27</sup> Tal variedade de conceitos similares sem definições claras leva à incerteza jurídica e ambiguidade.<sup>28</sup> É importante reconhecer que o Princípio da Segurança Jurídica é o ponto de partida na aplicação da lei. Portanto, um contribuinte vai querer ter a certeza de que, antes de entrar em certos esquemas de planeamento fiscal não serão tratados como abusivos<sup>29</sup>. A variedade de conceitos semelhantes sem definições claras e distinções entre os conceitos leva à incerteza jurídica e ambiguidade.<sup>30</sup>

Perante estas operações abusivas dos contribuintes para reduzir a carga fiscal, as autoridades fiscais começaram a desenvolver medidas para cobrança efetiva de impostos. Existem várias maneiras de aprovar e implementar regras de prevenção, podem ser impostas pela legislação interna, acordos bilaterais e multilaterais, por Tribunais, ou pela execução, interpretação e política das autoridades nacionais. Portanto, a maioria dos Estados tem disposições legislativas anti abuso. Alguns têm uma regra geral anti abuso e regras específicas anti abuso, assim como, na maioria dos países, os Tribunais desenvolveram Jurisprudência anti abuso. Por outro lado, alguns Estados têm disposições gerais ou específicas anti abuso incluídas nos seus tratados fiscais bilaterais ou, nalguns casos, interpretam o tratado tributário à luz do seu propósito e do seu objeto, de acordo Artigo 31.º da Convenção de Viena.<sup>31</sup> Finalmente, alguns Estados usam ambas as opções ao mesmo tempo.

A Comissão dos Assuntos Fiscais (CFA) da OCDE, já em 1977, expressou preocupação quanto à utilização indevida de tratados fiscais por um residente de um Estado contratante, agindo através de uma entidade legal criada para obter benefícios do tratado que, de outra forma, não estariam diretamente disponíveis para esse sujeito passivo.

Nove anos depois, o CFA publicou um relatório tratando da situação mais importante deste tipo, ou seja, quando uma empresa num Estado existe para canalizar o rendimento

---

<sup>27</sup>LENKAUSKAS, Edvinas, "The Borderlines between the Concept of Tax Avoidance and Other Similar Concepts", Social Science Research Network, 2014, p. 1.

<sup>28</sup>LENKAUSKAS, Edvinas, "The Borderlines between the Concept of Tax Avoidance and Other Similar Concepts", Social Science Research Network, 2014, p. 1.

<sup>29</sup>LANG, Michael, "Introduction to the Law of Double Taxation Conventions" p. 64.

<sup>30</sup>MARQUES, André Sant'ana, «Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping - As Cláusulas de Limitação dos Benefícios», AAFDL Editora, 2017 p.15.

<sup>31</sup>ARNOLD, Brian J., "Tax Treaties and Tax avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model", Bulletin for International Taxation (2004) p. 244.

economicamente acumulado para uma sociedade noutro Estado que pode assim, aproveitar indevidamente os benefícios fornecidos por um tratado fiscal.

Atualmente consideram-se que os tratados bilaterais devem reduzir ao mínimo possível as oportunidades para a dupla não tributação. O objetivo principal dos tratados tributários, conforme declarado no Comentário sobre o Modelo OCDE, é “*promover, eliminando a dupla tributação internacional, as trocas de bens e serviços, e o movimento de capital e pessoas*”<sup>32</sup>. Adicionalmente, o comentário sobre o Artigo 1 do MCOCDE estabelece que “*também é um propósito das convenções tributárias evitar a evasão fiscal e a dupla não tributação*”<sup>33</sup>.

Acrescem ainda as dificuldades quando os contribuintes procuram beneficiar de lacunas legislativas ou da dificuldade na interpretação das normas dos tratados bilaterais convencionados entre Estados, no intuito de obter uma tributação mais reduzida ou nula. De facto, dada a facilidade de movimentação de pessoas singulares e coletivas é evidente que o Direito Fiscal (nacional e internacional) não vai acompanhar o ritmo destas evoluções económicas e dos mercados uma vez que necessita que se verifiquem as situações para legislar sobre elas. Aqui cumpre referir que a dupla não tributação ou tributação reduzida pode ser originada por três fenómenos diferentes.

O primeiro é o planeamento fiscal, que é uma manifestação do Princípio da Autonomia Da Vontade<sup>34</sup>. O planeamento fiscal, nas palavras de SALDANHA SANCHES é uma “*técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais*”<sup>35</sup>, e consiste hoje numa das práticas adotadas com grande frequência pelos contribuintes, nacional e internacionalmente. A conduta é utilizada frequentemente, ao ponto de se considerar existir um direito subjetivo subjacente ao planeamento fiscal<sup>36</sup>.

O planeamento fiscal (*tax planning*) pode assumir outras conceptualizações, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA define-o como “*o conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos*”

---

<sup>32</sup> OECD *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Commentary on Article 1, paragraph 7.

<sup>33</sup> OECD *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Commentary on Article 1, paragraph 7.

<sup>34</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “*Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.*”, p. 7.

<sup>35</sup> SALDANHA SANCHES, “*Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*”, Coimbra Editora, 2006, página 21.

<sup>36</sup> VOGEL, Klaus, «Klaus Vogel on Double Taxation Conventions», 4ª Edição, Wolters Kluwer, 2015, p. 117.

*tributários que, num quadro de licitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento fiscal.”*<sup>37</sup>

É evidente que as habilidades de redução de carga fiscal são um facto no mundo empresarial e negocial contemporâneo. Todas as empresas procuram uma otimização da carga fiscal através de esquemas que cumpram a lei<sup>38</sup>. Não há uma definição clara na lei de planeamento fiscal, mas denotam-se algumas características. Segundo JOAQUIM FREITAS DA ROCHA este conceito assenta na voluntariedade, licitude (quer na letra quer no espírito da lei) dos comportamentos dos contribuintes, e no resultado, pois o objetivo é a poupança fiscal<sup>39</sup>. Não obstante, nem todos os contribuintes optam por estratégias lícitas de poupança fiscal, cientemente ou negligentemente, dada a linha tênue que separa o comportamento lícito do ilícito em termos de planeamento fiscal.

Deste modo, surgem formas jurídicas ilícitas que muitas vezes são comparadas ao planeamento fiscal, no entanto com conceitos distintos tanto juridicamente como axiologicamente, como a evasão e a fraude fiscal. Estes dois conceitos abarcam um grau de ilicitude enquanto o planeamento fiscal é assente em práticas sem essa desconformidade com a lei tributária em causa.

Podemos definir a evasão fiscal (*tax avoidance*) como “*um conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, embora praticados num quadro genérico de licitude, são qualificados pelas normas tributárias como anómalos ou abusivos, tendo em vista o fim que pretendem atingir.*”<sup>40</sup> Existe uma ilicitude relativa ou moderada, constituindo este o fator distintivo essencial em relação ao planeamento. Pode então afirmar-se que o grau de desconformidade com as leis tributárias é moderado, estando-se em presença de atos que à partida seriam válidos ou lícitos, mas que a norma jurídica fiscal qualifica como abusivos, considerando-os uma conduta *extralegem* uma vez que respeita a letra da lei mas viola o seu espírito, originando um abuso de forma jurídica com propósitos fiscais. O objetivo do contribuinte é o afastamento, a desoneração ou o diferimento tributário, procurando aproveitar-se uma forma jurídica existente para outro fim, no sentido de conseguir poupança fiscal<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.”, p. 8-11.

<sup>38</sup> XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, FDL, Lisboa, 1981, v. 256 e ss.

<sup>39</sup> SALDANHA SANCHES, “*Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*”, Coimbra Editora, 2006, p. 21.

<sup>40</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.”, p. 12.

<sup>41</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.”, p. 13



Atentando no conceito de fraude fiscal (*tax evasion*), que de acordo com as palavras de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA “*consiste no conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, praticados num quadro de ilicitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento tributário*”<sup>42</sup>. Aqui, como se constata, o grau de desconformidade da conduta com o ordenamento jurídico-tributário é elevado e verifica-se claramente uma intenção fraudulenta por parte do sujeito que atua violando diretamente as normas jurídicas. A fraude fiscal materializa comportamentos com um elevado grau de desconformidade ou ilicitude e, assim sendo, entra no escopo de normas de natureza sancionatória, seja ao nível criminal, seja ao nível contraordenacional.

Aceitando o critério escolhido, é possível avançar para uma distinção entre planeamento, evasão e fraude fiscais, considerando que no planeamento o grau de ilicitude é nulo, na evasão é moderado e na fraude é elevado. Naturalmente, as reações do legislador serão distintas, e por sua vez serão inexistentes no planeamento fiscal, moderadas relativamente aos comportamentos abusivos, e violentas quando atinentes à fraude fiscal. Em resumo, a distinção conceptual entre planeamento, evasão e fraude fiscal, tem como referência o critério do grau de ilicitude.

Em todo o caso, evasão e fraude constituem patologias que não podem ser admitidas nos quadros de um ordenamento tributário que se pretenda justo, íntegro e equitativo.<sup>43</sup> Se outras razões não existissem, bastaria apelar para a ideia de que a poupança ilegítima de alguns contribuintes significará um custo acrescido para os restantes (“*every dollar of tax a cheater avoids must be paid by someone else*”)<sup>44</sup>. No entanto, encontra limites legais e por essa mesma razão podem os contribuintes cair naquilo a que se chama de planeamento fiscal abusivo “*quando o comportamento do contribuinte resulte numa redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais que lhe caberiam*”

45 .

Ainda assim há distintos planos contra os quais luta a legislação tributária internacional. A tributação está no âmago da soberania dos países, todavia por vezes a interação dos regimes fiscais nacionais transporta a lacunas e atritos. Os padrões internacionais vão tentando abordar

---

<sup>42</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “*Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.*”, p. 15.

<sup>43</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “*Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.*” P. 18.

<sup>44</sup> SUTTER, DANIEL, COPPOCK, LEE, *The Tax Man Cometh: Constitutional Principles for Tax Enforcement*, in *Constitutional Political Economy*, 14, 2003, p. 109.

<sup>45</sup> SALDANHA SANCHES, “*Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*”, Coimbra Editora, 2006, página 21.

estes conflitos sem desobedecer à autonomia tributária, no entanto as lacunas continuam a existir.

Este estudo versará sobre o combate ao abuso ou evasão fiscal das normas das CDT e neste contexto, o conceito de abuso de tratados fiscais assume relevância e será desenvolvido.

## 1.2. O “*Treaty Shopping*”

O abuso de tratados configura-se como quando um contribuinte se procura enquadrar no regime de um tratado fiscal para obter vantagens conferidas por esse mesmo tratado<sup>46</sup>. As ações de *treaty shopping* ocorrem naquilo a que se denominam condutas de planeamento fiscal abusivo e refere-se a qualquer situação em que um contribuinte residente de um terceiro Estado, tenta manipular o conceito de residência<sup>47</sup> de uma CDT celebrada entre dois Estados, instalando-se num dos Estados contratantes para beneficiar das normas do tratado fiscal existente. Com este comportamento o contribuinte tenta reduzir a tributação no Estado da fonte, aproveitando a CDT celebrada entre o Estado da fonte e outro Estado que não o da sua verdadeira residência. PHILIP BACKER explica estes comportamentos no âmbito do planeamento fiscal abusivo como “*uso de um tratado por pessoas que não estão no âmbito da Convenção*”<sup>48</sup>. No entanto, há Doutrina que considera que esta prática se aproxima da fraude à lei<sup>49</sup>. Convém referir-se que a ambiguidade de muitos dos conceitos de Direito Fiscal Internacional, e a elevada rede de convenções bilaterais, os ordenamentos jurídicos regionais e as normas tributárias nacionais resulta num amontoar de legislação que se torna difícil de interpretar e analisar. Deste modo, no nosso entendimento, o comportamento dos contribuintes encontra-se combinado com as lacunas legislativas fiscais internacionais e da difícil coexistência de legislações tão diversificadas, pelo que dificilmente consiste num comportamento fraudulento, encontrando-se muito mais próximo dos comportamentos integrados no conceito de evasão fiscal.

O *treaty shopping* tem efeitos bastante negativos para os sistemas fiscais nacionais, o que implica naturalmente a perda de receita fiscal pelos Estados e um consequente

---

<sup>46</sup> RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, *International taxation: New Challenges*”, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p.77.

<sup>47</sup> VAN WEEGHEL, Stef, *The Improper Use of Tax Treaties*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 95 e ss.

<sup>48</sup> BAKER, PHILIP, “*Double Taxation Conventions and International Tax Law*”, Sweet & Maxwell, 1994, p. 90 a 99.

<sup>49</sup> LEITÃO, Luís Menezes, “*Evasão e Fraude Fiscal Internacional*”, Estudos de Direito Fiscal, Almedina, 1999, p. 135 e ss.

agravamento da carga fiscal com vista à recuperação da receita fiscal perdida<sup>50</sup>. Este fenómeno não é recente e já advém do século XX, a maior mobilidade de pessoas e empresas entre Estados, a maior facilidade de transferência de capitais e a internacionalização dos mercados agravaram este comportamento, uma vez que os tratados bilaterais não foram conseguindo dar resposta ao desenvolvimento económico. Este não acompanhar de ritmo é totalmente natural uma vez que na última década derrubaram-se muitas barreiras a uma velocidade nunca vista pela humanidade<sup>51</sup>.

Estes fenómenos passaram a ser uma prioridade de estudo para os Estados, para a OCDE e outras entidades regionais como a União Europeia. A este respeito a MCOCDE refere que para além da eliminação da dupla tributação internacional as CDT têm como objetivo impedir a evasão e a fraude fiscal, particularmente, quanto ao abuso de tratados. Deste modo a OCDE define *treaty shopping* como a “*criação de elaborações artificiais jurídicas, concebidas de modo a tirar partido simultaneamente dos benefícios fiscais previstos por certas legislações internas e dos desagravamentos fiscais consagrados nas convenções de dupla tributação*”<sup>52</sup>. Pode dividir-se esta definição em dois fundamentos, o primeiro, objetivo como se infere pelo termo “*elaborações artificiais jurídicas*” e o segundo, subjetivo, como se infere da expressão “*tirar partido simultaneamente de benefícios internos e convencionais*.”<sup>53</sup>

No entanto existe ainda uma definição de *treaty shopping* adotada maioritariamente pelos EUA. Para o *U.S. Treasury Department* “*o abuso de tratados fiscais é o uso, por residentes de terceiros Estados, de pessoas jurídicas estabelecidas num Estado contratante com o objetivo principal de obter benefícios de um tratado tributário entre os Estados Unidos e o outro Estado contratante.*”<sup>54</sup> Esta definição possui três ideias essenciais, a primeira estabelece que o contribuinte que abusa do tratado tem que residir num terceiro Estado, a segunda presta atenção ao principal objetivo do contribuinte, ou seja, a sua vontade de obter benefícios fiscais que de outra forma não conseguiria e a terceira consiste em verificar se é justificável o estabelecimento por parte do contribuinte num dos Estados contratantes. Este último pressuposto conjuga-se com o elemento subjetivo da OCDE, fundamental para os casos vagos em que os elementos objetivos não se configurem suficientes.

<sup>50</sup> LEITÃO, Luís Menezes, “*Evasão e Fraude Fiscal Internacional*”, Estudos de Direito Fiscal, Almedina, 1999, p. 117.

<sup>51</sup> MALACRIDA, Federico Zari, *Meaning and Concept of “Treaty Abuse” in DTA Law*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 3.

<sup>52</sup> OECD, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*.

<sup>53</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, “*A Residência no Direito Internacional Fiscal*”, p. 293 e ss.

<sup>54</sup> *U.S. Treasury Department, technical explanation of the U.S. Model Tax Treaty of September 1996*.

Relativamente à Doutrina portuguesa, CASALTA NABAIS define este fenómeno como “as situações em que alguém não é residente em qualquer dos Estados contratantes de uma CDT, sendo portanto residente num terceiro Estado, desloca a sua residência para um daqueles Estados com o único propósito de beneficiar do regime mais favorável da convenção, do qual, de outro modo, não beneficiaria.”<sup>55</sup> Como veremos adiante, o elemento subjetivo adquiriu grande importância.

São vários os esquemas e os comportamentos que os contribuintes podem ter com o objetivo de obter benefícios e vantagens e que se enquadram no conceito de *treaty shopping*. É evidente que a atribuição de benefícios de uma CDT a um residente de um terceiro Estado de acordo com os esquemas de *treaty shopping* desvirtua a lógica de uma convenção deste género. Os objetivos das CDT consistem na eliminação da dupla tributação internacional para fomentar as trocas de bens, serviços e circulação de capitais entre pessoas ou entidades dos Estados vinculados. A aquisição indevida dos benefícios leva a perda de receitas fiscais por parte dos Estados contratantes que os atribuem, levantando assim interrogações em torno da igualdade e da equidade, uma vez que a compensação das perdas será feita através do aumento da carga fiscal<sup>56</sup>. Esta é a forma mais rápida de reajustar a balança orçamental dos Estados, no entanto, vai contra o pressuposto de Estado Social, SALDANHA SANCHES refere que este tipo de comportamentos acentuam a insegurança jurídica e considera-os como “comportamentos não cooperativos em que cada contribuinte, inseguro em relação ao comportamento dos demais, procura maximizar o seu ganho criando um forte custo coletivo”<sup>57</sup>. Não se pode dissociar do panorama dos tratados fiscais sem atentar no seu lado político, e neste caso, alguns Estados poderão sentir-se dissuadidos a celebrar uma CDT com outro Estado que tenha pouca capacidade para lidar com o abuso dos tratados fiscais.<sup>58</sup> No âmbito das negociações e acordos bilaterais entre Estados também existe uma clara influência de políticas tributárias.

O posicionamento da OCDE no que toca ao combate ao *treaty shopping* não tem permanecido inalterado, verificando-se uma evolução constante desse posicionamento desde o seu surgimento até aos dias de hoje. Este posicionamento manifesta-se na história das convenções bilaterais fiscais.

---

<sup>55</sup> CABALTA NABAIS, José, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2010, p. 229.

<sup>56</sup> DOURADO, Ana Paula, *Tax Mobility in European Union: Present and Future Trends, in Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, 2013, p. 21.

<sup>57</sup> SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, p. 54 e ss.

<sup>58</sup> MARQUES, André Sant'ana, “Os mecanismos de combate ao *treaty shopping*: as cláusulas de limitação dos benefícios”, AAFL Editora, 2017, p. 49.

Os Estados por sua vez adequam as suas políticas e legislações no intuito de combater *o treaty shopping*, quer a nível nacional quer internacional. Introduzem cláusulas anti abuso nos seus tratados bilaterais ou então criam normas anti abuso nacionais. Já foram introduzidas medidas anti abuso na legislação interna de países, em tratados fiscais bilaterais ou em ambas as opções usadas concomitantemente<sup>59</sup>. Esses mecanismos incluem regras específicas e gerais anti abuso encontradas no direito interno, regras específicas e gerais anti abuso encontradas em tratados fiscais, orientações na interpretação das disposições do tratado tributário e Doutrinas judiciais que fazem parte do direito interno.

As normas anti abuso assumem duas formas especialmente relevantes: específicas ou gerais. Adiante serão desenvolvidas as características destas normas no direito fiscal internacional, de forma a relacioná-las com a Convenção Multilateral, as normas anti abuso nacionais apenas serão abordadas neste estudo, quando necessário, acerca da sua interação com as normas anti abuso dos tratados fiscais.

### 1.3. O combate ao *Treaty Shopping* antes do Projeto BEPS

#### 1.3.1. O Princípio Geral Anti Abuso

É possível afirmar que os tratados fiscais são apenas um tipo de tratado, será também possível argumentar que existe um Princípio Geral Anti Abuso na lei internacional, que poderá ter um papel importante no combate ao abuso de tratados fiscais<sup>60</sup>. Alguma Doutrina aponta o Princípio *Pacta Sunt Servanda* como base desse princípio<sup>61</sup>, enquanto outra corrente doutrinária discorda ou aponta algumas dúvidas.<sup>62</sup> Versando agora no campo específico dos tratados fiscais, KLAUS VOGEL considera que o Princípio *Pacta Sunt Servanda* e o Princípio da Boa-Fé, conjugados, sustentam o argumento de que existe uma Doutrina “*substance over form*” baseada no direito internacional que permite às autoridades e aos Tribunais negar benefícios de um tratado a um contribuinte que desenvolva operações com o principal intuito de obter os

---

<sup>59</sup> KOSTERS, Bart, “*Tax Planning, Treaty Shopping and the Tax Administration’s Response*”, Bulletin for International Taxation (Asia-Pacific) (2009) p. 13.

<sup>60</sup> RIBEIRO, João Sérgio “*Treaty Abuse and BEPS*”, *International Taxation: New Challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p.79

<sup>61</sup> ILUYIMADE, B.O., “*The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law*”, in Harvard ILJ Volume 16, 1975, p. 47 a 92

<sup>62</sup> FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of International Court of Justice*, Volume 1, Grotius Publications, 1986 pp. 12.

benefícios da CDT <sup>63</sup>. LUC DE BROE refere que este entendimento falha porque não distingue o abuso dos tratados pelos Estados contratantes e o abuso por parte dos contribuintes ao nível doméstico, ressalta que os indivíduos que obtêm direitos dos tratados não são partes do tratado. No entanto, mesmo apontando esta falha, não discorda da relevância do Princípio da Boa-Fé no combate ao abuso de tratados. Considera no entanto, que estes princípios têm que ser lidos em conjunto, o que ajuda a clarificar que a boa-fé não se pode restringir à aplicação das normas dos tratados fiscais mas também à sua interpretação e que a conjugação destes princípios deve ser interpretada no sentido de restringir os benefícios nos casos abusivos.<sup>64</sup>

Este princípio de interpretação luta contra dois aspetos. Primeiramente não é aceite de forma universal uma vez que muitos Estados criaram regras anti abuso domésticas (específicas e gerais) ou incluíram diferentes cláusulas específicas anti abuso nos seus tratados, o que demonstra que não comungam da ideia de um putativo Princípio Geral Anti Abuso. No entanto, mesmo que aceitassem, as disparidades na sua aplicação, iriam minar tal princípio. Segundo aspeto é o facto de o artigo 31.º da Convenção de Viena apenas permitir a negação de benefícios se esses contradisserem o propósito e o objeto do tratado, o que na maior parte das situações é difícil de ser claro e facilmente identificável.

As primeiras considerações relacionadas com questões de índole fiscal internacional remontam ao ano de 1956 quando a Organização para a Cooperação Económica Europeia criou o Fiscal *Committee*, que teve como principal objetivo o estudo de questões relacionadas com a dupla tributação. Até 1963 esboçou-se um projeto de Convenção Modelo para Evitar a Dupla Tributação sobre o Rendimento e o Capital mas foi sofrendo diversas alterações ao longo dos anos.

O combate ao *treaty shopping* esteve presente desde o início, havendo algumas menções ao termo em documentos redigidos pelo aludido órgão. Ainda assim só em 1992 foi introduzido o conceito nos comentários da CMOCDE. Estas considerações foram levantadas mais cedo, em especial no contexto do desenvolvimento de artigos e comentários sobre juros, dividendos e *royalties*, bem como o conceito de residência nos termos do tratado (em relação a parcerias) e troca de informações<sup>65</sup>. Apenas em 1992<sup>66</sup> é que surgiu pela primeira vez nos

---

<sup>63</sup> VOGEL, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer, 3ª ed., 1997, p. 125.

<sup>64</sup> DE BROE, Luc, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series, 2008, p. 308.

<sup>65</sup> NIKOLAKAKIS, Angelo, " *Historical Perspectives on Abuse of Tax Treaties* ", Essay on Tax Treaties: A Tribute to David A. Ward, IBFD, 2012 p. 345

<sup>66</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*: 1992.

Comentários ao CMOCDÉ a referência a normas internas anti abuso estipulando que estas devem ser especificamente confirmadas com os tratados fiscais.

Antes de 2003, a Convenção Modelo OCDE referia muito pouco sobre evasão fiscal. Portanto, a referência ao combate da evasão fiscal como um dos principais propósitos do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE parece curioso, uma vez que o Modelo de Convenção Fiscal não continha expressamente nada referente ao abuso de tratados. Como resultado, foi sugerido que o termo evasão fiscal devia ser interpretado como de acordo com o termo “*evasion fiscale*”<sup>67</sup>, presente nas leis fiscais nacionais da maioria dos países, onde o termo evasão fiscal corresponde a diferentes conceitos.<sup>68</sup> Os Comentários pré-2003 declararam explicitamente que era da responsabilidade dos países envolvidos adotar regras internas anti abuso e preservar sua aplicação nos tratados.

As alterações de 2003 ao Comentário sobre o Artigo 1.º esclarecem que uma das finalidades dos tratados tributários é evitar a evasão fiscal.<sup>69</sup> O efeito de esclarecer que uma das finalidades dos tratados tributários é evitar a evasão fiscal refere-se à interpretação e aplicação dos tratados. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que um tratado deve ser interpretado à luz do seu propósito e objeto<sup>70</sup>. Assim, as disposições de um tratado tributário bilateral devem ser interpretadas para evitar a evasão fiscal. Embora esse esclarecimento do Comentário efetivamente elimine qualquer argumento de que a prevenção da evasão fiscal não seja um dos propósitos dos tratados tributários, a verdade é que apenas constavam num documento de suporte interpretativo da Convenção Modelo OCDE que é considerado *soft law* e portanto, padecia de alguma fragilidade.

Felizmente, as mudanças de 2003 no Comentário ao Artigo 1.º forneceram alguma elaboração útil sobre a importância do esclarecimento de que os tratados fiscais se destinam a combater a evasão fiscal. Em primeiro lugar, conclui-se que os tratados fiscais não devem ser interpretados para impedir o funcionamento de regras internas anti abuso. Neste sentido é aberta uma porta aos Estados para incluírem nas suas legislações nacionais medidas para prevenir o abuso de tratados fiscais. Em segundo lugar, os benefícios de um tratado fiscal

---

<sup>67</sup> VANISTENDAEL, Frans, “*Legal Framework for Taxation*”, in Victor Thuronyi (Ed.), *Tax Law Design and Drafting*, Kluwer, 2000, p. 44–46

<sup>68</sup> ARNOLD, Brian J., *Bulletin – Tax Treaty Monitor* (2004), p. 248.

<sup>69</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017. P. 22.1, Artigo 1.*

<sup>70</sup> Artigo 31 (1) da Convenção de Viena.

bilateral não devem estar disponíveis para transações que envolvam o uso indevido ou abuso do tratado.

Foram introduzidas algumas das principais disposições da Convenção Modelo da OCDE, que se referem a combater diretamente o abuso de tratados fiscais, estão contidos nos artigos 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 2, e 12.º, n.º 1, isto é, todos contendo a exigência de que o recetor do rendimento seja o “*beneficiário efetivo*” do mesmo. Nos Comentários ao artigo 26.º referente à troca de informações, também foi feita referência à procura por parte dos Estados de acordarem formas de combater o abuso de tratados.

Nas versões posteriores foram sendo densificados os Comentários aos artigos da CMOCDE, contendo cada vez mais referências ao tema, principalmente no que respeita à temática da troca de informações que possibilitou os Estados de trocar informações relevantes para o combate ao abuso de tratados.

Apenas em 2017 foi introduzido no preâmbulo do MCOCDE<sup>71</sup> a alusão ao abuso de tratados fiscais, como veremos *infra*.

### 1.3.2. As Cláusulas Gerais Anti Abuso

As CGAA consideradas como “*shotgun approach*” têm hoje um papel preponderante em todos os ordenamentos jurídicos, dado que todos os ordenamentos jurídicos adotaram uma cláusula geral anti abuso<sup>72</sup>, no intuito de impedir as práticas agressivas das multinacionais e tentando que estas contribuam com a sua parte ou *fair share* no financiamento do Estado.

A Doutrina inglesa imbuída pela adoção da sua GAAR em 2013 tem vindo a entender que as GAAR “*são uma parte essencial dos sistemas fiscais modernos, uma vez que legislação específica pode não conseguir obstar a todo o abuso*”<sup>73</sup>.

Ao estudar as cláusulas gerais, enquanto “*norma ou unidade normativa que funciona como mediadora na aplicação do Direito às situações da vida*”, segundo BATISTA MACHADO, podem ser identificadas uma previsão e a sua estatuição, ou consequência jurídica<sup>74</sup>. No âmbito

<sup>71</sup> <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>

<sup>72</sup> ERNST & YOUNG, “*GAAR rising – Mapping tax enforcements evolution*”, 2013, EYGM Limited.

<sup>73</sup> FREEDMAN, J., “*Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance*”, Legal Research Paper Series, University of Oxford: [http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2488541](http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2488541).

<sup>74</sup> MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 79



da previsão encontram-se pressupostos que desencadeiam o surgimento dos efeitos que se encontram previstos.

Houve vários entendimentos a esse respeito, VASCO MOURA RAMOS alude a três requisitos: motivação única ou principal de diminuir a carga tributária, mediante a prática de atos artificiosos ou fraudulentos, com abuso das formas jurídicas<sup>75</sup>. SALDANHA SANCHES também identifica apenas três requisitos de aplicação da cláusula, quais sejam: que os negócios tenham como intenção a redução ou a eliminação de uma oneração fiscal, que se utilize meios artificiais ou fraudulentos e que se verifique um abuso das formas jurídicas<sup>76</sup>. MANUEL HENRIQUES DE FREITAS PEREIRA admite a existência de quatro pressupostos de aplicação, sendo eles: existência de atos, factos ou negócios jurídicos com o mesmo fim ou substância relativamente aqueles praticados, que os atos, factos tenham sido praticados fraudulentamente ou com abuso de formas jurídicas, o resultado da prática dos atos, factos ou negócios seja um regime mais favorável e esse resultado seja o único objetivo da conduta do contribuinte<sup>77</sup>. Para GUSTAVO LOPES COURINHA a cláusula possui cinco elementos, sendo quatro deles relativos aos requisitos de aplicação e um deles correspondente à respetiva estatuição. Na esteira deste autor são elementos da cláusula geral: *“elemento meio – a forma utilizada, que deve ser anómala, inusual, artificial, complexa, ou mesmo contraditória, em consideração com os fins económicos visados pelo contribuinte, elemento resultado – consiste na vantagem fiscal e a equivalência económica obtida, elemento intelectual significando a motivação do contribuinte, elemento normativo - referente à aprovação normativo-sistemática da vantagem obtida e elemento sancionatório – a efetivação da cláusula.”*<sup>78</sup> O elemento sancionatório não se encontra presente nas cláusulas gerais anti abuso internacionais, sendo deixada essa margem para os ordenamentos jurídicos nacionais<sup>79</sup>.

O parágrafo 9.6 do Comentário da OCDE sobre o Artigo 1.º reconhece que a potencial aplicação de disposições gerais anti abuso, tanto no Direito interno como no tratado fiscal existe claramente uma tentativa de adaptação das cláusulas gerais anti abuso ao Direito Fiscal Internacional. Inicialmente através da MCOCDE e da negociação bilateral foram incluídas GAAR

---

<sup>75</sup> RAMOS, Vasco Moura, *Da cláusula Geral Anti Abuso em Direito Fiscal e da sua Introdução no Ordenamento Jurídico Português*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LXXVII, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 712 a 715.

<sup>76</sup> SALDANHA SANCHES, Os limites do Planeamento Fiscal Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitária e Internacional, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 170.

<sup>77</sup> PEREIRA, Manuel, *Fiscalidade*, Almedina, 2005, p. 416.

<sup>78</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A cláusula Geral Anti Abuso no Direito Tributário*, Coimbra: Almedina, 2009, p.165

<sup>79</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A cláusula Geral Anti Abuso no Direito Tributário*, Coimbra: Almedina, 2009, p.165

em alguns tratados fiscais bilaterais, a União Europeia também incluiu na Diretiva ECOFIN e mais recentemente na Diretiva ATAD e a OCDE incluiu agora uma GAAR no MLI.

Os Comentários CMOCD E permitem normas nacionais gerais anti abuso desde 2003, sendo que no ordenamento jurídico português temos na LGT versada uma regra geral anti abuso interna.<sup>80</sup> Assim como um procedimento administrativo para a aplicação dessa mesma norma.<sup>81</sup>

### 1.3.3. As Cláusulas Específicas Anti Abuso

Ao contrário das cláusulas gerais, estas são consideradas o “*sniper approach*”, por se circunscreverem a situações bastante concretas e definidas. Estas normas são criadas com base em comportamentos e esquemas artificiais abusivos anteriormente verificados.

O parágrafo 9.6 dos Comentários da OCDE sobre o Artigo 1.º reconhece que a potencial aplicação de disposições gerais anti abuso, tanto no Direito interno como no tratado fiscal, não significa que não haja necessidade de inclusão de medidas anti abuso específicas. Disposições em tratados fiscais nos casos em que “*técnicas específicas de evasão fiscal ou em que o uso de tais técnicas é especialmente problemático*”<sup>82</sup>. No entanto, o Comitê da OCDE também afirma que tais disposições especiais contra o abuso devem ser acompanhados de disposições específicas para garantir que os benefícios dos tratados serão concedidos em casos de boa-fé<sup>83</sup>. Como consequência, não se deve subestimar os riscos de confiar extensivamente em regras anti abuso específicas do tratado para lidar com estratégias de abuso de tratados, nomeadamente quando é de conhecimento geral que as CDT são utilizadas pelos contribuintes para estratégias de planeamento fiscal abusivo<sup>84</sup>.

Em primeiro lugar, as SAAR costumam ser elaboradas após a verificação de utilização de uma estratégia de evasão fiscal particular por parte de um contribuinte foi identificada. Em segundo lugar, a inclusão de uma cláusula anti abuso específica num tratado pode enfraquecer a aplicação de regras ou Doutrinas gerais anti abuso a outras formas de abuso dos tratados. De facto, adicionando regras específicas objetivas anti abuso a um tratado tributário poderia ser erroneamente interpretado como inaceitável uma estratégia de planeamento lícita que é

---

<sup>80</sup> Artigo 38.º, n.º2 Lei Geral Tributária.

<sup>81</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, “*Lições de Procedimento e Processo Tributário*”, Coimbra Editora, 5ª Edição, 2014 p. 213.

<sup>82</sup> VAN WEEGHEL, Stef, ‘*General Report*’, (Rome: IFA Cahiers, 2010) p. 47.

<sup>83</sup> LANG, Michael, “*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*” p. 69.

<sup>84</sup> VOGEL, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª Edição, Wolters Kluwer, 2015, p. 119

semelhante, mas ligeiramente diferente no seu nível subjetivo que é permitida e não pode ser contestada de acordo com as regras gerais anti abuso. Terceiro, a fim de abordar especificamente as estratégias complexas de evasão e abuso, regras complexas podem ser necessárias. Isso acontece especialmente no caso em que estas regras procuram abordar a questão através da aplicação de critérios que deixam pouco espaço para a interpretação, e em vez disso, utilizam critérios mais flexíveis como os objetivos de uma transação ou esquema<sup>85</sup>.

Por estas razões, embora a inclusão de SAAR em tratados fiscais seja uma abordagem apropriada para lidar com certas situações, não pode, por si só, fornecer a única solução para o combate ao abuso de tratados.

Atualmente as cláusulas específicas anti abuso mais utilizadas são as cláusulas de limitação de benefícios ("*Limitation on Benefits*"). As LOB são regras específicas anti abuso e têm sido crescentemente utilizadas nas convenções de dupla tributação, sob forte influência dos EUA<sup>86</sup>.

As LOB são originárias dos EUA e são predominantemente encontradas nos seus tratados fiscais<sup>87</sup>. Foram desenvolvidas como uma ferramenta contra o abuso de tratados desde que os EUA encontraram falhas na estrutura e nas normas dos tratados bilaterais que levava a situações em que um tratado bilateral se tornava num tratado com o mundo inteiro, o que significava que os residentes de um terceiro Estado podiam obter acesso aos benefícios desse tratado<sup>88</sup>. O processo evolutivo que originou as cláusulas LOB remonta à década de 40 do século XX. O surgimento das cláusulas LOB propriamente ditas situa-se na década de 70 do aludido século<sup>89</sup>. Este modelo teve por base o MCOCDE o que demonstra a interligação entre os EUA e a OCDE, no entanto, consideravam que a MCOCDE era insuficiente no combate às práticas abusivas, nomeadamente por não prever nenhuma norma específica anti abuso. Deste modo, no primeiro modelo lançado pelos EUA, em 1977, encontra-se a primeira norma limitadora de

---

<sup>85</sup> UN Model Commentary on Article 1, paragraph 33.

<sup>86</sup> DE BROE, Luc, "BEPS Action 6, Tax Treaty Abuse", *Intertax*, 2015, n. "2, p. 122.

<sup>87</sup> QUNFANG, Jiang, "Treaty Shopping and Limitations on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project", *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 139.

<sup>88</sup> VOGEL, Klaus, SHANNON III, Harry A., DOERNBERG, Richard L., VAN RADE, Kees, *United States Income Tax Treaties* (The Hague: Kluwer Law International), 1995, p. 4 a 9.

<sup>89</sup> MARQUES, André Sant'ana, "*Os mecanismos de combate ao treaty shopping: as cláusulas de limitação dos benefícios*", AAFL Editora, 2017, p. 49

benefícios. No entanto, foi criticada pela Doutrina pois era incompleta, apenas abarcava apenas sociedades comerciais e benefícios relacionados com juros, *royalties* e dividendos<sup>90</sup>.

Não obstante estas disposições não poderem ser classificadas como verdadeiras cláusulas de limitação de benefícios, não invalida o papel fundamental na criação destas. À medida que iam celebrando novos acordos bilaterais os EUA iam aperfeiçoando as normas em que se limitava a concessão de benefícios daquele acordo bilateral quando confrontados com práticas abusivas. Em 1981, a cláusula LOB no modelo de convenção renovado pelos EUA, tornou-se mais abrangente quanto aos sujeitos e aos rendimentos abarcados. Passou esta norma a integrar testes objetivos mais concretos para limitar a concessão de benefícios ao abrigo de uma CDT. Na versão de 1996 do modelo americano foram introduzidas algumas alterações às cláusulas LOB. Desde logo passaram a estar redigidas na forma positiva as normas, elencando as situações em que não se preenchem os requisitos de pessoa qualificada. Em 2006 foi lançada uma nova versão de modelo dos EUA, no entanto, não foram introduzidas alterações significativas quanto às cláusulas LOB.<sup>91</sup>

As cláusulas LOB operam através de testes padrão, os quais se traduzem em mecanismos de objetivação das circunstâncias pelas quais o planeamento fiscal de um contribuinte é reputado *ipso iure* de abusivo ou de não abusivo, segundo uma metodologia que é, de certo modo, axiomática<sup>92</sup>. A ideia subjacente a estes testes prendeu-se com o facto de, na teoria, ser mais fácil identificar condutas abusivas do que através de critérios subjetivos, nomeadamente através da aferição da vontade dos contribuintes<sup>93</sup>.

As cláusulas LOB acabam por ter características muito próprias uma vez que possuem uma natureza objetiva, presuntiva e desproporcional. O objetivo deste tipo de cláusulas é o de assegurar que os benefícios de uma CDT sejam apenas conferidos a sujeitos passivos com uma conexão verdadeiramente forte com o Estado contratante da sua residência<sup>94</sup>. Para tal a cláusula funciona como um mecanismo de restrição do conceito de residente, podendo excluir daquele conceito, no âmbito de uma CDT, um sujeito passivo que não demonstre ter uma real ligação com tal Estado.

---

<sup>90</sup> MARQUES, André Sant'ana, "*Os mecanismos de combate ao treaty shopping: as cláusulas de limitação dos benefícios*", AAFL Editora, 2017, p. 49

<sup>91</sup> BRAUNER, Yariv, "*National Report USA – in the EU Third Countries – Direct Taxation*", Kluwer Law Internacional, 2007, páginas 1028 e ss.

<sup>92</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, "*A Residência do Direito Internacional Fiscal*", página 416.

<sup>93</sup> MARQUES, André Sant'ana, "*Os mecanismos de combate ao treaty shopping: as cláusulas de limitação dos benefícios*", AAFL Editora, 2017, p. 60.

<sup>94</sup> BRAUNER, Yariv, "*National Report USA – in the EU Third Countries – Direct Taxation*", Kluwer Law Internacional, 2007, páginas 1028 e ss.

Para que um sujeito passivo não seja excluído do conceito de residente nos termos de determinada CDT, o potencial beneficiário necessita de preencher os requisitos incluídos na cláusula LOB. O processo de qualificação divide-se em duas etapas: a primeira é a consideração do contribuinte como residente e só após essa verificação é que se passa para os testes objetivos e para o seu preenchimento. Nesta medida, podem classificar-se as cláusulas LOB como cláusulas de restrição da incidência subjetiva das CDT<sup>95</sup>.

Está claro nas mudanças do Modelo da OCDE de 2003 que o *treaty shopping* é amplamente entendido como um problema. A OCDE, nas mudanças do Modelo de 2003, sugeriu nos seus Comentários a inclusão de cláusulas LOB no MCOCDE e na legislação interna nacional. Para além destas disposições específicas anti abuso, é uma política padrão de um grande número de países não celebrar um tratado fiscal com paraísos fiscais e para excluir regimes fiscais privilegiados da aplicação de tratados fiscais<sup>96</sup>.

No que diz respeito à utilização de Cláusulas de Limitação de Benefícios pelos Estados contratantes, nota-se uma evolução na posição da OCDE. De facto, pese embora nenhuma cláusula desse género não tenha sido incluída na MCOCDE, várias referências à mesma foram introduzidas nos Comentários que a acompanham, nomeadamente, quanto à necessidade de implementação deste tipo de cláusulas para combater situações de abuso de tratados.

Cada vez mais o combate ao *treaty shopping* é um dos principais objetivos do Direito Fiscal Internacional<sup>97</sup>, e nesse sentido a OCDE tem dedicado bastante atenção a este fenómeno, optando pela elaboração e aplicação de cláusulas LOB.

O mediatismo gerado em torno de alguns casos de planeamentos fiscais agressivos levadas a cabo por empresas multinacionais de renome<sup>98</sup>, que originaram a erosão da base tributável e a transferência de lucros, levou a que o G20 e a OCDE se juntassem na elaboração de um plano para lutar contra tais práticas.

Quanto ao MCOCDE, o requisito do “*beneficial owner*” foi introduzido na versão de 1977. Portanto, o conceito de beneficiário efetivo do rendimento incluído no tratado pode ser usado pelas autoridades fiscais para negar um benefício do tratado quando o esquema ou transação utilizado pelo contribuinte é inconsistente com o objeto e finalidade do tratado

---

<sup>95</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, “*A Residência do Direito Internacional Fiscal*”, página 417.

<sup>96</sup> MARQUES, André Sant’ana, “*Os mecanismos de combate ao treaty shopping: as cláusulas de limitação dos benefícios*”, AAFL Editora, 2017, p. 60.

<sup>97</sup> MALACRIDA, Federico Zari, *Meaning and Concept of “Treaty Abuse” in DTA Law*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 3.

<sup>98</sup> *Apple, Starbucks, Google*, entre outras

tributário, por exemplo onde o destinatário do rendimento simplesmente age como um canal para outro contribuinte que de facto recebe o rendimento em questão<sup>99</sup>.

O objetivo deste conceito é lidar com as situações de abuso de tratados em que o rendimento é pago a um residente intermediário que não é tratado como o beneficiário daquele rendimento para efeitos fiscais. Contudo, nesta versão do CMOCDE o conceito não era definido de uma forma clara, os Comentários apenas definiam no sentido negativo, dizendo que os benefícios não seriam disponibilizados quando um intermediário como um agente ou nomeado se intrometiam entre o pagador e o beneficiário. Questões como outros tipos de intermediários ficaram por responder, e para tornar as coisas ainda mais difíceis a informação constante nos Comentários era reduzida.

Em 2003, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE foram alterados e houve uma maior clarificação do conceito, tornando-o mais abrangente. Foi também esclarecido que o termo não deverá ser usado no sentido estrito mas sim à luz da convenção assinada, incluindo o propósito de evitar a dupla tributação e a evasão fiscal.

A ambiguidade persistiu contudo, isto porque para alguns autores o conceito deve ser interpretado de acordo com a lei nacional e outros consideram que deve ser compreendido em consonância com o escopo do Direito Fiscal Internacional<sup>100</sup>.

Há então duas alternativas de interpretação deste termo. Primeiro, *strictly legal*, segundo o qual a única substância relevante de uma operação é aquela que resulta dos direitos e obrigações legais das partes. Essa noção implica que o conceito de beneficiário efetivo não cobre situações em que um intermediário passa o rendimento a que está legalmente autorizado a outros sujeitos passivos. Também procura acomodar a necessidade de ir além de um sentido tecnicista restrito do conceito, olhando para o propósito da operação, mas não se destaca do sentido estrito legal. Por outro lado, existe uma abordagem mais abrangente que considera a *economic reality* subjacente à transação e não apenas a realidade legal. De acordo com essa visão, o conceito de beneficiário efetivo cobre as situações em que o contribuinte está envolvido numa operação desprovida de substância económica<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, "A Residência do Direito Internacional Fiscal", página 401.

<sup>100</sup> VOGEL, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4ª Edição, Wolters Kluwer, 2015*, p. 562

<sup>101</sup> RIBEIRO, João Sérgio, "Treaty Abuse and BEPS", *International Taxation: New Challenges*, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017 p. 85.

A revisão de 2014 permitiu o maior esclarecimento sobre alguns problemas mas deixou outros de lado. Esclarece que deve ser entendido de acordo com a lei do Direito Tributário Internacional, num sentido alargado, mas não resolve a situação *legal vs economic reality*.

Esta dúvida ainda persiste e os comentários por vezes parecem acolher um entendimento e por outras vezes parecem abarcar o outro.

#### 1.4. O Plano de Ação “Base Erosion and Profit Shifting” e o “Treaty Shopping”

As preocupações dos países, da OCDE, do G20, e até da União Europeia com estes fenómenos remonta a um passado longínquo conforme se pode verificar pelo exposta *supra*.

As normas tributárias internacionais vigentes expuseram as deficiências que criam oportunidades para a erosão das bases tributáveis e transferência de lucros. Estas carências que ameaçam o atual quadro jurídico fiscal internacional e tornou-se essencial a intervenção dos legisladores tributários internacionais para evitar o agravamento dos problemas<sup>102</sup>. Algumas nações manifestaram apreensão sobre como os padrões internacionais, nos quais se fundamentam as convenções bilaterais, dividem os poderes de tributação entre os países da fonte e da residência. Foram-se revelando necessárias mudanças estruturais para acautelar a dupla não tributação e a tributação reduzida. Os novos padrões internacionais têm como principal objetivo garantir a coerência na tributação dos rendimentos a nível internacional. Revelou-se efetivamente necessário um reajustamento da tributação para restabelecer os efeitos desejados dos padrões internacionais que não seguiram o ritmo dos modelos de negócios e desenvolvimentos empresariais<sup>103</sup>. Os problemas identificados foram a manifestação das falhas de um sistema de tributação internacional que não tem sido realmente modificado desde a sua criação.

O Plano de Ação BEPS identificou quinze ações, quatro das quais preveem alterações às Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação, a Ação 6 refletiu sobre como prevenir o uso abusivo das Convenções para Eliminar a Dupla Tributação (que se cumpre versar neste estudo) a Ação 2 versou sobre como neutralizar os efeitos dos *hybrid mismatches* (instrumentos híbridos), na Ação 7 procurou-se encontrar soluções para prevenir o abuso do conceito de

---

<sup>102</sup> MOLINA, Francisco Javier, “DTCs and Double Non-Taxation”, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 70.

<sup>103</sup> AULT, H. J., SHÖN, W., SHAY, S.E., “Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform (Editorial)”, Bulletin for International Taxation, vol. 68, 2014, p. 275.

estabelecimento estável e a Ação 14 onde se debruçaram acerca do melhoramento nos meios de resolução de diferendos<sup>104</sup>.

A prevenção e o combate ao abuso dos tratados é um dos quatro *standards* mínimos do Plano de Ação BEPS, sendo os outros três a Ação 5 relativa à transparência, a Ação 13 concernente aos *Country-by-Country reports* e a Ação 14 referente aos meios de resolução de litígios<sup>105</sup>.

Como referido, a utilização abusiva das Convenções Para Eliminar a Dupla Tributação foi umas das principais preocupações do Plano de Ação BEPS, configurando-se com um dos principais *standards*. Uma vez que, embora as normas das CDT funcionam bem em bastantes casos, carecem de ser harmonizadas no intuito de prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros, que redundam da interação entre mais de dois países e de ter em absoluta ponderação as cadeias de valor mundiais. A meta é prevenir uso abusivo de tratados, promovendo transformações na Convenção Modelo da OCDE e recomendações em torno dos regulamentos fiscais nacionais, de forma a esclarecer que as convenções bilaterais não são destinadas a gerar a dupla não tributação por força da “*corrida em busca pela melhor pechincha fiscal*”<sup>106</sup>.

A Ação 6 criou cláusulas e recomendações que visam impedir o abuso de tratados e, em particular, o que é conhecido como *treaty shopping*, ou seja, o uso de um tratado por um não residente para obter benefícios atribuídos aos sujeitos passivos com *status* de residente. O objetivo do Plano de Ação BEPS foi desenvolver disposições e recomendações do modelo de tratado com relação à elaboração de regras internas para impedir a concessão de benefícios do tratado em circunstâncias inadequadas. Os Estados que concordarem com o padrão mínimo deverão incluir nos seus tratados tributários uma declaração expressa de que sua intenção comum é eliminar a dupla tributação sem criar oportunidades de não tributação ou redução da tributação por meio de evasão ou abuso fiscal. Existem duas maneiras pelas quais um Estado pode proceder: através da adesão ao MLI ou da atualização dos seus tratados fiscais bilaterais individualmente<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> OCDE, G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project Final Reports Executive Summaries*, 2015, p. 46.

<sup>105</sup> OCDE, G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project Final Reports Executive Summaries*, 2015, p. 40.

<sup>106</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 25.

<sup>107</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 28.



A OCDE, neste Plano de Ação BEPS, nomeia o combate ao abuso de tratados, mais propriamente o “*treaty shopping*”, como um dos seus mais importantes objetivos. Neste capítulo será abordado o Relatório da Ação 6, no entanto, as matérias respeitantes às normas da Convenção Multilateral serão versadas no próximo capítulo.

O relatório da ação 6 “BEPS: *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*” contém algumas medidas para combater o abuso de tratados e pode ser dividido em três partes: a primeira diz respeito às cláusulas dos tratados e normas nacionais para prevenir o acesso a benefícios em circunstâncias inapropriadas, a segunda toca na elucidação de que os tratados fiscais não são concebidos com o objetivo de gerar situações de dupla não tributação e a terceira tece considerações sobre políticas fiscais que os Estados devem considerar antes de celebrar um tratado fiscal bilateral com outro Estado<sup>108</sup>.

De acordo com a Ação 6 pretende-se esboçar normas para incluir nas CDT e recomendar a adoção por parte dos Estados com normas de Direito interno para prevenir o abuso dos tratados fiscais por parte dos contribuintes, mais concretamente no que diz respeito à concessão indevida de benefícios das CDT quando as circunstâncias e os factos não as justificam. As políticas fiscais serão deixadas de lado neste estudo, uma vez que não se configuram legislativas e, por sua vez, são concretizações das normas propostas.

O Relatório da Ação 6 faz das normas anti abuso uma das suas prioridades. Em consonância com isso estipula normas para introduzir nas CDT para garantir que estas não impeçam a aplicação das normas nacionais anti abuso para algumas estratégias como, por exemplo, as de dupla residência, operações com preços de transferência e as operações com instrumentos híbridos. As ações 2 (*hybrid mismatches*), 3 (*CFC rules*), 4 (limitação da dedução de juros), e as ações relativas aos preços de transferência configuram estas medidas. O principal propósito foi fazer uma revisão da temática do “*Improper use of the Convention*” para uma melhor articulação entre as regras domésticas anti abuso e os tratados fiscais<sup>109</sup>.

Cumprе referir aqui que a aplicação de regras anti abuso nacionais com efeitos internacionais dificilmente será favorável para combater o abuso de tratados, mesmo que esse abuso seja de natureza doméstica. Uma tática de combate ao abuso através de regras nacionais será demasiado incerto, especialmente porque como se tornaram mais sofisticadas estas

---

<sup>108</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS:: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 29.

<sup>109</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* P. 80 e ss

medidas, os problemas de interpretação irão aumentar, assim como as disparidades interpretativas. Partilhamos da visão de JOÃO SÉRGIO RIBEIRO quando defende que esta estratégia deveria ser menos ambiciosa e espera bastantes dificuldades na sua implementação<sup>110</sup>.

A ação 6 do Plano de Ação BEPS faz três recomendações a incluir ou alterar nas CDT dos Estados contratantes: a primeira recomendação prende-se com a clarificação dos objetivos dos acordos fiscais, estipulando que estes se destinam a evitar a dupla tributação e a criação de oportunidades para a evasão fiscal, a segunda consiste na inclusão de uma cláusula de limitação de benefícios, e a terceira atende na adoção de uma cláusula geral anti abuso baseada no “*principal purpose test*”<sup>111</sup>.

Deste modo os Estados devem incluir nas CDT uma declaração expressa da comum vontade de eliminar a dupla não tributação ou a tributação reduzida através da evasão fiscal, sem criar oportunidades de abuso das convenções bilaterais. Devem também optar por uma ou as duas alternativas concedidas: a adoção de uma LOB detalhada e assente em testes objetivos, complementada com certos mecanismos, a inclusão de uma cláusula geral anti abuso com base no teste do objetivo principal do negócio, ou seja, um teste subjetivo, ou ainda a combinação entre uma cláusula LOB simplificada conjugada com o teste subjetivo<sup>112</sup>.

A cláusula LOB visará atenuar à natureza legal, à detenção e às atividades gerais das pessoas que se verificam como residentes ao abrigo da convenção. Não obstante, a OCDE através deste relatório acaba por reconhecer que a cláusula LOB acabará por não ser suficiente e abrangente o necessário para o combate ao abuso dos tratados pelo que inclui um teste subjetivo de forma a ser conjugados os elementos objetivo e subjetivo e assim obterem maior sucesso no impedimento de práticas abusivas dos tratados fiscais<sup>113</sup>.

A cláusula de limitação de benefícios proposta nega o regime da convenção aos sujeitos passivos não qualificados para o efeito da mesma, estipulando o que considera como pessoas qualificadas. Além disso, certos rendimentos de uma pessoa não qualificada podem beneficiar da convenção, se essa pessoa apenas desenvolveu atividades empresariais de forma ativa, e o rendimento estiver relacionado com essas atividades, também podem usufruir das normas da

---

<sup>110</sup> RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, International taxation: New Challenges, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 98.

<sup>111</sup> MOLINA, Francisco Javier, “*DTCs and Double Non-Taxation*”, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 78.

<sup>112</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* P. 80 e ss

<sup>113</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* P. 80 e ss

convenção as pessoas não qualificadas se estas forem detidas em certa percentagem por pessoas qualificadas, assim como, as autoridades competentes dos Estados podem atribuir benefícios da convenção a pessoa não qualificada quando entender que a operação económica desenvolvida por essa pessoa assim o justifique<sup>114</sup>.

Inicialmente, o escopo da LOB restringia os benefícios dos tratados relativos aos rendimentos e tinha como alvo certas corporações<sup>115</sup>. Gradualmente, a regra tornou-se mais abrangente, limitando o acesso a todos os benefícios dos tratados a vários tipos de entidades, estreitando o escopo pessoal dos tratados. Na sua forma básica, a LOB consiste num número de testes objetivos e um par de testes corretivos, um deles definido como subjetivo<sup>116</sup>. Neste sentido cumpre ressaltar que apenas se aplica a LOB se estivermos perante o beneficiário efetivo<sup>117</sup>.

A ação 6 desenvolve duas versões desta cláusula, propondo uma mais detalhada e uma simplificada<sup>118</sup>. No entanto, como será possível verificar *infra*, apenas a versão simplificada se manteve.

Cumpre referir que a densificação e melhor formulação do conceito de “*beneficial owner*” fica por realizar no âmbito da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Entendemos, tal como JOÃO SÉRGIO RIBEIRO que a escolha entre o *legal* e o *economic approach* é uma tarefa por efetuar<sup>119</sup>.

A ação 6 propõe uma regra geral anti abuso que assenta no teste do principal objetivo da transação ou construção. A cláusula PPT contém testes de abuso com elementos fundamentais comuns aos das Cláusula Gerais Anti Abuso do Direito Europeu<sup>120</sup>. Encontramos na cláusula PPT a averiguação do objeto e finalidade das disposições fiscais possivelmente elididas e encontramos também a averiguação do objetivo principal do esquema adotado. A introdução de uma cláusula geral anti abuso nas CDT elimina algumas dúvidas. Desde logo, fica resolvida a questão de saber se é legítimo aplicar cláusulas anti abuso no Direito interno para afastar as regras das CDT que limitam a tributação dos Estados.

---

<sup>114</sup> RIBEIRO, João Sérgio “*Treaty Abuse and BEPS*”, *International Taxation: New Challenges*, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 98.

<sup>115</sup> BORREGO, Felix Alberto, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, EUCOTAX Series on European Taxation, Vol. 12 (The Hague: Kluwer Law International), 2006, p. 95.

<sup>116</sup> QUNFANG, Jiang, “*Treaty Shopping and Limitations on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*”, *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 142.

<sup>117</sup> DE BROE, Luc, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series, 2008, p 129.

<sup>118</sup> KERÉKES, Barnabás Márk, “*Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History Preventing Treaty Abuse*”, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 160.

<sup>119</sup> JOÃO SÉRGIO RIBEIRO “*Treaty Abuse and BEPS*”, *International taxation: New challenges*, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017 p. 88.

<sup>120</sup> DOURADO, Ana Paula, “*Agressive Tax Planning in EU Law*”, p. 54 e ss.

Basicamente, é a densificação numa norma do Princípio Geral Anti Abuso. O conceito de objetivo principal como uma ferramenta para conter o abuso dos tratados tem vindo a estar presente no mundo fiscal. O conceito de objetivo principal tem figurado também no trabalho da OCDE, primeiramente como parte do Princípio da Boa-Fé, assim como para acompanhar as normas específicas anti abuso dos tratados fiscais no sentido de atribuir os benefícios do tratado às transações realizadas com boa-fé <sup>121</sup>.

De acordo com a ação 6 do BEPS, o PPT é a formalização dos princípios que já se encontravam como partes dos parágrafos 9.5, 22, 22.1, 22.2 dos Comentários à CMOCDE no artigo 1.º. Com o PPT, estes princípios devem ser transportados dos Comentários para o texto do modelo <sup>122</sup>. O parágrafo 9.5 contém o Princípio Geral Anti Abuso – benefícios de um tratado não devem estar disponíveis quando o objetivo principal para a realização de certo esquema seja a obtenção de uma posição tributária mais favorável e obtenha um tratamento mais favorável que será contrária ao objeto do tratado <sup>123</sup>. Os parágrafos 22, 22.1, 22.2, estipulam a compatibilidade entre as regras gerais domésticas anti abuso e as outras Doutrinas com os tratados, tudo em linha com o princípio do 9.5 <sup>124</sup>.

De acordo com o propósito do PPT, as autoridades serão capazes de retirar benefícios relacionados com um rendimento ou capital se for razoável concluir que a obtenção de tais benefícios foi um dos objetivos principais de uma construção ou transação. Contudo, se for determinado que de acordo com as circunstâncias a concessão de tais benefícios estarão em linha com o objeto do tratado, as autoridades deverão concedê-lo <sup>125</sup>.

De acordo com a OCDE, a razão principal para a formalização deste princípio é dotar os Estados de meios para combater o abuso de tratados se estes forem impedidos de fazê-lo através das suas leis domésticas, assim como para servir de confirmação desses princípios para os Estados que já combatem o abuso de tratados <sup>126</sup>. Além do mais, a PPT deve assegurar que os tratados se aplicam de acordo com os objetivos para o qual foi celebrado como oposição

---

<sup>121</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Comentário ao Artigo 1, p.19.

<sup>122</sup> BHARGAVA, Ansh, “*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*”, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 312.

<sup>123</sup> BHARGAVA, Ansh, “*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*”, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 313.

<sup>124</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* P. 80 e ss

<sup>125</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* P. 80 e ss

<sup>126</sup> BHARGAVA, Ansh, “*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*”, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 318.

àqueles cujo principal objetivo foi a obtenção de um tratamento fiscal mais favorável<sup>127</sup>. Acrescentam-se ainda comentários à CMOCDE relativos às regras de articulação entre as regras das convenções e as regras anti abuso nacionais.

### 1.5. Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros

Desenvolver um Instrumento Multilateral foi o culminar do Plano de Ação BEPS na sua última ação<sup>128</sup>. Este Instrumento Multilateral auxilia os Estados interessados a alterarem as CDT por si celebradas em conformidade com as orientações do Plano de Ação BEPS.

A ação 15 do Plano de Ação BEPS concluiu que a criação de um Instrumento Multilateral seria desejável para implementar as medidas BEPS para alterar as convenções bilaterais<sup>129</sup>. A Convenção para Prevenir a Erosão de Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros nasce assim no culminar do plano de ação da OCDE<sup>130</sup>.

O objetivo do MLI é modificar célere e coordenadamente as convenções bilaterais de modo a implementar as medidas do Plano de Ação BEPS.

Apesar de em tempos os tratados multilaterais no âmbito do Direito Fiscal serem identificados como “*uma criatura bastante rara*”, tendo a própria OCDE considerado que “*um tratado tributário multilateral seria tão desejável como impraticável*”<sup>131</sup>, acabou por ser exequível a sua criação e elaboração.

Com o desmedido crescimento dos mercados globais e da economia digital tornou-se necessária uma rápida implementação das medidas de prevenção da erosão da base tributável e transferência de lucros. Ao serem criadas epígrafes diferentes para normas das Convenções bilaterais para evitar a Dupla Tributação e recomendações para uma interpretação diferente de alguns artigos seria necessária uma revisão individual dos acordos estabelecidos. Quando realizadas com base em cada um dos acordos iria tornar-se um processo extremamente moroso, uma vez que há um número elevado de acordos bilaterais<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* P. 80 e ss

<sup>128</sup> OCDE, G20, *Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p. 25.

<sup>129</sup> OCDE, G20, *Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p. 32.

<sup>130</sup> OCDE, *Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting*, p. 22.

<sup>131</sup> THURONYI, V., «*International Tax Cooperation and a Multilateral Treaty*», *Brooklyn Journal of International Law*, 4, 2001, p. 1641 e ss.

<sup>132</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, *Intertax*, vol. 46, 2018, p.3

O desenvolvimento de um Instrumento Multilateral que permite modificar os acordos bilaterais foi a solução encontrada, embora seja uma abordagem inovadora no Direito Fiscal Internacional. No entanto, como é apanágio referir-se, situações excepcionais merecem medidas excepcionais e neste caso a velocidade de desenvolvimento da economia mundial nunca antes vista necessitava de algo inovador no panorama jurídico-tributário internacional.

A Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros vai coexistir com as Convenções para Eliminar a Dupla Tributação e vai modificar a aplicação das mesmas segundo o Princípio “*lex posterior derogat legi priori*”<sup>133</sup> e incorpora algumas medidas estruturadas de acordo com o Plano de Ação BEPS. A parte II é atinente à neutralização dos efeitos dos “*hybrid mismatches arrangements*”. A parte III concerne ao abuso de tratados e será desenvolvida em maior detalhe posteriormente. A parte IV estabelece as normas quanto ao conceito de estabelecimento estável, onde se procura reduzir a amplitude do conceito de EE e do seu critério de independência versando sobre os contratos de comissão e outros similares. No que concerne às disposições para melhorar o funcionamento dos mecanismos de resolução de litígios estas encontram-se divididas em duas partes essenciais. A primeira diz respeito ao “*mutual agreement procedure*” e o aperfeiçoamento deste procedimento realizado através da inclusão das normas do MLI. A parte VI do MLI diz respeito à Arbitragem. A parte VII identifica os meios para assinatura por todos os Estados ou qualquer outra jurisdição que cumpra os requisitos para se tornar uma parte por meio de uma decisão por consenso entre as partes e os signatários A Convenção Multilateral está sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação.

O objetivo do MLI é modificar célere e coordenadamente as convenções bilaterais de modo a implementar as medidas do Plano de Ação BEPS. A Convenção para Prevenir a Erosão de Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros nasce assim no culminar do plano de ação da OCDE. A renegociação bilateral de todas as CDT existentes para a inclusão das medidas do plano de ação BEPS seria de difícil exequibilidade uma vez que as administrações teriam de despender bastantes recursos e o processo de ratificação das alterações seria lento<sup>134</sup>.

Deste modo era fundamental aquilo a que se pode chamar uma inovação jurídica internacional e conseguir fazer com que as medidas do plano de ação BEPS se implementassem

---

<sup>133</sup> Artigo 30.º, n.º 3 da Convenção de Viena

<sup>134</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.3

no maior número de jurisdições possíveis, sem prejudicar a soberania tributária dessas administrações, e que, pelo menos, os *standards* mínimos abrangem a maior quantidade possível de convenções bilaterais para eliminar a dupla tributação existentes.

Exigiam-se meios para uma implementação rápida, coordenada e coerente do pacote de medidas incluídas no plano de ação BEPS, conseguindo ao mesmo tempo relacioná-las com as convenções bilaterais em vigor, como refere o relatório final da ação 15: “*Conscientes da necessidade de assegurar uma implementação rápida, coordenada e consistente das medidas relativas ao BEPS relacionadas com o Tratado num contexto multilateral.*”<sup>135</sup>

A nova convenção tem três características que se destacam. A primeira é a flexibilidade já que permite acomodar as diferentes escolhas de política fiscal, como especificar quais as convenções fiscais abrangidas, escolher a forma de cumprimento dos “*standards mínimos*” (ações 6 e 14), apresentar reservas relativamente às disposições em que tal for possível e escolher entre disposições alternativas ou opcionais – “*opting out.*” A segunda característica é a transparência, pois cada Estado notifica os outros Estados contratantes das suas reservas e opções. A terceira prende-se com a segurança jurídica, pois os Estados contratantes notificam também ou outros Estados contratantes das disposições das convenções fiscais abrangidas modificadas pelo novo Instrumento Multilateral<sup>136</sup>.

O propósito do MLI é servir como um “*mecanismo efetivo para implementar as mudanças acordadas de forma sincronizada e eficiente em toda a rede de acordos existentes para evitar a dupla tributação sobre o rendimento sem a necessidade de renegociar bilateralmente*”<sup>137</sup>, deve isso significar que o MLI simplesmente substitui a renegociação de qualquer número de tratados fiscais bilaterais aos quais as partes aceitam bilateralmente algumas das recomendações do BEPS. Essa leitura contém o escopo do MLI em pelo menos duas dimensões: é uma modificação única dos tratados fiscais bilaterais e está limitada às poucas recomendações do Plano de Ação BEPS relativas a tratados tributários. Obviamente, este propósito declarado é conservador e apoia a natureza bilateral do atual regime fiscal internacional, não desafiando a sua natureza, e simplesmente ajudando a torná-lo mais eficiente

---

<sup>135</sup> OCDE, *Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting* – Preamble.

<sup>136</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.2.

<sup>137</sup> OCDE, Action 15: *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p. 32.

nas circunstâncias extraordinárias do Plano de Ação BEPS e a exigência de múltiplas renegociações de tratados<sup>138</sup>.

Contrariamente ao que possa parecer até pela própria denominação, a principal meta do MLI é apoiar e fortalecer a natureza bilateral dos tratados tributários. Primeiro, o MLI como tal serve como uma prova de que um acordo multilateral em questões tributárias é possível, tanto legal quanto politicamente. Além disso, demonstra que uma reforma baseada em acordos multilaterais não tem que ser um confronto direto com o atual regime tributário internacional, que uma transição evolutiva, modular e até conservadora para um regime multilateral baseado na coordenação e não na competição é possível e aceitável. Segundo, o MLI não possui uma data limite para a sua implementação, o que leva a que esta possa ser feita com alguma ponderação. O MLI apoia principalmente o atual regime bilateral, mas abre uma porta sem precedentes à reforma baseada no multilateralismo e também facilita o potencial progresso das propriedades multilaterais<sup>139</sup>. Terceiro, o MLI fornece a admissão mais explícita até hoje da verdadeira natureza dos tratados fiscais como estruturas legais que vão além de meros acordos bilaterais, *ad hoc*, específicos para remover as barreiras tributárias ao comércio (acompanhadas de medidas para combater abusos que possam ser habilitados como consequência da sua aplicação). Há muito pouco de novo no Direito Fiscal Internacional, já que os tratados tributários são bem conhecidos como padrão, seguem um modelo essencialmente único, tanto no conteúdo quanto na linguagem, e são negociados na íntegra. Visto por esta perspectiva, o regime tributário internacional baseado no tratado bilateral já tem características multilaterais atreladas à rede de tratados bilaterais existente, características explicitamente reforçadas pelo MLI.

Finalmente, o apoio revelado às propriedades bilaterais do atual regime tributário internacional também se manifesta na sua flexibilidade geral, uma característica que é explorada ao longo deste estudo, e em particular o facto de que as mudanças do MLI podem permanecer intactas apesar da eventual retirada posterior do MLI, uma vez que os Estados contratantes dos tratados fiscais bilaterais estarão livres para renegociar livremente esses tratados além do MLI com medidas semelhantes. Pode observar-se que o MLI não pretende criar leis ou obrigações supranacionais, deixando as normas tradicionais da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (VCLT) para aplicar aos tratados tributários ainda predominantemente bilaterais, como

---

<sup>138</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.2.

<sup>139</sup> BRAUNER, Yariv, *“MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been”*, Intertax, vol. 46, 2018, p. 12.



será explicado *infra*. Pode, no entanto, ver-se o número de participantes do MLI como um supressor de renegociações bilaterais<sup>140</sup>.

Para entendermos as normas do MLI cumpre atender em alguns conceitos incluídos no seu texto e o tipo de normas que encontramos. O conceito que primeiramente é fundamental de atender é o de “*Convenção para Eliminar a Dupla Tributação abrangida*” que se descompõe com dois requisitos: o primeiro consiste em existir uma convenção bilateral em vigor entre dois ou mais Estados, Jurisdições ou territórios partes de uma convenção bilateral e cujas relações internacionais uma parte desta Convenção Multilateral é responsável, o segundo requisito relaciona-se com o facto de os Estados contratantes efetuarem uma notificação ao depositário dos acordos especificados que querem que sejam abrangidos pelas disposições desta Convenção Multilateral<sup>141</sup>. Como resulta do acima explicado, o termo “*parte*” é um Estado ou jurisdição para o qual a Convenção Multilateral esteja em vigor ou uma Jurisdição que tenha assinado a Convenção Multilateral de acordo com as suas regras e que esta se encontre em vigor. Esta nova definição de parte procura abranger as jurisdições ou territórios com independência tributária e que de acordo com a legislação vigente entre si e Estado responsável pelas suas relações internacionais têm a possibilidade legal de celebrar acordos internacionais tributários.<sup>142</sup>

As normas têm uma estrutura similar<sup>143</sup>. Inicialmente é introduzida a norma substantiva que se quer incorporar nas CDT abrangidas com a redação de acordo com a proposta do Plano de Ação BEPS com as adaptações imprescindíveis por se tratar de uma convenção bilateral. É nestas normas substantivas que são introduzidas as regras que efetivamente vão alterar as circunstâncias do paradigma jurídico-tributário internacional. Através destas normas são introduzidos os *standards* mínimos e, pode dizer-se, que são os verdadeiros preceitos legais desta Convenção Multilateral. De seguida é encaixada uma norma de compatibilidade onde são indicadas as cláusulas das CDT abrangidas que se querem corrigir. É esta norma que estabelece a relação entre o MLI e as CDT abrangidas. Torna-se mais fácil proceder assim uma vez que se fizessem uma referência a um número de um artigo seria difícil quando vistas as diferenças entre as CDT abrangidas. No caso do MLI, a cláusula procura modificar os acordos bilaterais

---

<sup>140</sup> BRAUNER, Yariv, “MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been”, *Intertax*, vol. 46, 2018, p. 12.

<sup>141</sup> Artigo 2 MLI.

<sup>142</sup> Artigo 2 MLI.

<sup>143</sup> OCDE, *Explanatory Statement to The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*.

existentes entre jurisdições e, na maioria dos casos, resolver inconsistências a favor do MLI enquanto ambos os instrumentos permanecem ativos. Uma típica norma de conflito<sup>144</sup> geralmente levaria à sobreposição de um tratado a favor do outro. Numa situação como a interação entre o MLI e as CDT, onde ambos os tratados permanecem paralelamente em vigor, o termo norma de compatibilidade será o mais apropriado.

As partes podem formular reservas às disposições normativas e até em alguns casos escolher entre disposições alternativas o que faz com que o impacto do novo Instrumento Multilateral sobre as relações entre as jurisdições signatárias dependa das posições e escolhas dos respetivos Estados quanto à sua aplicação<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> BORGES, C.J., «*Resolving Treaty Conflicts*», 37 Geo. Wash. Int'l. L.Rev, 2005, p. 573, 577.

<sup>145</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.3.



## CAPÍTULO II - AS NORMAS DE COMBATE AO ABUSO DE TRATADOS NO MLI

Relativamente ao *standard* mínimo sobre o qual incide a Ação 6 do plano BEPS “*The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”, o MLI pretende incluir nas CDT abrangidas uma cláusula contra o abuso dos tratados fiscais no sentido da eliminação de vias conducentes a uma reduzida ou nula tributação<sup>146</sup>.

Recorde-se que foram estipuladas três metas relativamente a esta problemática: consagrar o combate ao abuso de tratados como um dos objetivos fundamentais dos acordos bilaterais, o desenvolvimento de normas anti abuso internacionais e recomendações sobre práticas anti abuso nacionais<sup>147</sup>.

As recomendações do Plano de Ação BEPS implementadas pelo MLI relativamente ao abuso de tratados fiscais podem ser divididas em três objetivos mínimos: como a inclusão de um Teste do Propósito Principal (PPT), a inclusão de uma cláusula de Limitação de Benefícios (LOB) nos tratados fiscais bilaterais, e a alteração do preâmbulo incluindo no texto da CDT o Princípio Geral Anti Abuso, conforme a ação 6 do Plano de Ação BEPS, recomendações sobre as quais houve (pelo menos algum) consenso.

A primeira questão óbvia neste contexto é porque estas e não outras medidas, já que é simples observar que o MLI dificilmente será uma aplicação direta das medidas sobre as quais foi alcançado consenso no Plano de Ação BEPS. Além disso, os signatários do MLI não coincidem com os do Plano de Ação, alguns participantes no aludido Plano de Ação não assinaram o MLI e outros, não fazendo parte da OCDE nem do G-20, assinaram o MLI. Para complicar ainda mais, um terceiro grupo de países, conhecido por fazer parte da estrutura inclusiva, concordou em trabalhar na implementação do BEPS, independentemente dos seus compromissos com o MLI. Isso levanta a questão sobre a força dos compromissos assumidos no MLI<sup>148</sup>.

Em todo caso, o escopo específico do MLI é obviamente arbitrário e irregular, similarmente ao Plano de Ação BEPS, e não pode ser explicado com base em alguma política coerente além do combate ao abuso de tratados fiscais, fortalecendo as autoridades fiscais,

---

<sup>146</sup> GOVIND, Sriram; PISTONE, Pasquale, «*The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*», p. 4

<sup>147</sup> OCDE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*.

<sup>148</sup> BRAUNER, Yariv, “*MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*”, *Intertax*, vol. 46, 2018, p. 15.

levando novamente à conclusão de que o próprio instrumento (e talvez também sua natureza multilateral) deve ter sido mais importante do que o seu conteúdo.

## 2.1. O Princípio Anti Abuso do Direito Internacional

Quanto à primeira meta esta consagra-se na alteração do preâmbulo das CDT. A regra é incluída para evitar os casos de evasão fiscal, mais propriamente de *treaty shopping*, nesse intuito, a seguinte disposição é incluída no preâmbulo dos tratados bilaterais abrangidos que não contenham uma norma com o mesmo fim: “*Pretendendo concluir uma Convenção para a Eliminação da Dupla Tributação no que diz respeito aos impostos sobre o rendimento e sobre o capital, sem criar oportunidades para a não tributação ou redução da tributação através da evasão fiscal...*”<sup>149</sup>.

Este texto deve ser adicionado ao preâmbulo das CDT celebradas abrangidas pelo MLI sendo obrigatória a sua inclusão para as partes do MLI uma vez que se trata de um princípio fundamental da implementação deste Instrumento Multilateral:

*“Título: Convenção entre (Estado A) e (Estado B) para a eliminação da Dupla Tributação no que diz respeito aos impostos sobre o rendimento e sobre o capital e a prevenção da evasão e fraude fiscais.*

*Preâmbulo: (Estado A) e (Estado B), desejando desenvolver ainda mais suas relações económicas e melhorar sua cooperação em questões tributárias, {i} chegando a concluir uma Convenção para a eliminação da Dupla Tributação com respeito aos impostos sobre o rendimento e o capital sem criar oportunidades de dupla não tributação ou tributação reduzida (tributação por meio de evasão ou fraude fiscal, inclusive por meio de abuso de tratados fiscais que visa obter os benefícios previstos na presente Convenção para o benefício indireto de residentes de terceiros Estados).*”<sup>150</sup>

Os Estados devem também manifestar nas CDT abrangidas a vontade de aperfeiçoar as relações institucionais entre eles, nomeadamente as relações económicas e a colaboração em matéria tributária. Deve ser garantido, no preâmbulo das convenções bilaterais abrangidas, um compromisso das partes de desenvolverem as suas relações económicas e melhorar a sua

---

<sup>149</sup> Artigo n.º 6 MLI.

<sup>150</sup> Artigo n.º 6 MLI.

cooperação nos assuntos tributários: “*desejando desenvolver ainda mais seu relacionamento económico e melhorar sua cooperação em questões tributárias*”<sup>151</sup>.

Esta configura-se como uma mudança de paradigma nos tratados fiscais bilaterais, uma vez que passa a constar no texto dos mesmos, como um objetivo fundamental, a prevenção do abuso dos tratados. É exatamente neste contexto que o progresso é maior.<sup>152</sup> Um dos principais problemas deste princípio era o facto de não estar incluído no texto da CMOCD.

Apesar da reformulação do preâmbulo não trazer nenhum significado especial em termos de significância uma vez que o Princípio Geral Anti Abuso era depreendido dos Comentários da CMOCD e pode também derivar da Convenção de Viena<sup>153</sup>, é de salutar a iniciativa, porquanto clarificado não deixa que se mantenham qualquer tipo de dúvidas. Para bem da uniformização na aplicação dos tratados fiscais, é melhor existir uma disposição clara que os Estados podem incluir nas suas CDT, do que princípios que nem sempre são aplicados ou interpretados da mesma forma, como o aludido da Convenção de Viena<sup>154</sup>.

Estas provisões vão operar como um mecanismo alternativo para combater o abuso de tratados apenas quando os outros falharem, como funciona o teste “*beneficial owner*”.

É possível verificar o propósito de relevar uma interpretação positiva das CDT abrangentes, no entanto, embora seja um bom ponto de partida, e a problemática da interpretação das normas internacionais tributárias ser um assunto pertinente, parece ser curta para resolver os problemas que lhe estão inerentes.

Todavia há uma margem de reserva para as CDT que já possuem um preâmbulo com um texto que inclua o escopo da norma proposta pelo MLI, essa inclusão anterior pode ter sido obtida por via de negociações bilaterais, quer por via da implementação de leis internacionais a que os Estados estão vinculados, quer por opção nacional. Esta reserva é mais restrita do que as restantes presentes no MLI, apenas adquirem o direito a não incluir nos tratados bilaterais abrangidos se já houver uma norma que garanta os fins e efeitos que a norma substantiva do MLI pretende alcançar<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Artigo 6 MLI.

<sup>152</sup> RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, International Taxation: New Challenges, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 102.

<sup>153</sup> RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, International Taxation: New Challenges, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 98.

<sup>154</sup> RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, International Taxation: New Challenges, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 98.

<sup>155</sup> Artigo 6 MLI

## 2.2. *Principal Purpose Test*

Os elementos contidos no Princípio Geral Anti Abuso também estão refletidos no PPT. De facto, o PPT baseia-se no princípio orientador<sup>156</sup>. O artigo 7 (1) do MLI<sup>157</sup> dispõe que “*não obstante quaisquer disposições de um Convenção para Eliminar a Dupla Tributação abrangida, a) um benefício sob a CDT abrangida não será concedido em relação a um rendimento ou capital se for razoável concluir, considerando todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer acordo ou transação que resultou direta ou indiretamente naquele benefício (elemento subjetivo) a menos que seja estabelecido que a concessão desse benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e o propósito das disposições relevantes da CDT abrangida (elemento objetivo)*”<sup>158</sup>.

O “*Principal Purpose Test*” é uma cláusula geral anti abuso através do qual se recusa a atribuição de um benefício previsto na CDT se a obtenção desse benefício for um dos objetivos principais de qualquer prática comercial ou transação que tenha por resultado a obtenção desse benefício, salvo se a atribuição desse benefício estiver de acordo com os objeto e finalidade das cláusulas da convenção em causa<sup>159</sup>. Esta é a norma que garante o padrão mínimo de combate ao abuso de tratados proposto no MLI.

A regra aplica-se “*não obstante as restantes disposições da presente Convenção*”<sup>160</sup> e confere a possibilidade de negar benefícios do tratado no que diz respeito a um rendimento ou capital se obter o benefício foi um dos objetivos principais de alguma construção ou transação, é assim que surge o nome “*Principal Purpose Test*”<sup>161</sup>. As conclusões no que diz respeito ao PPT devem ser razoáveis, tendo em atenção todos os factos relevantes e circunstâncias. O benefício apenas pode ser negado se essa construção ou transação resultar direta ou indiretamente nesse benefício e não será negado se for demonstrado que a concessão do mesmo é de acordo com o objeto da convenção<sup>162</sup>. O ónus será do contribuinte<sup>163</sup>. As autoridades competentes devem

---

<sup>156</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 26.

<sup>157</sup> Artigo 7(1) MLI.

<sup>158</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 20.

<sup>159</sup> PALMITESSA, Elio Andrea, “*Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 59.

<sup>160</sup> Artigo 7 (1) MLI.

<sup>161</sup> BHARGAVA, Ansh, “*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*”, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 319.

<sup>162</sup> Artigo 7 (1) MLI.

<sup>163</sup> BHARGAVA, Ansh, “*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*”, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 318

estabelecer primeiro que obter o benefício foi um dos principais propósitos e de seguida, que esse esquema resulta diretamente ou indireta nesse benefício tendo verificado todos os factos e circunstâncias<sup>164</sup>. Este é um teste propositadamente subjetivo<sup>165</sup>.

A OCDE reconhece que uma provisão autónoma de uma norma LOB pode não ser suficiente para combater todas as formas de *treaty shopping*. Portanto, a inclusão do *Principal Purpose Test* (PPT) como um instrumento para abarcar outras formas de *treaty shopping* não alcançáveis pela cláusula LOB.

Primeiro, é importante entender o significado do termo "*benefício concedido nos termos desta Convenção*" incluído na regra PPT. O *Explanatory Statement* relativamente ao artigo do PPT afirma que a regra inclui todas as limitações à tributação impostas ao Estado da fonte nos termos dos artigos 6º a 22º da convenção bilateral, a isenção da dupla tributação prevista no artigo 23.º e a proteção dos residentes e nacionais de um Estado contratante nos termos do Artigo 24 ou quaisquer outras limitações similares<sup>166</sup>. Não há uma definição direta, vai-se depreendendo ao longo do tratado, de acordo com os métodos da isenção ou crédito. Segundo LANG, o âmbito de aplicação da regra do PPT é limitado ao respetivo tratado. A regra refere-se ao "*benefício concedido nos termos desta Convenção*", portanto, os benefícios fiscais concedidos com base na legislação tributária interna não poderiam ser negados pela invocação dessa regra. LANG acrescenta que "*É igualmente inconcebível que essa regra possa coabitar com outros tratados e fornecer uma base legal para negar benefícios de outros tratados não abrangidos celebrados por um dos Estados contratantes ou mesmo pelos dois Estados. Uma regra num tratado bilateral não pode sequer aplicar-se a outros tratados de Direito Internacional celebrados entre os mesmos Estados contratantes – mesmo que tenham o mesmo escopo pessoal, substantivo ou de aplicação*"<sup>167</sup>. Só um benefício atribuído por uma convenção bilateral pode caber na norma PPT, o que tem como consequência que o PPT não pode ser utilizado para recusar um benefício que seja baseado numa norma doméstica, legislação europeia ou outro tratado fiscal.

Por outro lado, depois de determinar que a regra PPT está restrita ao escopo do tratado tributário correspondente, é importante observar que a regra PPT não se estende a todo o

---

<sup>164</sup> CHAND, Vikram, "The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis, Intertax, Vol.48, 2018, p. 20.

<sup>165</sup> BHARGAVA, Ansh, "*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*", Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 319.

<sup>166</sup> OCDE, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, p. 22.

<sup>167</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.656.



tratado, ou seja, se a regra PPT for aplicada, o benefício não será concedido apenas em relação a um rendimento. De acordo com os comentários, o termo benefício inclui todas as limitações de direitos de tributar dos Estados, a eliminação da dupla tributação e a proteção conferida pelo artigo 24.º do MOCDE ou outras situações similares. Fica estabelecido também que se existirem outras normas que confirmam limitações de tributação ou benefícios o PPT aplicar-se-á em relação a essas normas também<sup>168</sup>.

Para determinar se estamos perante um benefício, surge a questão se a carga fiscal global deve ser tida em conta ou se deve relevar apenas a tributação num dos Estados contratantes. A importância desta diferença pode ser explicada com um exemplo. O contribuinte pode escolher um esquema que leva a uma redução das taxas de retenção de acordo com o tratado fiscal. Isto pode reduzir o imposto devido no Estado da fonte mas não irá necessariamente reduzir a totalidade da carga fiscal. A taxa de retenção reduzida apenas tem a consequência para a distribuição de direitos de tributação entre os Estados contratantes. O contribuinte terá uma carga fiscal reduzida no Estado da fonte mas o Estado da residência terá que creditar menos impostos. Em vez do contribuinte, o Estado da residência é que terá o benefício<sup>169</sup>.

Quando aplicado o método da isenção em vez do método de crédito de imposto, a carga fiscal global não é relevante. Neste caso o benefício irá simplesmente resultar do facto de o contribuinte almejar cair numa regra de distribuição mais favorável<sup>170</sup>. Na mesma linha de raciocínio o PPT também se aplica às situações em que os contribuintes escolhem aplicar o método da isenção em vez do método de crédito<sup>171</sup>.

Para analisar a definição do termo benefício que é concedido a um contribuinte, a Doutrina desenha uma comparação entre os benefícios derivados da aplicação do tratado *versus* tributação unicamente de acordo com lei nacional do Estado contratante<sup>172</sup>.

Primeiro uma análise a um benefício pode ser feita quando o método da isenção para evitar a dupla tributação pode ser aplicada. De acordo com o método da isenção<sup>173</sup> um Estado

---

<sup>168</sup> OCDE, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p.23.

<sup>169</sup> BHARGAVA, Ansh, "The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance", *Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 317.

<sup>170</sup> BHARGAVA, Ansh, "The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance", *Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 317.

<sup>171</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, *Intertax*, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>172</sup> BHARGAVA, Ansh, "The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance", *Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 317.

perde o direito de tributar um tipo de rendimento que teria sido tributado de outra forma de acordo com a legislação interna desse Estado. Este método estará sujeito ao PPT pois aplica um benefício. Segundo, de acordo com o método do crédito de imposto<sup>174</sup> o Estado da residência concede um crédito para o contribuinte que suportou imposto no Estado da fonte. O benefício poderá ser o crédito para os impostos pagos no Estado da fonte e será abrangido pelo PPT. Contudo pode não ser bem assim se nos pusermos na posição holística do contribuinte. Podem existir dois cenários: um onde as baixas taxas de retenção no Estado da fonte levam a um crédito menor no Estado de residência, o que pode não ser um benefício no sentido das taxas gerais de retenção. O outro surge quando o contribuinte gera uma situação mais favorável reduzindo as taxas de retenção, mesmo que o contribuinte enfrente uma dupla tributação, não há nenhum imposto contra o qual os impostos de retenção poderiam ser creditados. Isto não nega a existência de um benefício. Contudo, este benefício pode estar de acordo com o objetivo do tratado e portanto sai do âmbito do PPT<sup>175</sup>.

O PPT prevê que uma vantagem fiscal, com respeito a um esquema, abarcado pela CDT abrangida, disponível direta ou indiretamente, não deve ser obtida se os elementos subjetivos e objetivos forem satisfeitos. O comentário ao PPT declara que o termo "*benefício*" inclui "*limitações [...] sobre a tributação imposta ao Estado da fonte nos termos dos artigos 6.º a 22.º da Convenção, a isenção da dupla tributação prevista no artigo 23.º e a proteção concedida a residentes e nacionais de um Estado contratante nos termos do artigo 24.º ou de quaisquer outras limitações semelhantes*"<sup>176</sup>.

Coloca-se a questão de saber se um benefício processual ao dispor de um contribuinte, como o acesso a um procedimento amigável ou a arbitragem ao abrigo do artigo 25.º do Modelo da OCDE pode ser recusado ao abrigo do PPT. A Doutrina entende que este não deve ser o caso, uma vez que tal benefício não pode ser considerado como abarcado no *Explanatory Statement* relativamente a esta regra. Portanto, estes benefícios devem ser excluídos e apenas serem considerados os benefícios a nível de regras de apuramento do imposto<sup>177</sup>.

Além disso, deve-se notar que o termo "*benefício*" não inclui o escopo dos tratados (Artigos 1.º e 2.º do Modelo da OCDE) e disposições relativas a conceitos e definições (Artigos

---

<sup>173</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Article 23.

<sup>174</sup> OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Article 23.

<sup>175</sup> BHARGAVA, Ansh, "*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*", *Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 318.

<sup>176</sup> CHAND, Vikram, "*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*", *Intertax*, Vol.48, 2018, p. 22.

<sup>177</sup> CHAND, Vikram, "*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*", *Intertax*, Vol.48, 2018, p. 21.

3.º a 5.º do Modelo da OCDE). Indiscutivelmente, essas disposições por si só não conferem nenhum benefício e, portanto, devem ser lidas em conjunto com as outras disposições operativas. Além disso, a Doutrina considera que apenas os benefícios abrangidos pelo tratado tributário pertinente estarão no escopo do PPT. Os benefícios resultantes para o contribuinte ao abrigo da legislação nacional (benefícios relacionados com impostos diretos ou indiretos) ou outro tratado fiscal ou a legislação da UE não serão abrangidos pelo presente teste.<sup>178</sup>

Em segundo lugar, a partir da redação do artigo, pode perceber-se que a regra PPT contém dois testes: subjetivo e objetivo.

O critério subjetivo olha para a intenção subjetiva de cada contribuinte com atenção a uma específica transação ou construção para determinar, ou não, se obter um benefício conferido pelo tratado foi um dos objetivos principais da construção ou da transação<sup>179</sup>. Contudo, é muito difícil provar a intenção do contribuinte olhando para factos e circunstâncias das transações ou das construções. As dificuldades surgem quando um contribuinte tem de provar que nenhum dos seus motivos foi a obtenção de um benefício. Mesmo que um dos motivos leve a um benefício esse será negado. Nessas circunstâncias será muito difícil para o contribuinte de ser bem sucedido. Contrastando, as autoridades terão maior facilidade em provar o critério “*razoável de concluir*”, o que conseqüentemente tornará mais difícil para os contribuintes o cálculo e a estimativa da sua carga fiscal, podendo levar a situações de dupla tributação<sup>180</sup>.

O critério subjetivo encontra-se preenchido se a obtenção do benefício for um dos propósitos principais da construção ou da transação. De acordo com a norma do PPT e com o *Explanatory Statement*, o teste subjetivo encontra-se preenchido quando obter o benefício não é o único ou o dominante objetivos do esquema utilizado pelos contribuintes, é suficiente que pelo menos um dos objetivos principais seja obter um benefício.<sup>181</sup> Isto significa que o contribuinte não pode evitar a aplicação do PPT demonstrando que a construção ou a transação não foi direcionada unicamente para gerar benefícios do tratado, mas sim que nunca foi um objetivo obter qualquer benefício daquela CDT<sup>182</sup>.

A letra deste critério subjetivo implica que uma construção ou transação pode ter múltiplos objetivos. A OCDE, contudo, não dá uma orientação de como distinguir entre objetivos

<sup>178</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.656

<sup>179</sup> OCDE, Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting, Artigo 7.

<sup>180</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>181</sup> OCDE, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p.24.

<sup>182</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p. 658.

principais e subsidiários. O facto que estipula “*um dos principais objetivos/propósitos*” tem como consequência que não apenas esquemas puramente artificiais podem cair no escopo deste critério subjetivo. Alguma Doutrina argumenta, e bem no nosso entendimento, que é inaceitável negar benefícios aos contribuintes só porque um dos seus objetivos principais seja obter benefícios fiscais<sup>183</sup>. O objetivo de um tratado fiscal é abolir restrições fiscais ao movimento livre de bens, serviços, capital e pessoas entre Estados. A eliminação dessas restrições acontece porque o tratado tem como objetivo incentivar esquemas negociais que não seriam possíveis sem a existência dos benefícios do tratado. Apesar disso, um teste subjetivo demasiado amplo não reflete o direito do contribuinte de escolher o caminho fiscal mais favorável<sup>184</sup>. Como resultado desta linha de raciocínio, no nosso entendimento, o PPT apenas deve ser aplicado quando o benefício for o único ou o predominante objetivo da construção ou transação.

A dificuldade que surge com o teste subjetivo é a impossibilidade de provar uma intenção. O texto do PPT explica que deve ser “*razoável concluir*” a intenção dos contribuintes de acordo com os “*factos ou circunstâncias relevantes*”. Isto significa que a autoridade tem de estabelecer que o benefício foi um dos principais objetivos considerando todas as condicionantes e da intenção dos contribuintes. O amplo poder de erro de prova das autoridades tributárias é extremamente brando, uma vez não necessita de uma prova conclusiva, o que cria alguma insegurança para os contribuintes<sup>185</sup>.

Um benefício da convenção abrangida não será concedido se, após analisar todos os factos e circunstâncias, concluir-se que a obtenção de um benefício foi um dos propósitos principais de qualquer acordo ou transação que resultasse direta ou indiretamente naquele benefício. É óbvio que o contribuinte não pode evitar a aplicação deste elemento afirmando simplesmente que a transação não foi efetuada para obter os benefícios da convenção<sup>186</sup>. Do mesmo modo, as autoridades fiscais não podem apoiar a aplicação deste elemento na comparação entre a transação real e uma transação alternativa que poderia ter resultado em taxas de impostos mais altas. Portanto, para determinar as finalidades da transação ou

---

<sup>183</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance* Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 323.

<sup>184</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance* Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 323.

<sup>185</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>186</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 22.

construção, precisa de ser realizada uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias que cercam o esquema utilizado pelo contribuinte<sup>187</sup>.

O atual comentário da OCDE ao artigo 1.º da Convenção Modelo, no seu parágrafo 9.5, já contém diretrizes sobre os principais objetivos de uma determinada transação ou condução, afirmando que “*um princípio de orientação é que os benefícios de uma Convenção não devem estar disponíveis se o objetivo principal de realizar determinada transação ou construção for garantir uma posição fiscal mais favorável e obter um tratamento mais favorável que nestas circunstâncias seria contrário ao objeto e finalidade das disposições relevantes*”. KOK afirma que a regra PPT incluída na Ação 6 do BEPS reconhece o conceito de “*frausconventionis*” da Doutrina holandesa, que estipula que agir fraudulentamente em relação a convenções no Direito Fiscal acontece quando um contribuinte usa uma construção/transação com o único ou, pelo menos, objetivo essencial de obter as consequências fiscais desejadas com base no tratado tributário, ao passo que esse esquema anula o objetivo e a finalidade do tratado. Como KOK também afirma, há uma diferença entre o comentário atual sobre o artigo 1.º e a regra PPT proposta, consistindo na regra PPT, que exige que “*um dos principais objetivos*” das transações seja a obtenção do benefício fiscal, enquanto sob o “*frausconventionis*” exige-se que o “*único ou essencial objetivo seja obter o benefício fiscal*”, no entanto a regra do PPT é mais ampla na aplicação do teste subjetivo<sup>188</sup>.

Pode concluir-se que o PPT permite às autoridades tributárias assumir o abuso uma vez que seja razoável concluir, mesmo quando o benefício seja obtido indiretamente. O escopo de aplicação do PPT é bastante amplo<sup>189</sup>. Para concluir o PPT procura equilibrar a balança entre autoridades e contribuintes mas, no nosso entendimento, esta fica desequilibrada para a autoridades tributárias e fiscais dos Estados.

Neste sentido, a referência a “*um dos principais objetivos*” significa que obter o benefício concedido por uma convenção fiscal bilateral não precisa de ser o objetivo único ou dominante de uma transação ou construção particular. É suficiente que pelo menos um dos objetivos principais seja obter o benefício. A proposta da OCDE tem sido criticada pela Doutrina,

---

<sup>187</sup> Artigo 7 MLI.

<sup>188</sup> KOK, R., *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*. Intertax Volume 44, 2016, p. 407

<sup>189</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 319.

por exemplo, DE BROE e LUTS consideram que a regra deve ser aplicada se os benefícios do tratado forem o único ou principal objetivo do projeto, transações ou acordos<sup>190</sup>.

Agora, quando se trata da aplicação do teste subjetivo, temos que determinar quando é “razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que obter esse benefício era um dos principais objetivos de qualquer transação ou construção”. Parece que, para cumprir essa parte do teste subjetivo, os contribuintes enfrentarão um desafio difícil, no sentido de que, mesmo que a transação ou o acordo seja motivado por diferentes fins que não sejam benefícios fiscais de um tratado tributário, o acordo ainda estará no escopo da regra PPT<sup>191</sup>. Daí ser fundamental, como alguma Doutrina defende que a interpretação desta norma seja restritiva e não amplificada, e que os benefícios concedidos a um contribuinte ao abrigo da legislação nacional ou outro tratado fiscal ou Direito da União Europeia não se enquadram no âmbito deste teste<sup>192</sup>.

Uma análise factual indica que uma transação ou acordo pode ter objetivos fiscais, mas que estes não se encontram isolados. Se uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias que originaram a transação levar à conclusão de que existem vários “objetivos principais”, como fins não fiscais<sup>193</sup>, então surge a questão de saber se o elemento subjetivo é satisfeito ou não. Com base numa leitura literal da norma, pode argumentar-se que, desde que “um dos objetivos principais” seja obter um benefício, mesmo que a transação ou construção tenha vários “objetivos principais”, o elemento subjetivo fica satisfeito<sup>194</sup>. Portanto, à primeira vista, parece que as autoridades fiscais terão um enorme poder discricionário quando aplicarem esta regra<sup>195</sup>. Dito isto, entende-se que, se a investigação factual adequada leva à conclusão de que fins não fiscais superam os objetivos fiscais da transação ou da construção, então o contribuinte não satisfaz o elemento subjetivo e, portanto, deve estar fora do escopo do PPT<sup>196</sup>. O *Explanatory Statement* esclarece explicitamente esta posição afirmando que o elemento subjetivo não é aplicável quando uma consideração principal não é obter um benefício do tratado. É afirmado que: “Quando um acordo está manifestamente ligado a uma atividade empresarial essencial, e a sua forma não foi motivada por considerações de obtenção de um benefício, é

---

<sup>190</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris, 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse' (2015) 43 Intertax, p. 131.

<sup>191</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris, 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse' (2015) 43 Intertax, p. 133.

<sup>192</sup> CHAND, Vikram, “The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 39.

<sup>193</sup> CHAND, Vikram, “The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 23.

<sup>194</sup> OCDE, “Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting”, p. 24.

<sup>195</sup> KOK, R. *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*. Intertax Volume 44(5). (2016) 408.

<sup>196</sup> CHAND, Vikram, “The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 23.

*pouco provável que o seu objetivo principal seja o de obter esse benefício.*<sup>197</sup> Portanto, é razoável asseverar que, quando uma investigação factual adequada leva à conclusão de que a transação é realizada com objetivos de boa-fé, ou seja, procura objetivos comerciais e económicos genuínos, então o elemento subjetivo não deve ser satisfeito como “*é pouco provável que o seu objetivo principal seja o de obter esse benefício*”<sup>198</sup>. Por outras palavras, quando os propósitos não fiscais são os principais propulsores da transação, então não se pode argumentar que “*um dos principais objetivos*” é obter um benefício conferido pelo tratado fiscal.<sup>199</sup> Assim sendo, o elemento subjetivo deve ser interpretado de forma restritiva, no sentido de que, se a transação ou o acordo em causa tiver justificações económicas ou comerciais que justifiquem a vantagem fiscal obtida, esse elemento não é satisfeito<sup>200</sup>.

Embora o objetivo principal das convenções fiscais bilaterais seja evitar a dupla tributação e a evasão fiscal, também é verdade que outro objetivo importante dos tratados tributários é facilitar as relações económicas e comerciais transfronteiriças, por isso considera-se a proposta da OCDE contraditória com este objetivo, especialmente tendo em conta que, no nosso entendimento, em circunstâncias normais, as transações e as conduções que originam os benefícios têm sempre como um dos objetivos o acesso aos benefícios do tratado, caso contrário os governos, como representantes dos seus residentes, não teriam um incentivo para celebrar o tratado tributário bilateral. Como resultado da proposta, pode assumir-se que o ónus da prova é transferido para os contribuintes, devido ao facto de que, mesmo que as autoridades tributárias sejam obrigadas a provar que há uma presença de motivação de obtenção de determinado benefício fiscal (elemento subjetivo), não serão obrigadas a encontrar provas conclusivas de que o propósito de obter benefícios do tratado era um dos principais objetivos da conduta do contribuinte.

Como já sublinhado, a Doutrina considera, e bem, que o ónus da prova do PPT é desequilibrado e despropositado em comparação com o Princípio Geral Anti Abuso<sup>201</sup>. Embora as autoridades fiscais devam empreender uma análise objetiva dos factos da transação, têm

---

<sup>197</sup> OCDE, “Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting”, p. 24.

<sup>198</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris, “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, 2015, 43 Intertax, p. 132.

<sup>199</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 23

<sup>200</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris, ‘*BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*’, 2015, Intertax, Issue 2, at 132;

<sup>201</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.656; CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 21.

apenas de “*razoavelmente concluir que o elemento subjetivo está satisfeito*”<sup>202</sup>. Esse limiar parece ser baixo em comparação com o ónus assumido pelos contribuintes, que se vêm obrigados a demonstrar convincentemente que a concessão do benefício está de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes do tratado tributário (elemento objetivo).

A existência de um benefício e a comprovação de que um dos principais objetivos da condução ou transação é obter que o benefício exige uma análise factual objetiva e pressupõe que se o caso for para litígio perante os Tribunais, como ponto de partida, as autoridades fiscais terão de provar que existe um benefício fiscal e que uma finalidade principal da transação era obter esse benefício. O contribuinte deve, então, ter a oportunidade de refutar ou contestar as reivindicações das autoridades fiscais, contestando a existência de um benefício ou demonstrando que a transação foi conduzida por objetivos não fiscais. No final, com base numa análise objetiva dos factos, o Tribunal terá que decidir se a transação satisfaz ou não o PPT. Se a existência de abuso ou evasão fiscal não é clara para o Tribunal, o benefício da dúvida, no nosso entendimento, deve ir para o contribuinte.<sup>203</sup>

Portanto, para os contribuintes não será suficiente para demonstrar que as suas conduções ou transações foram inspirados também por motivos diferentes do que obter benefícios fiscais, também terão que provar que o benefício fiscal obtido nestas circunstâncias se enquadra com o objeto e finalidade das disposições pertinentes de uma determinada convenção bilateral, o que se configura como um teste objetivo<sup>204</sup>.

O PPT consiste na regra principal (teste subjetivo) e exceção (teste objetivo). O PPT inclui um teste objetivo que legitima a obtenção do benefício quando “*fica estabelecido que a concessão do benefício está de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes do tratado*”<sup>205</sup>. Por isso o teste objetivo é preenchido quando a obtenção do benefício for de acordo com o objeto e propósito do tratado. O artigo 7.º do MLI explica que “*mesmo que seja razoável concluir que um dos principais objetivos das transações ou conduções seria obter um benefício, fica estabelecido que se a concessão desse benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes desta Convenção, o contribuinte, como*

---

<sup>202</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.659.

<sup>203</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 21.

<sup>204</sup> Artigo n.º 7 MLI.

<sup>205</sup> OCDE, “*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*”, p.24.



*exceção, pode ter acesso aos benefícios do tratado*<sup>206</sup>. Contudo, esta exceção é baseada num procedimento diferente da regra principal. O objeto e o propósito das normas devem ter em consideração a sua interpretação e a lei internacional como a Convenção de Viena. Desta forma, o objeto e o propósito do tratado das normas atributivas de benefícios relevantes necessitam de ser verificadas antes de ser estabelecido que uma transação é abusiva e viola as leis do tratado<sup>207</sup>.

A Doutrina sugere que esta norma dá a oportunidade às autoridades de aplicar a lei a seu favor de forma injustificada. O facto do ónus da prova de que a transação ou condução não é abusiva caber aos contribuintes é particularmente oneroso e difícil e não se configura como uma tarefa simples<sup>208</sup>. Indiscutivelmente, o objeto e propósito das normas distributivas é alocar os direitos de tributação acerca de vários rendimentos ou capitais. Contudo, este objetivo não é uma grande ajuda para verificar se uma condução ou transação particular viola o objeto e propósito do tratado. Isto acontece porque na base de um tratado ou norma violada através de um esquema ou outra forma de evasão fiscal, um contribuinte formalmente respeita as condições impostas pela norma distributiva mas normalmente atua contra o espírito do tratado.

A OCDE não fornece uma referência ao objeto e propósito do tratado. Portanto, o objeto e propósito de uma cláusula do tratado deve ser interpretado de acordo com o objeto e propósito do tratado em geral. O ponto de partida para encontrar tal referência é o preâmbulo do tratado. A este respeito, a OCDE propôs a já aludida alteração tanto do título como do preâmbulo dos tratados tributários: onde incluiu a prevenção do abuso, da evasão e da fraude<sup>209</sup>.

Em referência a esse requisito, LANG afirma que é evidente que o objeto e o propósito das disposições legais devem sempre ser levados em consideração na sua interpretação. Qualquer interpretação que se contente com a mera formulação de uma regra, de facto, não corresponderia ao Estado da arte do método legal. Mesmo aqueles que sustentam a opinião de que a formulação de uma regra não é apenas o começo da interpretação, mas também define os seus limites, terão de perceber que a formulação apenas raramente é tão inequívoca que permita a interpretação de uma regra enquanto ignora o objeto e propósito da compilação normativa que a engloba. Portanto, a interpretação de todas as regras, favoráveis e

---

<sup>206</sup> Artigo n.º 7 MLI.

<sup>207</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance* Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 322.

<sup>208</sup> CHAND, Vikram, *"The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis"*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 23.

<sup>209</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance* Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 322.

desfavoráveis, deve sempre considerar o seu objeto e propósito, não apenas quando se assume que um dos principais objetivos do contribuinte era obter qualquer benefício. Para os tratados de Direito Internacional, o artigo 31.º da Convenção de Viena confirma o significado universal de se concentrar no objeto e propósito de uma regra na sua interpretação<sup>210</sup>.

Portanto, a este respeito, deve assumir-se que, em todos os casos de aplicação das regras de um determinado tratado tributário, essas disposições devem ser aplicadas de acordo com o objetivo e a finalidade do tratado tributário<sup>211</sup>.

Não é fornecida nenhuma orientação de como proceder nos casos em que os Estados contratantes de uma CDT não se encontram de acordo nos critérios de aplicação da regra PPT. No entanto, com base nos critérios gerais da regra PPT, se o Estado de residência considera que o PPT não foi aplicado corretamente pelo Estado da fonte, a disputa, deve ser resolvido através de um procedimento de mútuo acordo (MAP)<sup>212</sup>.

A Doutrina sugere que se a regra geral anti abuso tem um significado independente das provisões do tratado então a norma apenas estipula que os benefícios não devem ser concedidos. Contudo isto pode trazer problemas adicionais, como o de gerar uma certa confusão perceber qual a secção do tratado é que se aplica ao caso. Isto é importante porque afeta os direitos tributários de ambos os Estados<sup>213</sup>. Outro problema pode surgir quando um Estado contratante entender aplicar uma norma diferente a determinada transação da que o contribuinte entendeu ser a aplicável a norma. Nessas situações uma norma deve determinar quando a ficção de outra provisão deve ser aplicada<sup>214</sup>. Adicionalmente, esta norma pode ser vista como tendo o seu próprio âmbito de aplicação e consequências legais, o que pode levar a situações onde o contribuinte seja tributado nos dois Estados, o que pode ser penalizador para o contribuinte. É surpreendente que a OCDE se absteve de tomar uma posição acerca de um eventual efeito penalizador<sup>215</sup>.

Contudo, a OCDE refere que para resolver a qualificação de conflitos entre o Estado da fonte e o da residência, é o Estado de residência que deve evitar a dupla tributação.

---

<sup>210</sup> MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.661

<sup>211</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>212</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p. 663.

<sup>213</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance* Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 323.

<sup>214</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 323.

<sup>215</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p. 663.

No que diz respeito à cláusula de salvaguarda dos contribuintes do artigo 7.º, n.º 4, acolhemos o entendimento de MICHAEL LANG pois considera que as referências ao termo “*pessoa*” devem ser suprimidas, uma vez que essa referência restringe o âmbito de aplicação da cláusula.

Entendemos também, como sublinha VIKRAM CHAND, que os benefícios do tratado devem ser concedidos ao contribuinte automaticamente, uma vez que submetê-lo à utilização de um mecanismo administrativo para lhe serem concedidos benefícios seus por direito pode acabar por configurar-se como bastante oneroso. Assim, a cláusula deve ser reformulada para refletir que “*quando um benefício é negado de acordo o PPT, os benefícios do tratado devem, no entanto, ser estendidos à situação que teria existido na ausência da transação ou construção abusivas*”<sup>216</sup>.

Neste sentido, no nosso entendimento, que a adoção do PPT é uma solução adequada para o abuso de tratados, porquanto sejam densificados os conceitos que lhe são inerentes assim como, conseqüentemente, ser reduzida a margem discricionária deixada às autoridades tributárias nacionais de modo a equilibrar a balança na relação entre as autoridades tributárias e os contribuintes.

---

<sup>216</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 39.

### 2.3 Cláusula de Limitação de Benefícios

É incluída também no MLI uma Cláusula de Limitação de Benefícios concedidos ao abrigo de uma CDT abrangida assente em critérios objetivos. É concedida às partes do MLI o direito de negar a concessão de um benefício quando a transação ou o acordo que deu origem àquele benefício foi efetuada com o propósito de obter esse mesmo benefício. Basicamente, se um contribuinte efetuar determinada operação económica com o objetivo de com ela obter um benefício abrangido por uma CDT este ser-lhe-á negado automaticamente, a não ser que o se faça prova de que as circunstâncias que deram origem ao benefício estão de acordo com os objetivos do MLI<sup>217</sup>.

Esta norma não se configura como obrigatória<sup>218</sup>, pode ser cumulada com o PPT caso seja adotada pelos Estados contratantes. Desta forma, e contrariamente ao Relatório da Ação 6 do Plano BEPS, não é incluída no Instrumento Multilateral a proposta de LOB detalhada<sup>219</sup>.

A *limitation-on-benefits rule* restringe o âmbito de aplicação da Convenção para Eliminar a Dupla Tributação às chamadas “*peças qualificadas*” que, para além de incluir pessoas singulares, abrange também pessoas coletivas, desde que se encontrem verificados determinados testes. Estes testes que terão de se verificar em adição às demais normas da Convenção para Eliminar a Dupla Tributação e visam assegurar que os benefícios da convenção aplicável são concedidos apenas e só aos destinatários previstos<sup>220</sup>.

A OCDE desenhou uma cláusula simplificada de limitação de benefícios, prevista no relatório relativo à ação 6<sup>221</sup>. Para além das pessoas singulares, que serão sempre “*residentes qualificados*”, concedem-se os benefícios da Convenção para Eliminar a Dupla Tributação aos Estados (enquanto sujeito passivo de imposto) e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais, assim como uma pessoa jurídica de direito público desse Estado ou das suas subdivisões políticas ou autarquias locais, às pessoas coletivas sem fins lucrativos reconhecidas pelos Estados ou através de acordo diplomático, aos fundos de pensões e entidades gestoras destes fundos quando não possuem fins lucrativos ou sejam detidas pelo Estado contratante, direta ou

---

<sup>217</sup> Artigo 7 (8) MLI.

<sup>218</sup> Artigo 7 (6) MLI.

<sup>219</sup> OECD, G20, Action 6 Final Report, BEPS, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 23 e ss.

<sup>220</sup> KERÉKES, Barnabás Márk, *Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 149.

<sup>221</sup> Artigo 7 (8) MLI.

indiretamente<sup>222</sup>, e às demais pessoas coletivas, desde que se verifiquem determinados testes: *o stock exchange test, the ownership; active business test; derivative benefits and discretionary relief*<sup>223</sup>.

Além disso, certos rendimentos de uma pessoa não qualificada podem beneficiar da convenção, se essa pessoa apenas desenvolveu atividades empresariais de forma ativa, e o rendimento estiver relacionado com essas atividades<sup>224</sup>. Também podem usufruir das normas da convenção bilateral abrangida as pessoas não qualificadas se forem detidas em certa percentagem por pessoas qualificadas, assim como, as autoridades competentes do Estados podem atribuir benefícios da convenção bilateral a uma pessoa não qualificada quando entender que a operação económica desenvolvida por essa pessoa assim o justifique<sup>225</sup>.

A regra LOB do MLI está incluída no Artigo 7.º (8) a (13) do MLI. A sua redação e estrutura são amplamente baseadas na versão simplificada da regra LOB, conforme divulgada no Relatório da Ação 6<sup>226</sup>, com algumas modificações replicando elementos selecionados da recente regra LOB do Modelo US 2016 e acabando por não incluir a versão da LOB detalhada<sup>227</sup>. Além da sua formulação muito extensa, a regra de LOB do MLI aplica-se através de um mecanismo específico e complexo que consiste num conjunto de testes objetivos. O intuito destes testes é delimitar o âmbito subjetivo dos tratados fiscais concedendo benefícios do tratado apenas aos contribuintes que, para além de serem residentes de um Estado contratante são os beneficiários de um rendimento, têm umnexo pessoal e económico suficiente com o seu estado de residência, realizam atividades empresariais reais no seu Estado de residência, ou simplesmente não são orientados por motivos de *treaty shopping*<sup>228</sup>.

Estes são critérios amplamente objetivos, que funcionam de forma automática, se objetivamente o contribuinte preencher os pressupostos peticionados, então os benefícios serão concedidos<sup>229</sup>.

---

<sup>222</sup> Artigo 7 (8) MLI

<sup>223</sup> JIANG, Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD base Erosion and profit Shifting Project*, Bulletin for International taxation, 2015, p. 139-148

<sup>224</sup> CALIMAG, Maria Carla Bravo, *Limitation on Benefits: Qualified Persons*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 189.

<sup>225</sup> Artigo 7 (8) MLI

<sup>226</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – Final Report* (Paris 5 Oct. 2015), para. 25, at 21-55.

<sup>227</sup> KUŹNIAK, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.70.

<sup>228</sup> Artigo 7 (8) MLI

<sup>229</sup> KERÉKES, Barnabás Márk, *Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 149.

O Teste da Pessoa Qualificada (*Qualified Person Provision*) é o teste principal da LOB que estabelece as condições para que um contribuinte residente de um Estado contratante seja considerado pessoa qualificada e veja o acesso garantido aos benefícios do tratado. Pode afirmar-se que é o mais direto de todos os testes LOB assim como é realçado pela OCDE e pelo *US Treasury Department* como uma regra autoexecutável<sup>230</sup>.

O Artigo 7 (8) do MLI constitui a primeira parte da regra LOB e é, portanto, o ponto de partida desta análise. A regra geral estabelece que os residentes de um Estado contratante só terão direito aos benefícios do tratado se forem "*peçoas qualificadas*", conforme definido no Artigo 7 (9) do MLI, salvo as exceções apresentadas<sup>231</sup>. Percebe-se desde logo que esta norma restringe aos próprios residentes a concessão de determinados benefícios da convenção fiscal em causa, uma vez que estes necessitam de ser pessoas qualificadas para gozarem de acesso aos benefícios do tratado fiscal.

A intenção do artigo 7.º, n.º 9, do MLI passou pela regra LOB não limitar o acesso a benefícios dos tratados que não estejam sujeitos à reciprocidade entre os Estados contratantes com base no estatuto de residência. Entende-se este posicionamento, uma vez que a regra LOB do MLI tem como alvo o abuso de tratados e as violações do Princípio da Reciprocidade são uma das principais objeções<sup>232</sup>. As disposições excluídas do escopo da regra LOB não concedem benefícios do tratado apenas com base na residência e, portanto, não devem poder ser usadas para fins abusivos por residentes de terceiros Estados, o que justifica a omissão de tais situações. Pela mesma razão, não tem impacto na parte dos beneficiários equivalentes do Artigo 24.º e dos artigos 25.º a 28.º do MCOCDE, embora não se encontre explicitamente mencionado no texto da norma<sup>233</sup>.

Um residente de um Estado contratante, que se qualifica como "*pessoa qualificada*" de acordo com a regra LOB do MLI, ainda deve cumprir as condições estabelecidas nas demais disposições do tratado para obter os benefícios do tratado, ou seja, o residente deve ser o beneficiário efetivo de um rendimento e os benefícios do tratado podem ser sempre negados ou

---

<sup>230</sup> CALIMAG, Maria Carla Bravo, *Limitation on Benefits: Qualified Persons*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 190.

<sup>231</sup> Artigo 7 (9) MLI.

<sup>232</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.72.

<sup>233</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.72.

restringidos de acordo com as regras anti abuso aplicáveis<sup>234</sup>, apesar de sua elegibilidade segundo a regra LOB. Este fator indica-nos que o Artigo 7.º (8 – 13) do MLI não tem efeito amplificador sobre a concessão de benefícios do tratado e, portanto, só se aplica a pessoas beneficiárias de um rendimento e tem o objetivo de restringir o acesso aos benefícios do tratado bilateral.

Os benefícios do tratado segundo a regra LOB incluem todas as limitações aos direitos de tributação dos Estados contratantes nos termos dos Artigos 6.º a 21.º (especialmente os direitos tributários do Estado da fonte), a eliminação da dupla tributação prevista no Artigo 23.º (o Estado de residência), direitos de tributação e a proteção conferida aos residentes de um Estado contratante nos termos do artigo 24.º do MCOCDE (direitos de tributação da fonte e dos residentes)<sup>235</sup>.

O artigo 7.º, n.º 9, do MLI contém uma lista exaustiva de sujeitos passivos que contam como “*peças qualificadas*” ao abrigo de um tratado fiscal bilateral modificado pelo MLI<sup>236</sup>. Todas as categorias de pessoas enumeradas no artigo 7.º, n.º 9, não são suspeitas de abuso e são automaticamente classificadas como residentes qualificados<sup>237</sup>. Pela sua natureza, geralmente têm nexos suficientes com os seus Estados de residência (ou simplesmente são parte da organização administrativa dos Estados) justificando a sua classificação como pessoas qualificadas, sem necessidade de preencher quaisquer requisitos adicionais.

A regra LOB, no entanto, não inclui pessoas que sejam integralmente detidas, direta ou indiretamente, pelas categorias de residentes qualificados, o que parece ter sido causado pela ausência de tais pessoas na categoria de residentes qualificados na nova regra *LOB* dos EUA de 2016. Porém, dado o objetivo da regra LOB do MLI, no sentido em que as entidades detidas inteiramente pelos residentes qualificados do n.º 9, alínea b), do artigo 7.º são economicamente parte dos Estados contratantes através de uma participação de 100%, a solução parece bastante inadequada<sup>238</sup>. A inclusão dessas entidades na lista de residentes qualificados estaria de acordo com o Princípio da Reciprocidade e com o conceito de substância económica e não prejudicaria a prevenção de práticas abusivas de tratados. Foi presumivelmente por essas razões que tais

---

<sup>234</sup> MARQUES, André Sant’ana, *Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping: As Cláusulas de Limitação de Benefícios*, AAFDL Editora, 2017, p. 91.

<sup>235</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.72.

<sup>236</sup> Artigo 7 (9).

<sup>237</sup> CALIMAG, Maria Carla Bravo, *Limitation on Benefits: Qualified Persons*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 190.

<sup>238</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.73.

entidades foram incluídas numa versão simplificada da regra LOB, no entanto, desconsiderar esta abordagem do MLI para o adequar ao Modelo dos EUA não é uma boa base, embora a possam justificar com razões políticas<sup>239</sup>. Deste modo este teste atribui os benefícios de uma CDT a organizações sem fins lucrativos de um tipo que seja acordado pelos Estados contratantes, fundos de pensões que sejam estabelecidos e que operem exclusiva ou quase exclusivamente para administrar benefícios de aposentadoria, e fundos de investimento que são criados e existem exclusiva ou quase exclusivamente para investir benefício dos referidos fundos de pensões<sup>240</sup>. Essas entidades geralmente são isentas de impostos nos seus Estados de residência e operam exclusiva ou quase exclusivamente para desempenhar importantes funções socioeconómicas, tais como organizações beneficentes, científicas, artísticas, culturais ou educacionais (sem fins lucrativos), ou fundos para benefícios de aposentação. Além disso, devem ser mutuamente notificados pelos Estados contratantes. Consequentemente, o seu uso potencial para fins abusivos é muito pequeno, a existir<sup>241</sup>. Todas essas categorias de residentes são considerados qualificados devido ao seu *status* e sua identificação é, portanto, relativamente fácil<sup>242</sup>.

Caso não seja considerada uma pessoa qualificada o contribuinte pode ver o acesso garantido a benefícios do tratado caso preencha algum dos outros testes da regra LOB.

O Teste do Mercado de Valores Reconhecido (*Stock Exchange Test*)<sup>243</sup> inclui um teste de mercado de valores<sup>244</sup>. De acordo com este teste, uma empresa, ou outra entidade que seja residente de um Estado contratante, será considerada pessoa qualificada se a classe principal de suas ações for regularmente negociada num ou mais mercados de valores reconhecidas pelos Estados contratantes<sup>245</sup>.

Os conceitos de "*outra entidade*", "*classe principal de ações*", "*regularmente negociados*" e "*mercados de valores reconhecidos*" muitas vezes não se encontram definidos nas compilações normativas nacionais e internacionais, e quando se encontram o seu conceito

---

<sup>239</sup> DOMINGUEZ, D., *Limitation on Benefits: Comparison Between the US LOB and the OECD LOB Proposed Under Action 6*, in Blum & Seiler, supra n. 3, at 293–310.

<sup>240</sup> Artigo 7 (9) MLI.

<sup>241</sup> DOMINGUEZ, D., *Limitation on Benefits: Comparison Between the US LOB and the OECD LOB Proposed Under Action 6*, in Blum & Seiler, supra n. 3, at 293–310.

<sup>242</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.73.

<sup>243</sup> Artigo 7 (9) c) do MLI

<sup>244</sup> MARQUES, André Sant'ana, *Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping: As Cláusulas de Limitação de Benefícios*, AAFDL Editora, 2017, p. 98.

<sup>245</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.75.



difere em aspetos fundamentais. De acordo com o MLI, o termo "*mercado de valores reconhecido*"<sup>246</sup> engloba qualquer mercado de valores estabelecido e regulamentado como tal de acordo com as leis de qualquer dos Estados contratantes e qualquer outro mercado de valores acordado como tal pelas autoridades competentes dos Estados contratantes. Na prática, a grande maioria das bolsas de valores reconhecidas serão bolsas de valores estabelecidas e reguladas de acordo com as leis de qualquer dos Estados contratantes, uma vez que os Estados normalmente hesitam em designar como reconhecida uma bolsa de valores para além dos seus próprios territórios e já legislaram no sentido de restringir o número de bolsas de valores reconhecidas em terceiros Estados.<sup>247</sup> A discrepância entre os requisitos que as leis de cada Estado impõem para que um mercado de valores seja reconhecido pode levar a situações de incompatibilidade.

O termo "*principal classe de ações*" significa a classe ou classes de ações de uma entidade representando a maioria do total dos direitos de voto da entidade, ou as classes de direitos benéficos de uma entidade que represente no total a maioria dos direitos de voto agregado e do valor da entidade. Em relação a entidades que não são empresas, o termo "*ações*" significa interesses que são comparáveis a ações, por exemplo, unidades publicamente negociadas de um *trust*<sup>248</sup>.

O conceito de "*regularmente negociado*" não é definido pelo MLI. Algumas explicações, no entanto, podem ser encontradas no Relatório da Ação 6. A explicação que é necessário que mais do que uma percentagem muito pequena das ações sejam ativamente negociadas durante um número suficientemente extenso de dias para serem consideradas "*regularmente negociadas*"<sup>249</sup>. Contando com a legislação fiscal dos EUA, a OCDE explicou que para as ações serem consideradas negociadas regularmente, 10% do número médio de ações em circulação de uma determinada classe de ações de uma entidade precisam de ser negociadas pelo menos durante sessenta dias. Isso apenas exemplifica a abordagem dos EUA, no entanto, outros Estados contratantes podem ter visões diferentes sobre o número de ações da classe principal que devem ser efetivamente negociadas, ou a frequência, para se qualificar uma entidade como regularmente negociada.

---

<sup>246</sup> Artigo 7 (13) a) MLI.

<sup>247</sup> KUŹNIAK, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.75.

<sup>248</sup> Artigo 7 (13) b) MLI.

<sup>249</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – Final Report*, p. 5

Também não é definido pelo MLI o significado de "*outra entidade*" nem no Relatório da Ação 6. No entanto, este conceito distingue-se do de "*sociedade*" no teste do mercado de valores reconhecido. Esta disposição esclarece ainda que, em relação a entidades que não são empresas, o termo "*ações*" significa figuras que são comparáveis às ações. Por conseguinte, o termo outras entidades ao abrigo do critério da bolsa de valores abrangeria normalmente fundos, fundações e sociedades, se forem entidades tributáveis nos termos da legislação nacional do seu Estado de residência. Em termos de negociação pública, também pode ser relevante para fundos de investimento e outros veículos de investimento coletivo que não estejam estruturados como empresas emissoras de ações<sup>250</sup>.

As questões terminológicas complicam a aplicação do teste da bolsa de valores e contribuem para o insucesso da sua utilização, ainda assim é considerado como sendo o teste objetivo mais fácil de ser aprovado, mas a sua conformidade e conveniência é um pouco duvidosa<sup>251</sup>.

A justificação centra-se no argumento de que as empresas de capital aberto e algumas entidades não são suscetíveis de serem estabelecidas para o *treaty shopping*. Essa justificação curta e vaga torna-se ligeiramente mais clara à luz da explicação do *American Law Institute* para o teste de bolsa de valores aplicável de acordo a provisão de LOB incluída no Modelo dos EUA de 2006<sup>252</sup>. Dado que não há identidade de interesse económico entre a sociedade ou outra entidade negociada publicamente num mercado de ações reconhecido e os seus acionistas amplamente dispersos, o *American Law Institute* explica que empresas/entidades de capital aberto estão sujeitas à legislação restrita de valores mobiliários, sugere que estas entidades podem não funcionar como os melhores canais para pagamentos a não residentes. No entanto, essas justificações não parecem muito convincentes à luz da finalidade da regra LOB do MLI e da realidade de funcionamento dos mercados de ações atuais<sup>253</sup>.

Primeiramente, o teste do mercado de valores concentra-se na localização do próprio mercado de valores e não na localização dos acionistas finais. Isso permite que uma empresa ou outra entidade passe no teste mesmo que uma percentagem significativa de seus acionistas

---

<sup>250</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.79.

<sup>251</sup> JIANG, Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD base Erosion and profit Shifting Project*, Bulletin for International taxation, 2015, p. 145.

<sup>252</sup> MARQUES, André Sant'ana, *Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping: As Cláusulas de Limitação de Benefícios*, AAFDL Editora, 2017, p. 103.

<sup>253</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.79.

finais não sejam residentes no Estado contratante em que a bolsa de valores está localizada. O teste também não exclui expressamente as empresas ou outras entidades listadas nos mercados reconhecidos com base na concentração de ações na posse dos seus proprietários. Uma empresa ou outra entidade pode, portanto, passar no teste mesmo quando uma percentagem substancial das suas ações é detida por um único ou pequeno número de acionistas (minoritários) residentes num terceiro Estado. Esta condicionante cria um ambiente perfeito para abuso de acordo com os principais acionistas pois só precisam persuadir um número adequado de acionistas minoritários a adquirir ações de uma empresa/outra entidade de capital aberto através de uma oferta pública de aquisição<sup>254</sup>. Até agora, tais esquemas de abuso de tratados fiscais não têm sido normalmente utilizados pelos contribuintes, já que acarretam um custo operacional mais alto comparado a outros esquemas abusivos. Contudo, a implementação deste teste por um número crescente de Estados contratantes através do MLI pode muito bem mudar essa tendência. É por isso que o teste pode ter um impacto adverso na finalidade da regra LOB: em vez de impedir o *treaty shopping*, pode estimular sua proliferação entre sociedades de capital aberto ou outras entidades, até porque essas sociedades pertencem a multinacionais mais lucrativas e têm a capacidade financeira e o engenho para executar esses esquemas de abuso de tratados fiscais<sup>255</sup>.

Em segundo lugar, as bolsas de valores não exigem a presença física de uma empresa ou outra entidade para serem negociadas publicamente. A negociação pública está a tornar-se uma plataforma totalmente digital, o que significa que uma empresa pode ser negociada publicamente sem qualquer substância económica. Isso também significa que o nexos estabelecido em conformidade com a exigência de que as ações da empresa não só devem ser registadas num mercado de valores reconhecido, mas também regularmente negociadas nesse mercado de valores, é de facto um elo ilusório entre o mercado de valores reconhecido e o território de Estado da sua localização. Tudo isso contradiz a Doutrina da substância económica e o Princípio da Reciprocidade, embora as soluções anti abuso devam respeitá-las totalmente<sup>256</sup>.

O terceiro ponto prende-se com o facto de que o *treaty shopping* é uma opção viável apenas para empresas capazes de gerar grandes lucros, porque o estabelecimento e a

---

<sup>254</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, Intertax, Vol. 48, p.79.

<sup>255</sup> BORREGO, F. A. VEGA, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, (The Hague: Kluwer Law International 2006), p. 98.

<sup>256</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, Intertax, Vol. 48, p.76

exploração de condutas são eficientes apenas se a receita canalizada através delas for substancial. Por conseguinte, beneficia os contribuintes com os recursos para evitar impostos desta forma, tais como as empresas multinacionais que são negociadas publicamente, ao mesmo tempo que prejudicam aqueles que não dispõem desses recursos, tais como empresas e outras entidades que não são negociadas publicamente. De facto, a maioria das sociedades e outras entidades, globalmente falando, não são negociadas publicamente e, provavelmente, acumulam menos lucro do que aquelas que são negociadas publicamente<sup>257</sup>. Por esta razão, a maioria das empresas e outras entidades terão que passar por um teste mais complicado da regra LOB do que o teste da bolsa de valores, enquanto a minoria com maior potencial financeiro e administrativo beneficiará do teste da bolsa de valores, o que pode resultar numa discriminação injustificável a favor do poderio monetário<sup>258</sup>.

Consequentemente, a menos que os dados empíricos permitam concluir de outra forma, seria aconselhável excluir o teste da bolsa de valores da regra LOB do MLI. Ainda não existem dados empíricos e, portanto, não há uma razão convincente para incluir este teste sob a regra LOB do MLI, pelo menos enquanto não for reformulado de forma a ser mais justo e equitativo<sup>259</sup>.

O Teste da Propriedade (*Ownership Test*) requer que as ações representativas de 50% dos votos agregados e o valor da entidade seja detido por residentes do Estado de residência da empresa, assim como esses residentes sejam considerados pessoas qualificadas de acordo com o tratado fiscal bilateral aplicável<sup>260</sup>. No caso de propriedade intermediária, é necessário que cada um dos proprietários intermediários seja residente do mesmo Estado que a empresa testada<sup>261</sup>.

O teste da propriedade estende os benefícios da convenção abrangida às entidades controladas, detidas e criadas para benefício de indivíduos, pessoas coletivas públicas, fundos de pensões e entidades gestoras de fundos de pensões, organizações sem fins lucrativos reconhecidas e ainda as sociedades que cumprirem com o “*stock exchange test*” abordado *supra* (beneficiários equivalentes). Este critério da propriedade avalia-se em relação ao limiar de

---

<sup>257</sup> BORREGO, F. A. VEGA, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, (The Hague: Kluwer Law International 2006), p. 98.

<sup>258</sup> KERÉKES, Barnabás Márk, *Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 160.

<sup>259</sup> KUŹNIAKCI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.76

<sup>260</sup> MARQUES, André Sant’ana, *Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping: As Cláusulas de Limitação de Benefícios*, AAFDL Editora, 2017, p. 106.

<sup>261</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 357.

50%, os beneficiários equivalentes devem deter, direta ou indiretamente, pelo menos metade do valor das ações ordinárias, metade do poder de voto, e, se as houver, metade das ações preferenciais<sup>262</sup>.

No que concerne a este teste, a norma refere que as participações sociais (ou interesses) podem ser detidas direta ou indiretamente, sendo que os proprietários indiretos devem ser residentes desse Estado contratante mostra que os requisitos deste teste de propriedade são de natureza qualitativa, quantitativa e temporal. O centro de gravidade está evidentemente na propriedade local do contribuinte, porque os proprietários devem ser residentes do mesmo Estado contratante que o contribuinte e, no caso de propriedade indireta, cada um dos intermediários também deve ser um residente desse Estado contratante também. No entanto, o limite de 50% de propriedade não está limitado ao número de proprietários. Os acionistas minoritários também se qualificam<sup>263</sup>.

Como o grau de propriedade de um contribuinte pode variar ao longo de um período de doze meses, o teste só precisa ser satisfeito durante 183 dias (6 meses), ou seja metade, do período de 365 dias (1 ano). Uma vez satisfeita, garante o acesso aos benefícios do tratado durante todo o período de doze meses (geralmente um ano tributável do contribuinte, conforme determinado pela legislação fiscal do Estado de residência). Nesse sentido, o requisito do limite de propriedade pode cair temporariamente abaixo de 50% sem afetar o resultado do teste se o requisito de limite for atendido em pelo menos metade dos dias de um período de doze meses. O teste de propriedade abrange todos os tipos de ações de empresas e juros comparáveis a ações no caso de outras pessoas jurídicas. A esse respeito, a OCDE está claramente preocupada com os *trusts*, já que interesses benéficos num *trust* são especificamente mencionados na proposta de regra de LOB detalhada do Relatório da Ação 6 do Plano de Ação BEPS como um exemplo típico de interesses comparáveis às ações<sup>264</sup>. Esta abordagem restritiva aos *trusts* é positiva, porque os rendimentos e o capitais derivados e acumulados por *trusts* são, em muitos casos, tributáveis em termos muito favoráveis e, portanto, suscetíveis a esquemas internacionais de abuso fiscal<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 357.

<sup>263</sup> BORREGO, F. A. Vega, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, (The Hague: Kluwer Law International 2006), p. 148.

<sup>264</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. p. 30.

<sup>265</sup> MERKEL, S., *Advanced Estate Planning: Using Trusts*, Investopedia, <http://www.investopedia.com/university/estate-planning-guide/estateplanning5.asp> (accessed 12 July 2017).

O nexu legal de propriedade local parece garantir que os verdadeiros beneficiários económicos de uma transação ou condução sejam os residentes dos Estados contratantes. À primeira vista, isso parece garantir o respeito pelo Princípio da Reciprocidade e, portanto, ser considerado como a ferramenta certa para evitar comportamentos abusivos por parte dos contribuintes. No entanto, o teste de propriedade incluído no MLI tem falhas, diminuindo significativamente a eficácia da regra LOB.

A primeira regra decorre do facto de que o limite de 50% se refere a uma percentagem nominal de todos os tipos de ações. Essas ações, ao contrário de uma principal classe de ações, não estão restritas a ações representativas do poder de voto, valor ou participação nos lucros de uma empresa, mas podem funcionar como ações preferenciais de acordo com a lei interna do Estado contratante que aplica o tratado fiscal<sup>266</sup>. As ações preferenciais podem conceder ao seu detentor o direito a uma participação nos lucros da empresa muito superior à sua percentagem nominal. Excluir tais configurações da regra LOB diminui significativamente a sua eficácia, porque os residentes de Estados terceiros que controlam definitivamente uma empresa canalizadora de rendimentos e participam nos seus lucros até 100% podem contornar o teste de propriedade com relativa facilidade ao deter ações preferenciais nessa empresa<sup>267</sup>.

Além disso, o limite de propriedade não é acompanhado de um teste de limite de erosão de base que é atendido se menos de 50% do rendimento bruto do contribuinte for pago ou acumulado, direta ou indiretamente, a pessoas que não sejam pessoas qualificadas segundo o MLI, sob a forma de pagamentos dedutíveis ao abrigo da legislação fiscal interna do Estado de residência do contribuinte, o que ignora o facto de que os detentores de ações não patrimoniais podem influenciar o poder decisório da empresa em medida igual ou maior à dos proprietários diretos de ações patrimoniais<sup>268</sup>.

Certamente, a versão atual do teste de propriedade incluído no MLI dificilmente se configura como uma maneira apropriada de combater a erosão de base e o abuso de tratados fiscais. A solução poderia ser modificá-lo de acordo com uma versão detalhada da regra de LOB no Relatório da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Desse modo, restringir-se-ia o limite de propriedade quando representam pelo menos 50% de ações ou outros interesses que

---

<sup>266</sup> OCDE, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 87.

<sup>267</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48,, p.78.

<sup>268</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part I*, Intertax, Vol. 48, p.78

equivalassem efetivamente ao limite mínimo de 50% do valor agregado de voto das ações ou outros interesses do contribuinte. Essa mudança retificaria a facilidade com que os contribuintes podem contornar o limite de propriedade, mantendo ações preferenciais numa empresa ou outra entidade<sup>269</sup>. Embora esta solução exija a incorporação de um elemento da versão detalhada da regra LOB, que foi rejeitada pelo MLI por falta de concordância bilateral substancial, neste estudo colhe-se o entendimento de que tal abordagem parece inevitável para garantir a eficácia básica da regra LOB do MLI<sup>270</sup>.

O Teste da Atividade Empresarial (*Active Conduct of a Business Provision*) estipula que um residente de um Estado contratante terá direito a benefícios do tratado no que respeita a um rendimento derivado do outro Estado contratante se o residente estiver envolvido na condução ativa de um negócio no seu Estado de residência e o rendimento derivado do outro Estado contratante é conexo a esse negócio<sup>271</sup>. Além disso, se um residente de um Estado contratante obtém um rendimento através de uma atividade empresarial que realiza no outro Estado contratante ou um rendimento proveniente do outro Estado contratante por intermédio de uma empresa associada, as condições acima mencionadas serão consideradas satisfeitas relativamente a tal rendimento apenas se a atividade empresarial exercida por esse contribuinte no seu Estado de residência for substancial em relação à atividade empresarial no outro Estado contratante<sup>272</sup>.

O teste é englobado pela hipótese de que a norma LOB, devido à sua objetividade, pode afetar negócios genuínos e que, portanto, deve ser dada alguma margem de manobra, esta é a visão globalizada da Doutrina<sup>273</sup>. Consequentemente, esta regra confere acesso aos benefícios do tratado para entidades que não sejam consideradas pessoas qualificadas, mas que exerçam atividades genuínas. Em contraste com os testes discutidos anteriormente, este teste não confere todos os benefícios do tratado, apenas aqueles que se aplicam a rendimentos específicos relacionados à atividade empresarial<sup>274</sup>. Essa abordagem rendimento a rendimento

---

<sup>269</sup> JIANG, Qunfang, "Treaty Shopping and Limitations on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project", *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 146.

<sup>270</sup> KUŽNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, *Intertax*, Vol. 48, p.78

<sup>271</sup> MARQUES, André Sant'ana, *Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping: As Cláusulas de Limitação de Benefícios*, AAFDL Editora, 2017, p. 110.

<sup>272</sup> OCDE, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 36-37.

<sup>273</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 359.

<sup>274</sup> KUŽNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, *Intertax*, Vol. 48, p.118.

pode tornar-se numa muito precisa ferramenta na prevenção de práticas abusivas de tratados, nem muito ampla nem muito estreita<sup>275</sup>. O teste chama a atenção para a relação funcional entre as atividades comerciais e industriais conduzidas pelos contribuintes no seu Estado de residência e os rendimentos recebidos pelos contribuintes relativos às operações comerciais que são beneficiadas pelo tratado<sup>276</sup>. A existência dessa relação é tomada como evidência de que o contribuinte não está meramente a funcionar como um canal para o rendimento que poderia normalmente ter sido obtido noutro lugar.<sup>277</sup> Nesse sentido, este teste é baseado nos conceitos de substância económica e objetivo dos negócios e visa excluir do desígnio das práticas abusivas todos os esquemas usados pelos contribuintes com um grau suficiente de substância económica e finalidade comercial<sup>278</sup>.

Como as empresas canalizadoras de rendimentos são tipicamente usadas para esse fim e carecem ou têm apenas uma substância económica mínima em termos comerciais, o teste do negócio ativo aparentemente parece funcionar. No entanto, isso não parece verificar-se após uma análise detalhada da norma do MLI.

O primeiro subtteste “*The Active Conduct of a Business*” assenta no conceito de “*atividade empresarial de uma sociedade*”. Como conceito fundamental, deve ser definido de forma clara e exaustiva, mas não é. O termo “*atividade empresarial*” não está definido e, segundo os equivalentes do artigo 3.º, n.º 2 do Modelo OCDE deve ter o significado que lhe é dado de acordo com a lei interna do Estado contratante.<sup>279</sup> Essa afirmação levanta vários problemas, porque grande parte da Doutrina e da Jurisprudência atualmente recomendam interpretar o termo negócio ou atividade empresarial autonomamente, usando a lei interna apenas como suplementar para confirmar o significado autónomo. As principais razões para não interpretar uma definição de negócio de acordo com o Direito interno, parcial ou totalmente, prendem-se com o facto do conceito se encontrar ausente nas leis internas de muitos Estados e, nas legislações internas onde consta, a sua definição pode variar significativamente.

---

<sup>275</sup> LUKJANENKO, Larissa Polesi, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 209.

<sup>276</sup> Artigo 7 (10) MLI.

<sup>277</sup> OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p. 27.

<sup>278</sup> KUŻNIAK, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.118

<sup>279</sup> LUKJANENKO, Larissa Polesi, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 209.



Parcialmente, a OCDE decidiu definir o termo "*atividade empresarial*" no *Explanatory Statement*, onde afirma que "*uma entidade em geral será considerada estar envolvida na condução ativa de uma atividade empresarial somente se as pessoas através das quais a entidade agir (como diretores ou funcionários de uma empresa) conduzirem atividades substanciais de gestão e operacionais*"<sup>280</sup>. Além disso, o artigo 7.º, n.º 10, alínea a), do MLI exclui várias atividades e combinações destas: operar como *holding*, fornecer supervisão geral ou administração de um grupo de empresas, fornecer financiamento de grupo (incluindo *cash pooling*), fazer ou administrar investimentos, a menos que essas atividades sejam exercidas por um banco, seguradora ou revendedora de títulos registrados no curso normal dos seus negócios<sup>281</sup>.

Uma delimitação conceptual negativa para o conceito de atividade empresarial de uma empresa, de acordo com o Artigo 7.º n.º 10, a) do MLI e o Comentário ao Artigo 7.º, n.º 10 do MLI indica o que claramente não constitui uma atividade empresarial<sup>282</sup>. Neste sentido, a atividade de uma administração, sede ou sociedade gestora não se enquadra no âmbito da expressão "*atividade empresarial*", embora tal atividade possa constituir atividade empresarial nos termos da lei fiscal interna do Estado que aplica o teste de negócios ativo. Assim, este conceito parece, em certos aspetos, ter um significado autónomo, pelo menos parcialmente<sup>283</sup>.

A definição parcialmente autónoma do termo atividade empresarial corresponde, em grande parte, à definição autónoma do termo "*negócio*", conforme fornecido pela Doutrina após uma análise profunda das disposições relevantes da Convenção Modelo da OCDE e Jurisprudência relevante, ou seja, toda atividade geradora de receita independente, além do comportamento meramente passivo que depende do recebimento do rendimento da propriedade ou da gestão de ativos. Consequentemente, este conceito parece efetivamente fundir-se com o significado autónomo do termo negócio<sup>284</sup>. Isso deixa uma margem muito pequena para definir o termo de acordo com a lei interna de um Estado que aplica o teste da atividade empresarial, embora o *Explanatory Statement* incentive explicitamente os Estados a interpretar a expressão

---

<sup>280</sup> OECD, "Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting", p. 28.

<sup>281</sup> JIANG, Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD base Erosion and Profit Shifting Project*, Bulletin for International taxation, 2015, p. 146.

<sup>282</sup> KUŹNIAKCI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.118

<sup>283</sup> KUŹNIAKCI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.118

<sup>284</sup> LUKJANENKO, Larissa Polesi, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 209.

“*atividade empresarial*” de acordo com as suas próprias leis. E esta não é a última das inconsistências, de acordo com a regra de atribuição, as atividades conduzidas por entidades ou pessoas ligadas ao contribuinte são atribuídas ao contribuinte. Considera-se, portanto, que uma empresa detentora de ações nas subsidiárias conduz uma atividade empresarial se uma ou todas as suas subsidiárias realizarem tais atividades comerciais – uma *holding* pura encontra-se portanto excluída do conceito de atividade empresarial<sup>285</sup>.

Em suma, por uma questão de clareza e segurança jurídica, seria aconselhável incluir no artigo 7.º do MLI uma definição mais precisa do conceito de atividade empresarial<sup>286</sup>.

O segundo subteste “*Income Emanating from or Being Incidental to the Taxpayer’s Active Conduct of Business in a State of Residence*”<sup>287</sup> reforça a abordagem rendimento por rendimento e por isso requer a identificação do negócio através do qual um rendimento é obtido. Nesses casos, cada um dos rendimentos provenientes ou que sejam inerentes a um negócio realizado no Estado de residência deve ser isolado daqueles que não sejam inerentes a esse negócio<sup>288</sup>. Um rendimento advém da conduta comercial de uma empresa se a atividade produtora de rendimento no Estado da fonte for uma linha de negócios que faz parte ou é complementar ao negócio conduzido no Estado de residência pela empresa que recebe esse rendimento<sup>289</sup>.

A última categoria de um rendimento ao qual pode ser concedido um benefício de um tratado tributário é o rendimento que é incidental à conduta ativa dos negócios da empresa. A esse respeito, o *Explanatory Statement* refere que um rendimento derivado do Estado fonte é incidental para os negócios realizados no Estado de residência se o rendimento resultar da condução do negócio prosseguido no Estado de residência<sup>290</sup>.

A regra de atribuição significa que as atividades conduzidas por entidades ou pessoas conectadas a um contribuinte contam como praticantes da atividade do contribuinte que recebe o rendimento através dessas pessoas ou entidades conectadas. Essa regra é importante para

---

<sup>285</sup> JIANG, Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD base Erosion and Profit Shifting Project*, Bulletin for International taxation, 2015, p. 146.

<sup>286</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.123.

<sup>287</sup> LUKJANENKO, Larissa Polesi, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 215.

<sup>288</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.123.

<sup>289</sup> OCDE, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p. 28.

<sup>290</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.125.

determinar se um rendimento deriva ou é incidental à conduta empresarial ou negocial do contribuinte<sup>291</sup>. De acordo com a regra de atribuição, os conceitos de atividades paralelas ou complementares permitem supor que o negócio de um contribuinte em determinadas situações pode constituir o negócio de outro. No entanto, tais atividades podem não gerar objetivamente o rendimento que advém ou é incidental à atividade empresarial do contribuinte, pode dar-se o caso se as atividades fizerem parte da mesma cadeia de valor e forem mediadas, por exemplo, através de uma conexão de atividades a montante ou a jusante entre o contribuinte que obtém o rendimento e outros contribuintes que pagam esse rendimento ao primeiro contribuinte<sup>292</sup>. Seria, portanto, aconselhável limitar o escopo do conceito de rendimento proveniente da atividade empresarial de uma pessoa coletiva para conexões a montante e a jusante com outros contribuintes (as pessoas conectadas). Se isso não for feito, o objetivo do teste de negócios ativo e toda a regra de LOB estarão em risco<sup>293</sup>.

O terceiro subtteste "*Income Emanating from or Being Incidental to the Taxpayer's Active Conduct of Business in a State of Source or Income Derived from a Connected Person*" consiste num requisito adicional que deve ser cumprido nas duas situações seguintes: o contribuinte exerce uma atividade empresarial no Estado onde não é residente, e de tal atividade o contribuinte recebe rendimentos, ou esse contribuinte recebe um rendimento do outro Estado através de uma "*pessoa ou entidade conectada*"<sup>294</sup>. Em qualquer situação, não é suficiente passar o primeiro e o segundo subttestes para obter benefícios do tratado em relação aos rendimentos recebidos pelo contribuinte. Para o efeito, a atividade empresarial exercida pelo sujeito passivo no Estado de residência deve estar ligada substancialmente à mesma atividade ou atividade empresarial complementar exercida pelo contribuinte ou pelo seu representante no outro Estado. Assim, o terceiro subtteste é um teste comparativo clássico no qual os seguintes parâmetros comparativos devem ser levados em conta: o tamanho dos negócios em cada Estado contratante, a natureza das atividades desempenhadas em cada Estado contratante e as

---

<sup>291</sup> LUKJANENKO, Larissa Polesi, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 220.

<sup>292</sup> KUŹNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.125.

<sup>293</sup> TAVARES, R. J. S., *The 'Active Trade or Business' Exception of the Limitation on Benefits Clause, in Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, p. 133.

<sup>294</sup> LUKJANENKO, Larissa Polesi, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 220.

contribuições relativas feitas nesse Estado contratante<sup>295</sup>. O *Explanatory Statement* explica ainda que, geralmente, em cada determinação ou comparação, deve-se dar a devida atenção ao tamanho relativo das economias e dos mercados nos dois Estados contratantes<sup>296</sup>.

À primeira vista, este teste parece concentrar-se apenas em possíveis atividades abusivas e não prejudica as atividades não abusivas, na medida em que deve impedir o residente de um terceiro Estado de obter benefícios do tratado constituindo uma empresa num Estado contratante e atribuindo atividades comerciais insignificantes a essa empresa. No entanto, efetuando uma análise mais aprofundada, a abordagem da OCDE parece excessivamente generosa, isto porque, exige que uma atividade no Estado de residência seja substancial em comparação com a mesma atividade ou atividade complementar no Estado da fonte. A comparação sugerida pela OCDE no âmbito do Relatório da Ação 6 é indireta, uma vez que leva em conta a atividade conduzida e a dimensão do mercado de cada Estado contratante em separado<sup>297</sup>. Uma comparação direta, por sua vez, exigiria que levasse em consideração a atividade empresarial no Estado de residência em relação à atividade empresarial no Estado da fonte. A substancialidade como medida comparativa é demasiado vaga a ponto de ser não apenas inadequada para prevenir práticas abusivas convencionais, mas também pode potenciar situações em que uma empresa envolvida na condução ativa de um determinado negócio é adquirida por uma empresa não relacionada. Como resultado de tal fusão, a empresa adquirida não pode mais ser considerada como praticante de uma atividade substancial em relação à atividade exercida no Estado da fonte por aquela sociedade ou pela pessoa conectada. Para corrigir essa anomalia, a comparação de substancialidade poderia ser explicada com mais precisão do que a atual na explicação sobre a regra LOB do MLI. Em relação aos tratados fiscais com os Estados que integram a União Europeia (UE), uma definição de atividade empresarial poderia ser substituída pela definição de atividade empresarial genuína, conforme entendido no Direito da União Europeia<sup>298</sup>. Finalmente, pode considerar-se a aplicação do teste ativo de negócios juntamente com o teste de erosão da base, no entanto seria ineficiente aplicar o teste de erosão da base, bem como evitar práticas abusivas de tratados, pois é pouco provável que

---

<sup>295</sup> KUŹNIAKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.126.

<sup>296</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.54.

<sup>297</sup> TAVARES, J. S., *The 'Active Trade or Business' Exception of the Limitation on Benefits Clause, in Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, p. 133 e 165.

<sup>298</sup> BAKER, P., *The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse*, Brit. Tax Rev., 2015, p.412–413.

uma entidade com umnexo económico suficiente (substância económica e finalidade comercial não fiscal) com o seu Estado de residência seja utilizada para fins abusivos<sup>299</sup>.

O Artigo 7.º (11) do MLI inclui o Teste dos Benefícios Derivados (*Derivate Benefits Test*). Esse teste, semelhante ao teste da atividade empresarial, dá aos contribuintes que não são qualificados acesso aos benefícios do tratado em relação a tipos específicos de rendimentos.<sup>300</sup>

O mecanismo do teste de benefícios derivados baseia-se num conceito mais amplo (pelo menos 75% de propriedade) do teste de propriedade (pelo menos 50%)<sup>301</sup>. Se, pelo menos metade dos dias de qualquer período de doze meses, os beneficiários equivalentes detiverem, direta ou indiretamente, pelo menos 75% dos interesses do contribuinte, o benefício do tratado aplicável a um rendimento obtido pelo contribuinte será concedido. O limite de propriedade de 75% não se limita ao número de proprietários, o que significa que os acionistas minoritários também se qualificam. Em contraste com o teste de propriedade, isso não parece prejudicar as medidas anti abuso já que o limite de 75% se refere aos interesses (tipicamente a participação nos lucros), enquanto o teste de propriedade nos termos do Artigo 7 (9) e) do MLI refere-se a todos os tipos de ações (incluindo ações preferenciais)<sup>302</sup>. Além disso, o limite deste teste aplica-se apenas aos residentes de terceiros Estados que são beneficiários equivalentes, enquanto o limite do teste da propriedade de 50% se aplica a todos os residentes de terceiros Estados<sup>303</sup>.

O teste dos benefícios derivados confere direito aos beneficiários que se configurarem como elegíveis para benefícios equivalentes ou mais favoráveis ao abrigo de um tratado fiscal paralelo entre o Estado da fonte e o terceiro Estado<sup>304</sup>. CAMAYO considera que “*este teste de benefícios derivados dá direito a certas empresas que são residentes de um Estado contratante de obter benefícios se o proprietário da empresa tivesse direito ao mesmo benefício e se o rendimento em questão fluiu diretamente para esse proprietário. Para se qualificar de acordo*

---

<sup>299</sup> KUŹNIAKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.126.

<sup>300</sup> Artigo 7 (11) MLI.

<sup>301</sup> MARQUES, André Santána, *Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping: As Cláusulas de Limitação de Benefícios*, AAFDL Editora, 2017, p. 122.

<sup>302</sup> KUŹNIAKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.130.

<sup>303</sup> CAMAYO, Manuel Augusto Carrión, *Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 233.

<sup>304</sup> JIANG, Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*, Bulletin for International taxation, 2015, p. 148.

*com este teste, a empresa deve atender a um teste de propriedade e um teste de erosão de base*”<sup>305</sup>.

Um beneficiário equivalente é um residente de um terceiro Estado que “*teria direito a benefícios do tratado de acordo com o artigo da LOB no tratado tributário entre esse terceiro Estado e o Estado em relação ao qual os benefícios do tratado fiscal pertinente estão a ser reivindicados e, se não houver nenhum artigo da LOB nesse tratado, o residente deve satisfazer o artigo da LOB no tratado fiscal em relação ao qual os benefícios estão a ser reivindicados, e com respeito a dividendos, juros e royalties, o rendimento em causa é, de acordo com o tratado fiscal entre o terceiro Estado e o Estado em relação ao qual os benefícios do tratado tributário são reivindicados, sujeito a uma taxa de imposto que é pelo menos tão baixa quanto a taxa para tal rendimento ao abrigo do tratado fiscal relevante*”<sup>306</sup>.

Esta regra é baseada na assunção de que quando os mesmos benefícios de um tratado podem ser alcançados através de outro Estado, não devem ser considerados *treaty shopping*. Alguma Doutrina alega que esta norma foi introduzida para mitigar a anormalidade da regra LOB<sup>307</sup>. A OCDE acredita que o abuso de tratados não existe se o contribuinte decidir pagar o rendimento diretamente ao destinatário final, e esses beneficiários teriam direito aos mesmos benefícios do tratado em causa. O teste de benefícios derivados requer um certo nível de propriedade detida pelos beneficiários equivalentes. Em consonância com este teste, uma empresa residente num Estado contratante tem direito a benefícios do tratado se pelo menos 95% do poder de voto e do valor agregado de suas ações forem direta ou indiretamente detidos por sete ou menos beneficiários equivalentes (teste de propriedade) e menos de 50% da receita bruta da empresa, conforme determinado no Estado de residência da empresa, é pago a pessoas ou entidades que não sejam residentes qualificados na forma de pagamentos dedutíveis (teste de erosão da base).

Este teste pode ainda pode aumentar o risco de práticas abusivas de tratados em relação a 25% dos residentes de terceiros Estados que não são beneficiários equivalentes. Pode reduzir-se significativamente esse risco aumentando o limite de 75% até 95%, conforme proposto pela regra LOB detalhada no Relatório da Ação 6 ou na regra LOB no Modelo US 2016. No

---

<sup>305</sup> CAMAYO. Manuel Augusto Carrión, *Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 234.

<sup>306</sup> KUŽNIACKI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.130.

<sup>307</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 358.

entanto, exigir que pelo menos 95% dos direitos ou participações efetivas sejam propriedade de beneficiários equivalentes restringiria demais o escopo deste teste. Seria melhor adicionar o teste de erosão de base, semelhante à adição do teste de erosão de base proposto em relação ao teste de propriedade. Aqui, não mais do que 50% da receita bruta da entidade poderia ser repassada na forma de pagamentos dedutíveis a pessoas que não são beneficiárias equivalentes<sup>308</sup>.

O último recurso para os contribuintes obterem benefícios do tratado está incluído no Artigo 7.º (12) do MLI e é a atribuição discricionária de benefícios, “*the discretionary relief clause*”. De acordo com essa disposição, as autoridades fiscais podem conceder benefícios aos contribuintes, mesmo se os contribuintes não atenderem aos critérios dos testes objetivos da regra LOB do MLI. Este porto seguro é importante porque os testes objetivos da regra LOB do MLI aplicam-se de forma bastante mecânica e, dada a crescente complexidade e diversidade das relações comerciais internacionais, podem conduzir a que situações não abusivas sejam consideradas como tal ao abrigo destes testes objetivos<sup>309</sup>. No entanto, o artigo 7.º (12) do MLI parece ser bastante ambíguo, e o poder discricionário das autoridades competentes parece ser tão amplo que a sua aplicação a favor dos contribuintes é tudo menos clara<sup>310</sup>, como já aludido *supra* no âmbito do poder discricionário do PPT.

De acordo com esta norma, um residente de um Estado contratante que não tenha passado em nenhum dos outros testes da LOB pode ver-lhe serem concedidos os benefícios do tratado bilateral se após fazer um pedido à autoridade competente, esta determinar que o esquema utilizado pelo contribuinte não tinha, naquele caso concreto, como principal objetivo a obtenção dos benefícios do tratado. Pode dizer-se que esta provisão é uma espécie de PPT invertido, garantindo os benefícios do tratado através de um teste do objetivo principal do negócio, construção ou transação<sup>311</sup>. A possibilidade da autoridade competente conceder o benefício apesar do sujeito passivo não se qualificar ao abrigo dos demais requisitos da cláusula de limitação de benefícios salvaguarda a aplicação injustificada dos testes objetivos. A autoridade

---

<sup>308</sup> KUŹNIAKCI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.130.

<sup>309</sup> CAMAYO, Manuel Augusto Carrión, *Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 238.

<sup>310</sup> KUŹNIAKCI, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.133.

<sup>311</sup> OCDE, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, ponto 43.

competente será a administração fiscal do Estado do qual se pretende obter o benefício – normalmente será o Estado da fonte e não o da residência<sup>312</sup>.

Este é um teste subjetivo, que atenua a elevada objetividade deste tipo de normas, é uma *safeguard* para os contribuintes<sup>313</sup>. Quando se trata da aplicação do critério discricionário, as autoridades fiscais têm um amplo escopo para determinar quando é razoável concluir, considerando todos os factos relevantes e circunstâncias, que a obtenção de benefícios fiscais não era um dos principais objetivos de qualquer transação ou construção, a fim de obter benefícios do tratado. No nosso entendimento, o poder discricionário dá a oportunidade de identificar, dada a demasiada objetividade da norma LOB, após uma análise séria, as estruturas legítimas que não cumpram os requisitos da LOB e que não têm o objetivo de contornar as disposições do tratado de maneira inadequada. Por outro lado, o facto de se conceder uma ampla margem de apreciação às autoridades competentes para determinar se um contribuinte age ou não de forma abusiva, pode tornar irrelevante a provisão da LOB, no sentido de que a redação falha em estabelecer critérios para as autoridades fiscais determinarem quando o teste deve ser aplicado sem haver necessidade de um pedido do contribuinte<sup>314</sup>.

A autoridade tributária responsável deve levar em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes tal como no PPT. Para obter benefícios do tratado que não tenham sido obtidos de acordo com os outros testes da regra LOB, os contribuintes devem solicitar à autoridade competente do Estado contratante que conceda os benefícios e demonstrar que a sua conduta respeitou o objeto e propósito do tratado. Sem esse pedido, a autoridade competente não é obrigada a aplicar o artigo 7.º, n.º 12, do MLI para a concessão de benefícios do tratado<sup>315</sup>. No entanto, quando recebe o pedido deve processá-lo rapidamente. Na prática, pode demorar um intervalo de tempo considerável para se chegar a uma decisão, pois a aplicação dos testes objetivos da regra LOB parece extraordinariamente complicada. Consequentemente, o pedido envolve normalmente situações muito complicadas na fronteira entre comportamentos apropriados e inapropriados de acordo com os tratados tributários. Essa análise exige tempo e recursos consideráveis dos Estados contratantes<sup>316</sup>.

---

<sup>312</sup> Artigo 7 (12) MLI.

<sup>313</sup> CAMAYO. Manuel Augusto Carrión, *Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 238.

<sup>314</sup> *US Model Tax Convention on Income: Technical Explanation. (1996)*, Models IBFD, p. 116-117

<sup>315</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 45.

<sup>316</sup> JIANG, Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*, Bulletin for International taxation, 2015, p. 139-148.



Uma característica óbvia da provisão de benefícios discricionários é que confere à autoridade competente amplo poder de decisão ao conceder ou negar benefícios do tratado. No caso mais amplo, a autoridade competente pode recusar totalmente os benefícios, um poder inerente à utilização do termo "*pode conceder*". O termo "*deve*", usado principalmente na provisão de benefícios discricionários no Relatório da Ação 6 é mais forte do que o termo "*pode*" adotado no Artigo 7.º (12) do MLI. O Relatório da Ação 6 confirma que, uma vez que tenha sido determinado que os contribuintes não procuraram obter benefícios do tratado como um dos seus propósitos principais, a autoridade competente é obrigada a conceder benefícios do tratado<sup>317</sup>. Dada a importância da redação em instrumentos jurídicos, a decisão de usar "*pode*" em vez de "*deve*" é provavelmente intencional, e a distinção linguística deve receber um significado<sup>318</sup>. Lendo literalmente, a autoridade competente que aplica a provisão de benefícios discricionários pode ou não conceder benefícios do tratado, mesmo quando os contribuintes agiram de forma correta e respeitaram os princípios e as normas inerentes aos tratados fiscais. Esta interpretação, no entanto, é inaceitável dada a finalidade da disposição, que é conceder benefícios do tratado na situação descrita e, portanto, deve ser rejeitada. Por uma questão de clareza, a palavra "*pode*" no Artigo 7.º (12) do MLI deve ser substituído por "*deve*"<sup>319</sup>.

O primeiro critério – se deve ou não conceder benefícios do tratado – insta a autoridade competente a levar em conta o objeto e a finalidade do tratado tributário. O objetivo de todo o tratado está, por sua vez, refletido no novo preâmbulo proposto pelo artigo 6.º (1) do MLI, que diz que a intenção do tratado tributário é: eliminar a dupla tributação com relação aos impostos abrangidos pelo tratado sem criar oportunidades de não tributação ou redução de impostos por meio de evasão fiscal<sup>320</sup>.

O segundo critério para conceder benefícios do tratado sob o Artigo 7.º (12) do MLI usa linguagem mais contundente para descrever quando os benefícios podem ser concedidos. Assim, a autoridade competente só pode conceder benefícios do tratado aos contribuintes se estes demonstrarem que nem o estabelecimento, aquisição ou manutenção da entidade em questão nem a condução das suas operações tiveram a aquisição de benefícios do tratado como

---

<sup>317</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 45.

<sup>318</sup> CAMAYO, Manuel Augusto Carrión, *Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 240.

<sup>319</sup> KUŹNIAK, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.138.

<sup>320</sup> KUŹNIAK, Błażej, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.138.

um dos seus principais objetivos<sup>321</sup>. O ónus da prova recai sobre os contribuintes. O Relatório da Ação 6 explica que os contribuintes devem convencer a autoridade competente de que havia motivos comerciais claros e não motivos fiscais para a formação, aquisição ou manutenção da entidade e para a transação efetuada no outro Estado contratante<sup>322</sup>. Fatores comerciais favoráveis devem estar presentes para estabelecer uma relação substancial entre os contribuintes e seu Estado de residência<sup>323</sup>. Para o exame do poder discricionário da autoridade competente os factos e circunstâncias relevantes incluem a história, estrutura, propriedade e operações dos contribuintes que fazem o pedido, se esses contribuintes são entidades já com um longo histórico temporal e foram recentemente adquiridas por não residentes por razões não fiscais, se os contribuintes exercem atividades empresariais substanciais, se o rendimento dos contribuintes para o qual os benefícios são solicitados está sujeito a dupla tributação e, finalmente, se o estabelecimento ou uso do rendimento dos contribuintes dá origem a não tributação ou redução de carga fiscal<sup>324</sup>.

Como os teste dos benefícios discricionários geralmente se aplica na encruzilhada entre ações abusivas e não abusivas, também é importante averiguar quão estreitamente os contribuintes falharam nos testes objetivos da regra LOB do MLI<sup>325</sup>. Perigoso para os contribuintes é o facto de que seria suficiente que pelo menos um dos principais objetivos fosse obter benefícios do tratado para não lhes serem atribuídos os benefícios em causa. É realista imaginar que qualquer empresário diligente envolvido em operações além-fronteiras considerara um dos seus principais objetivos ao projetar uma transação ou construção a otimização na imposição da tributação internacional, inclusive assegurando os benefícios dos tratados fiscais que lhe são aplicáveis. Dado que os impostos representam um dos mais importantes custos dos contribuintes, principalmente as pessoas coletivas, seria surpreendente encontrar uma estratégia empresarial que não leva em conta a carga fiscal na sua análise financeira. A esmagadora maioria dos contribuintes considera obviamente a carga fiscal nas suas operações comerciais e negociais. Portanto, é difícil imaginar muitas transações que justifiquem a concessão de benefícios do tratado de acordo com a provisão dos benefícios discricionários<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> Artigo 7 MLI.

<sup>322</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 44.

<sup>323</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 44–45.

<sup>324</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 46.

<sup>325</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 44–45.

<sup>326</sup> KUŹNIAK, BŁAŻEJ, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.138.

Em jeito mais conclusivo, os testes da regra LOB parecem conter imperfeições com relação à prevenção e ao combate do *treaty shopping*. Estes testes não são insuperáveis por sofisticadas estratégias de planeamento tributário. No entanto, tornar estes testes ainda mais restritivos pode afetar os negócios reais e sem intuitos abusivos dada a objetividade deste tipo de testes. Os testes de propriedade e erosão da base parecem estar no centro do problema do abuso de tratados, por um lado, o nexu jurídico da propriedade local pode assegurar o Princípio da Reciprocidade, restringindo os benefícios do tratado aos residentes dos Estados contratantes. Por outro lado, o limite de erosão de base para pagamentos dedutíveis por parte de uma empresa intermediária protege a erosão da base tributável para um Estado contratante. Tudo isso reduz as possibilidades de práticas abusivas que estão no cerne do fenómeno do *treaty shopping*. O papel dessas disposições, incluindo a regra LOB do MLI, é limitar as oportunidades de evitar o pagamento de impostos em áreas identificadas por um tratado fiscal, não eliminá-las completamente, o que seria simplesmente impossível, dado o ambiente de negócios em constante mudança e gestão financeira e administrativa quase ilimitada relativamente às capacidades das sociedades multinacionais. Por último, é normalmente aceite que as regras gerais anti abuso (GAAR) são necessárias para tratar situações de evasão fiscal nas quais as ações de um contribuinte são tomadas principalmente ou apenas para contornar as regras específicas de evasão fiscal<sup>327</sup>, daí a LOB simplificada só poder ser aplicada em conjunto com o PPT.

A LOB do MLI pode ser vista como uma solução ineficaz e discriminatória. Os recursos da regra LOB do MLI não incentivam os governos e as jurisdições a incluí-la nos seus tratados tributários, uma vez parece ser demasiado específica e técnica, enquanto o PPT parece ser uma solução muito atraente e preferível para os Estados, precisamente porque lhes confere uma discricionariedade bastante mais ampla na abordagem ao abuso de tratados<sup>328</sup>. A redação e estrutura poderiam ser muito mais precisa, simples e concreta, uma vez que, no nosso entendimento, a aplicação de critérios objetivos através de conceitos vagos e amplos gera um nível de incerteza jurídica considerável que faz pender a balança para a sua não utilização. Há

---

<sup>327</sup> BŁAŻEJ KUŹNIAK, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, Intertax, Vol. 48, p.78

<sup>328</sup> KUŹNIAK, BŁAŻEJ, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, p.137.

que ressaltar ainda que todas as regras específicas anti abuso podem ser superadas por sofisticadas estratégias de planeamento tributário.

#### 2.4 As Reservas e Opções das Partes do MLI relativamente ao Standard Mínimo Anti Abuso

O Artigo 28.º do MLI prevê que a lista de possíveis reservas à MLI seja fechada, limitada e que as reservas sejam especificamente mencionadas. Este esquema pretende manter o Plano de Ação BEPS apertado e coerente, e incentivar a padronização, e simultaneamente permitir flexibilidade para as partes noutros assuntos além dos padrões mínimos onde as opções são mais limitadas. Por essa mesma razão o MLI incorpora um esquema de reservas como um incentivo para os Estados aderirem ao MLI e adequarem-no à sua legislação tributária existente. Este esquema de reservas sugere fortemente que os países tomem decisões unilaterais de política tributária quando declaram as suas posições acerca do MLI, não podem fazer movimentos táticos usando reservas para promover interesses limitados em contextos bilaterais específicos. Por um lado, este esquema é compatível com o regime atual, constituído por tratados tributários bilaterais, mas, por outro, obviamente vai além do bilateralismo, exigindo decisões políticas simples e sistemáticas obrigadas pelos regimes multilaterais<sup>329</sup>.

Não obstante esta temática do abuso de tratados configurar-se como um padrão mínimo do BEPS, ou seja, de adoção obrigatória, o texto do MLI deixa uma margem às partes para optar por uma de duas formas de satisfazer esse mesmo padrão mínimo<sup>330</sup>. As CDT abrangidas que já possuam uma regra que limite a atribuição total ou parcial destes benefícios podem não incluir esta cláusula nas mesmas CDT.

A cláusula de compatibilidade, estabelece que a norma substantiva deve ser incluída “*no lugar ou na ausência de cláusulas similares de todas as CDT*”<sup>331</sup>.

Os tratados tributários são negociados e são largamente baseados em disposições de tratados modelo bem conhecidos (geralmente o Modelo da OCDE e o Modelo da ONU) e no Direito e Jurisprudência interna dos Estados. É por isso que a elaboração de um tratado tributário significa concentrar-se na escolha de opções bem conhecidas, em vez de projetar

---

<sup>329</sup> BRAUNER, Yariv, “MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been”, Intertax, vol. 46, 2018, p. 16.

<sup>330</sup> Artigo 7 MLI.

<sup>331</sup> Artigo 7 (2) MLI.

novas disposições. Por outro lado, um desenvolvimento sem precedentes, com nova redação, foi incluído no MLI para realizar a complexa tarefa de incorporar novas disposições a uma ampla variedade de tratados fiscais existentes. Além da complexidade do texto das novas disposições, que foram desenvolvidas durante o Plano de Ação BEPS, "*a elaboração dessa linguagem operacional é um exercício totalmente novo e inevitavelmente levantará questões técnicas que nunca foram vistas ou resolvidas antes*"<sup>332</sup>. O MLI não teve a oportunidade (como costuma acontecer num tratado tributário bilateral) de acordar mutuamente esclarecimentos de disposições, conceitos e abordagens através de protocolos ou trocar notas, mecanismos e instrumentos similares num esforço para chegar a um consenso. Como resultado, o processo de solução de problemas técnicos relacionados a esta nova redação será muito mais complicado.

A flexibilidade pretendida levou a que a regra PPT fosse exigida para garantir o padrão mínimo e a escolha de acolher a LOB simplificada em conjunto com o PPT pertence aos Estados contratantes.

Os Estados podem reservar o direito a que o PPT não se aplique com o fundamento de que tencionam adotar uma disposição pormenorizada de limitação de benefícios conjugada com disposições que regulem as estruturas de financiamento do tipo "*trampolim*" ou com uma disposição do tipo "*critério do principal objetivo*", respeitando assim a norma mínima que visa prevenir o uso abusivo das convenções adotada no âmbito do Plano de Ação BEPS da OCDE/G20<sup>333</sup>.

O PPT pode também não aplicar-se às CDT abrangidas que já contenham disposições que neguem todos os benefícios que de outra forma seriam concedidos, quando o objetivo principal ou um dos principais objetivos de qualquer transação ou construção é a obtenção desses benefícios.

Um Estado que escolher, de acordo com o parágrafo 6, aplicar a cláusula LOB simplificada poderá reservar-se ao direito para não a aplicar aos seus tratados fiscais para os quais, o outro Estado, não escolheu aplicar a cláusula LOB. Nesses casos, as Jurisdições Contratantes deverão procurar alcançar uma solução mutuamente satisfatória que atenda ao padrão mínimo de prevenção do abuso de tratados, nem que seja apenas a inclusão do PPT.

---

<sup>332</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>333</sup> Artigo 7 (15) MLI

É importante observar que os Estados são livres para adotar a disposição mais conveniente quando existem diferentes maneiras possíveis de atender ao padrão mínimo, por isso é realmente difícil alcançar um equilíbrio entre a flexibilidade relacionada à elaboração da política de tratados fiscais e as disposições relativas aos *standards* mínimos. Uma vez que o MLI foi assinado em 7 de junho de 2017, a sua aplicação depende em grande parte das escolhas e reservas feitas pelos Estados após a ratificação. Um tratado fiscal bilateral e os efeitos nele produzidos pelo MLI podem ser alterados em maior ou menor grau, dependendo das suas disposições existentes<sup>334</sup>.

Embora o desígnio do Instrumento Multilateral seja a sua aplicação assimétrica, muitas assimetrias imprevisíveis podem surgir na prática. A simetria implica que a aplicação de uma disposição por qualquer das partes da CDT levará ao mesmo resultado, enquanto a assimetria implica que a aplicação levará a resultados diferentes, dando poder discricionário aos Estados sobre como implementam a provisão.

O Artigo 7 do MLI é um bom exemplo de uma provisão assimétrica, uma vez que os Estados podem optar pela aplicação da regra PPT (se não possuírem nos tratados fiscais celebrados uma disposição semelhante), incluindo ou não uma cláusula LOB. Um Estado também poderá optar por aplicar as disposições contidas nos parágrafos 8 a 13 à sua CDT, fazendo a notificação devida<sup>335</sup>. A cláusula LOB aplica-se a uma CDT somente quando os dois Estados contratantes decidiram aplicá-la. Nos casos em que algumas, mas não a totalidade, das Jurisdições contratantes optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios, a disposição simplificada de limitação de benefícios aplica-se relativamente à concessão de benefícios ao abrigo da convenção fiscal abrangida por todas as Jurisdições contratantes, quando todas as Jurisdições contratantes que não optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios aceitem essa aplicação, ou somente pelas Jurisdições contratantes que optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios, quando todas as Jurisdições contratantes que não optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios aceitem essa aplicação.

Os Estados contratantes podem ainda não aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios às suas convenções fiscais abrangidas que já contenham disposições que limitem

---

<sup>334</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>335</sup> Artigo 17 c) MLI

a obtenção de benefícios do tratado ou que limitariam benefícios que não sejam benefícios ao abrigo das disposições da convenção fiscal abrangida relativos à residência, a empresas associadas, à não discriminação ou benefícios que não sejam limitados exclusivamente a residentes de uma Jurisdição contratante.

Levando em conta que o MLI será aplicado como uma nova camada de conteúdo a milhares de CDT na rede internacional de tratados tributários, é importante saber até que ponto isso alterará a atual redação dos tratados tributários<sup>336</sup>.

As reservas às disposições que refletem padrões mínimos são, portanto, mais restritas. Neste sentido, as reservas à regra PPT e à cláusula LOB do MLI em simultâneo apenas são permitidas em circunstâncias muito restritas. Para combater o abuso de tratados, as Jurisdições contratantes devem optar por limitar o número e os tipos de reservas às disposições do Instrumento Multilateral<sup>337</sup>.

Os Estados poderiam sentir-se tentados a escolher políticas fiscais diferentes para contrapartes diferentes, o que prejudicaria o objetivo do MLI.

A implementação do MLI evitará maiores distorções no campo fiscal internacional e, assim, previne a criação de novas disparidades, que poderiam ser usadas para práticas abusivas. Para melhorar ainda mais a implementação consistente das regras do MLI, as reservas devem afetar a toda a rede de tratados dos Estados contratantes em vez de serem formuladas tratado por tratado. Se uma implementação consistente fizer parte do objeto e propósito do MLI, este precisa de fornecer equilíbrio entre a amplitude da participação, a profundidade da participação no tratado e a integridade do tratado.

As reservas de tratado por tratado não parecem ser a solução correta, uma vez que podem ser efetuadas reservas parciais nos tratados onde já se encontram incluídas regras com o mesmo objetivo. Por outro lado, para os casos em que as reservas serão permitidas no texto do Instrumento Multilateral e exigir que essas reservas afetem toda a rede de tratados de um Estado contratante asseguraria um nível mínimo de coordenação e implementação consistente das novas regras fiscais internacionais.

---

<sup>336</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>337</sup> BATES, J. «*Limitation on Benefits Articles in Income Tax Treaties: The Current State of Play*», Intertax, 2013, p. 395

É importante destacar que a implementação rápida foi precisamente uma das razões pelas quais Instrumento Multilateral foi preferido no Relatório Final da Ação 15 do Plano de Ação BEPS em detrimento da alteração dos protocolos adicionais aos tratados fiscais existentes<sup>338</sup>.

As reservas podem aumentar a complexidade do processo de ratificação do Instrumento Multilateral e atrasar a sua entrada em vigor. A complexidade aumenta se os países terceiros forem autorizados a aderir ao instrumento após a entrada em vigor. Se este for o caso, provavelmente os parlamentos terão a necessidade de repetir o processo de ratificação parlamentar de cada vez que um Estado com quem possuem um tratado fiscal subjacente assina o Instrumento Multilateral, para que possam rever e aprovar as respetivas reservas. Entende-se que a implementação de reservas no Instrumento Multilateral deve afetar a totalidade do uma rede de tratados de Estados contratantes, pois os parlamentos saberão de antemão as consequências das possíveis reservas dos seus parceiros do tratado. Caso assim não fosse, tornar-se-ia extremamente difícil entender quais as posições dos Estados relativamente às normas do MLI, pois essas posições iriam alterar-se substancialmente entre os vários tratados bilaterais celebrados, e podendo, inclusivamente, ser diferentes consoante o parceiro do tratado bilateral.

No entanto, as reservas podem ser úteis para aumentar a amplitude e a profundidade da participação no MLI dada a flexibilidade que criam. Ainda assim, as reservas também excluem ou modificam o efeito legal das disposições do MLI<sup>339</sup>, e prejudicam a uniformidade e a consistência das normas constantes no texto do Instrumento Multilateral<sup>340</sup>.

É possível a defesa de que a solução mais apropriada contra as práticas do BEPS é a introdução de medidas coordenadas multilateralmente. BRAUNER assinalou que “*estabelecer um fórum para o imposto internacional e para a coordenação política é a conquista mais importante que a OCDE pode realizar aqui [em referência à Ação 15 do Plano de Ação BEPS]*”<sup>341</sup>. Embora no contexto do Instrumento Multilateral as reservas possam oferecer flexibilidade para aumentar a amplitude e a profundidade da participação no MLI, também podem limitar o escopo e o efeito legal das disposições do Instrumento Multilateral. Assim, as reservas podem comprometer a implementação de disposições consistentes em toda a rede de tratados

---

<sup>338</sup> BRAUNER, Yariv, “*MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*”, Intertax, vol. 46, 2018, p. 17.

<sup>339</sup> OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*,

<sup>340</sup> BRAVO, N., «*The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties*», World Tax Journal, IBFD, p. 280 e ss.

<sup>341</sup> BRAUNER, Yariv, “*MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*”, Intertax, vol. 46, 2018, p. 4.



bilaterais. A falha de certas partes na ratificação de algumas das disposições do Instrumento Multilateral pode até resultar em novas inconsistências entre os tratados fiscais bilaterais e, como tal, pode oferecer oportunidades aos contribuintes para projetar e implementar esquemas agressivos de planeamento tributário.

Idealmente, reservas só seriam permitidas em casos em que se pudesse determinar *a priori* que, se os Estados não ratificassem as provisões, isso não criaria novas oportunidades para práticas abusivas.

## 2.5 Aplicação conjunta LOB e PPT

As normas específicas e gerais anti abuso coexistem e são complementares. Uma condução ou transação que possa ser aprovada por uma norma específica pode ser travada pela norma geral se essa condução ou transação for contra o objeto e propósito do tratado bilateral<sup>342</sup>.

A razão da coexistência das duas normas deve-se ao facto das normas específicas alcançam apenas esquemas específicos de um determinado ponto de vista. As transações ou conduções que não forem cobertas pelas normas específicas serão pela norma geral. À primeira vista, parece alcançar todas as situações abusivas mas ao mesmo tempo pode causar imensa incerteza legal associada à ambiguidade das normas gerais. Equipar as autoridades competentes com estas ferramentas pode resultar numa tentativa de negar benefícios não abusivos. A Doutrina sugere que seja interpretado proporcionalmente para assegurar que os tratados fiscais alcançam o seu objetivo, que é encorajar o investimento transfronteiriço. Esta incerteza nas transações mina a utilidade da rede de tratados que os Estados passaram décadas a celebrar para crescer a economia internacional<sup>343</sup>.

A LOB é promovida como uma serie de testes objetivos, auto exequíveis na sua natureza, e é vista como provedora de certeza jurídica aos contribuintes que podem de antemão verificar se são elegíveis ou não dos benefícios do tratado. Contudo, nem todos os testes têm o mesmo nível de clareza e certeza. A norma da *qualified person* é o teste mais direto da LOB, as

---

<sup>342</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 363.

<sup>343</sup> JIANG, Qunfang, "Treaty Shopping and Limitations on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project", *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 141.

condições encontram-se espelhadas em termos claros, levando a um previsível resultado para o contribuinte a aplicar<sup>344</sup>. Similarmente, o teste dos benefícios discricionários fornece condições claras a ser seguidas. A questão do nível de certeza jurídica é mais importante nos dois testes remanescentes da LOB, que têm um nível baixo de automatismo de acordo com a sua natureza corretiva<sup>345</sup>. O teste *active conduct of a business* usa termos mais amplos<sup>346</sup>, que não são definidos na norma em si, mas sim num extensivo guia interpretativo dado no Relatório da Ação 6 do Plano de Ação BEPS<sup>347</sup>.

Considerando que o Relatório da Ação 6 do BEPS não se configura como uma parte do texto dos tratados bilaterais, mas apenas ajuda à interpretação das normas, essa interpretação é deixada para as autoridades que as aplicam (assim como acontece com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE), o que leva a níveis baixos de segurança jurídica<sup>348</sup>. Certamente, as autoridades podem estabelecer linhas orientadoras para a sua aplicação, clarificando o seu ponto de vista, mas isso é apenas uma possibilidade e não uma obrigação. Isto é ainda mais factual na regra do *discretionary relief*, como é evidência o seu título. Daqui se pode tirar a ideologia do Relatório da Ação 6 uma vez que propõe que as autoridades publiquem as linhas orientadoras para a aplicação desta norma<sup>349</sup>, o que pode aumentar o nível de previsão para os contribuintes, contudo como referido, é apenas uma sugestão.

O PPT introduz um critério subjetivo<sup>350</sup> baseado na determinação da intenção<sup>351</sup>. Não obstante, o Relatório da Ação 6 instrui as autoridades a “*realizar uma análise objetiva dos factos e circunstâncias, caso a caso*”<sup>352</sup>. Parece que se pode determinar a intenção apenas com base em fatores externos, objetivos, mas percebe-se que nunca é garantido que a intenção determinada dessa forma seja a intenção real do contribuinte<sup>353</sup>. Além disso, alguns vêm a determinação das intenções dos contribuintes como fúteis e o objetivo pretendido pode ser alcançado referindo-se ao objeto e propósito de uma regra, como uma ferramenta básica para a

---

<sup>344</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 25.

<sup>345</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 27.

<sup>346</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT, Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 361.

<sup>347</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 36-42.

<sup>348</sup> LANG, Michael, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, », Linde, Verlag GmbH, 2014. p.48.

<sup>349</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 46.

<sup>350</sup> Artigo 7 MLI.

<sup>351</sup> MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, 2014, p. 655

<sup>352</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 57.

<sup>353</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 362

interpretação de qualquer disposição legal<sup>354</sup>. Adicionalmente, atentando na razoabilidade, como é usualmente utilizada nos atos legais, poderá ser problemático no contexto da lei fiscal a referência a um contribuinte razoável para ajudar na aplicação das GAAR, pois se um contribuinte com um comportamento razoável está a procurar eficiência económica, procura oportunidades para minimizar a tributação<sup>355</sup>. Esse padrão não só pode ser ineficiente, mas também pode ser percebido como uma arma a favor da autoridade fiscal já que, na prática, fornecer evidências dos motivos que levaram à construção ou transação não será relevante<sup>356</sup>.

Embora o Relatório da Ação 6 forneça explicações sobre como diferenciar entre objetivo primário e objetivo secundário, estes não são suficientemente claros, nem há garantia de que a autoridade responsável os seguirá, o que dificulta atingir em quais situações o objetivo será ser definido como principal ou secundário<sup>357</sup>.

Existe a possibilidade das autoridades emitirem diretrizes extensas como uma ferramenta de ajuda para os contribuintes. Com base na prática existente em alguns Estados, o Relatório da Ação 6 também sugere que a aplicação do PPT pelas autoridades está sujeita a procedimentos adicionais de aprovação, com o objetivo de obter uniformidade na aplicação<sup>358</sup>. No entanto, isso continua apenas como uma recomendação e o nível de incerteza para os contribuintes continua extremamente alto, pois a imprecisão da regra e a amplitude do poder discricionário das autoridades torna quase impossível avaliar a probabilidade de existência de direito a benefícios do tratado.

A lei precisa ser clara e previsível, o que significa que as consequências de uma norma precisam de ser minimamente previsíveis para os sujeitos passivos<sup>359</sup>. No entanto, a discricionariedade é inerente à legislação tributária, relevante para a tomada de decisões, e não pode ser eliminada, ainda assim, deve no nosso entendimento procurar ser restringida ao estritamente necessário e não cada vez mais alargada.

É evidente que a regra LOB e o PPT têm as suas deficiências, no entanto, a LOB é uma regra restrita e estruturada, com certas cláusulas que são mais vagas, já que o seu papel é

---

<sup>354</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, 2014, p. 661.

<sup>355</sup> KOLUNDŽIJA, SLOBODANKA *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 363.

<sup>356</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, 2014, p. 658

<sup>357</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, 2014, p. 660.

<sup>358</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 64

<sup>359</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 365.

corrigir a formalidade das principais provisões e, portanto, como norma mais concreta, é razoável esperar que o seu efeito sobre a lei certamente seja menos problemático.

Por outro lado, ao fornecer amplo poder discricionário às autoridades com o PPT abre uma caixa de pandora de certeza jurídica<sup>360</sup>. A determinação da intenção dos contribuintes é vista como levando à aplicação arbitrária da regra, permitindo até mesmo que as autoridades recuem e tentem cobrir as estratégias de planeamento fiscal que não apreciam. Além disso, foi sugerido que a formulação do PPT dá um grande avanço às autoridades fiscais, o que pode não ser apropriadamente analisado perante os Tribunais nacionais, uma vez que a imprecisão da regra pode levar os Tribunais a decidir em benefício das autoridades nacionais.

A solução da OCDE para as questões de arbitrariedade do LOB e do PPT são explicações dadas nos Comentários da CMOCDE, no Relatório da Ação 6 e no *Explanatory Statement*, bem como potenciais orientações emitidas por autoridades nacionais. A questão mais importante com as diretrizes e procedimentos especiais é que estes não são definidos como um padrão para todos os países que introduzem as normas nos seus tratados, mas são apenas recomendações.

A aplicação do PPT poderia ser aumentada criando limites mais estritos para a sua aplicação. Uma possibilidade é alterar a redação da regra de modo que defina de forma mais concreta o conceito de objetivo principal de uma transação ou construção, o que eliminaria as questões relacionadas à diferenciação entre objetivo principal e secundário e tornaria menos conveniente para as autoridades simplesmente presumir o abuso ou, pelo menos mais equilíbrio na esfera do ónus da prova<sup>361</sup>. Uma solução possível seria também a introdução de um painel consultivo para a análise da aplicação do PPT, englobando preferencialmente um certo número de peritos independentes, não se circunscrevendo apenas aos representantes das autoridades<sup>362</sup>.

De acordo com a redação atual do artigo, o efeito da LOB sobre a lei e, conseqüentemente, sobre o equilíbrio entre as autoridades e os contribuintes, é mais aceitável em comparação com o PPT. No entanto, a reestruturação do PPT através da introdução de salvaguardas pode diminuir o seu efeito perturbador na legalidade<sup>363</sup>. No nosso entendimento, embora se considere

---

<sup>360</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 319.

<sup>361</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 363.

<sup>362</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, 2014, p. 656.

<sup>363</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 366.

que o equilíbrio é maior na relação entre o contribuinte e a autoridade competente na cláusula LOB, a solução passará pela alteração da norma geral anti abuso de modo a reequilibrar a igualdade na relação jurídica tributária.

Cada um dos tratados bilaterais representa uma fonte separada e independente de lei e deve ser interpretado como tal. Assim sendo, pode antecipar-se que soluções variadas serão adotadas em toda a rede mundial de tratados e, portanto, o efeito do LOB e PPT na interpretação de pré-BEPS e pós-BEPS deve ser examinado<sup>364</sup>.

Considerando que a regra LOB engloba principalmente condições mecânicas destinadas a casos específicos de abuso de tratados e que, como SAAR, não é adequado como uma fonte de princípios gerais, pode supor-se que seus efeitos sobre a interpretação do tratado são insignificantes. No entanto, é importante observar a posição da ONU de que a inclusão de uma SAAR num tratado pode enfraquecer a aplicação de GAAR ou Doutrinas referentes a outras formas de abusos do tratado *"a inclusão de uma SAAR num tratado fiscal pode enfraquecê-lo no caso de aplicação conjunta com uma GAAR ou outras normas e Doutrinas de combate ao abuso de tratados fiscais"*<sup>365</sup>. Portanto, o LOB pode afetar a interpretação dos tratados nos quais está incluído.

A questão do efeito na interpretação é mais premente no contexto do PPT. Ou seja, de acordo com o MLI, o PPT deve funcionar como um princípio fundamental para os Estados de modo a que os leve a adotar na sua legislação nacional medidas de combate à evasão fiscal, enquanto deve servir como uma confirmação para os Estados que já estão ativos no combate à evasão fiscal de acordo com a sua lei interna<sup>366</sup>.

No entanto, é discutível se tal entendimento será realmente seguido na prática. Entende-se que pelo menos alguma Doutrina concluirá que os princípios anti abuso não são inerentes aos tratados que não contêm o PPT. Isso significaria que tais princípios não podem ser invocados com êxito para qualquer tratado que não contenha o PPT (pré BEPS e pós BEPS com LOB). Por outro lado, também é reconhecido que o PPT pode ser aplicado além do seu escopo e até mesmo com efeito retroativo. Nomeadamente, uma vez que o PPT é promovido como uma

---

<sup>364</sup> CHAND, Vikram, "The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis", Intertax, Vol.48, 2018, p. 21.

<sup>365</sup> UN Model Commentary on Article 1, paragraph 33.

<sup>366</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 366.

formalização dos princípios existentes e é acompanhado por extensas explicações, percebe-se que o PPT pode ser usado como um padrão geral para interpretação dos tratados<sup>367</sup>.

O *minimum standard* encontra-se satisfeito apenas com a adoção do PPT, no entanto, nos termos da Ação 6 do Plano de Ação BEPS a LOB simplificada pode e deve ser cumulada com o PPT e assim ter como alvo esquemas específicos de *treaty shopping*, enquanto o PPT serve como uma proteção de salvaguarda, alcançando as estruturas abusivas que fogem ao escopo da LOB<sup>368</sup>.

Resulta claramente do texto do MLI que o PPT pode ser também aplicado para negar benefícios a contribuintes que preenchem os requisitos da LOB – como confirma a expressão “*não obstante as outras disposições desta Convenção*”. A atribuição de benefícios ao abrigo da LOB não impede o PPT de os negar, ou seja, o encargo para os contribuintes é extremamente alto.

Por mais que seja claro que o escopo da LOB é limitado até certo ponto devido à sua natureza de SAAR, é curioso ver a OCDE essencialmente a assinalar a sua própria regra como ineficaz, sujeita a controlo adicional por outra regra. As qualidades da LOB, principalmente a sua alegada aplicação objetiva e mecânica são erodidas pela inclusão de uma norma que controla o abuso de tratados fiscais como o PPT. Além do mais, a LOB protege um tratado limitando o seu escopo pessoal, o que significa que uma vez aplicada a LOB o contribuinte estará sujeito a variadas normas anti abuso específicas, que podem ser aplicadas para negar ou restringir benefícios dos tratados. Além do mais, de acordo com o *combined approach* existem na verdade três normas de proteção (Princípio Geral Anti Abuso, LOB e PPT) e a questão da necessidade do PPT é ainda mais aguda<sup>369</sup>.

Do outro lado, se tomarmos outra posição e considerarmos a já identificada complexidade e dificuldade subjacente à aplicação das LOB, e compará-la com o amplo poder discricionário da PPT, faz com que seja mais conveniente que a LOB se torne inutilizada. Além do mais, não obstante a análise seja feita ao *combined approach*, a conclusão é que a norma irá perder a sua importância legal<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.55.

<sup>368</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 366

<sup>369</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 24.

<sup>370</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 366

Certamente que as normas específicas, como quaisquer outras normas, podem potencialmente ser contornadas por planeamento fiscal sofisticado mas pode supor-se que ainda têm um propósito ou seriam eliminadas do MLI e das convenções bilaterais. Além do mais, o PPT pode ser aplicados para lidar com esquemas abusivos que não são abrangidos pelo âmbito das LOB e se alguma deficiência for notada podem ser feitas reformulações. Esta aplicação conjunta é necessária na opção pela inclusão da LOB simplificada.

Parece que a aplicação da LOB em concreto e das normas específicas anti abuso em geral, se aplicadas completamente e *leges artis* podem alcançar resultados mais desejáveis em termos de balança, mas também podem mais facilmente contornadas.

A LOB e o PPT, embora formuladas diferentemente, têm a mesma lógica subjacente, os tratados fiscais devem ser apenas disponíveis para pessoas que não agem contra o objeto e propósito do tratado entrando em esquemas com o objetivo de obter certos benefícios. A LOB, enquanto formulação estrita, dá maior clareza e certeza legais, sendo também excessivamente minuciosa, o que pode levar a dificuldades na aplicação. Adicionalmente, mesmo que a LOB seja provavelmente a mais compreensiva das normas específicas anti abuso, continua a ter as falhas das SAAR, que dado o seu escopo limitado, deixam uma certa margem para a fuga fiscal. Por outro lado, a PPT como GAAR é mais geral na sua natureza, sendo o seu âmbito muito mais amplo. No entanto, dá mais ferramentas para atacar o abuso, mas ao mesmo tempo, afeta significativamente a certeza e segurança jurídica e desequilibra a balança entre os contribuintes e as administrações. Além do mais, o PPT também traz um grande risco de influência da interpretação dos tratados, comparado com a LOB. A aplicação combinada, contendo as duas normas, traz defeitos das duas normas, e assim sendo as suas características positivas perdem-se<sup>371</sup>.

Vendo de uma posição geral, a LOB parece mais acertada, aplicada em combinação com as normas já existentes específicas anti abuso, e abarcando a cláusula de salvaguarda. No entanto se atentarmos à redação da norma no MLI encontramos bastantes incongruências que levam a resultados indesejados, talvez por isso a satisfação do padrão mínimo possa ser assegurada apenas com o PPT.

---

<sup>371</sup> KOLUNDŽIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016 p. 367-368.

Não espanta portanto que a maior parte dos Estados contratantes tenham optado apenas pela inclusão do PPT, resguardando-se apenas no direito a incluir uma LOB nas CDT em que o outro Estado contraente opte pela inclusão dessa LOB. O que irá levar a um maior tempo de negociação bilateral.

Contudo, no nosso entendimento, o PPT desde que seja emendado e colocado dentro de um quadro de igualdade entre as autoridades tributárias nacionais e os contribuintes, é neste momento a solução mais fácil e rápida de implementar, no entanto, essa facilidade e rapidez não pode ser efetuada às custas da oneração dos contribuintes com maior desigualdade em relação às autoridades competentes.

A aplicação combinada deve ser excluída. Ainda assim a OCDE deveria ter tido outro cuidado na formulação da regra do PPT e deveria ter densificado e clareado o conceito de “*beneficial owner*” mas deixou estes problemas de lado<sup>372</sup>. A abordagem foi incompleta e o “menos mau” é a adoção do PPT. A prova de que esta arma foi um presente para os Estados e para as suas autoridades competentes é que o PPT será aplicado a todos os 1.100<sup>373</sup> tratados atualmente abrangidos pelo MLI, enquanto apenas alguns signatários optaram por complementar as disposições do PPT com um teste simplificado de limitação de benefícios (LOB)<sup>374</sup>.

Cumprir referir que há uma ala Doutrinária, que contrariamente à OCDE, considera que o PPT ainda enfraquecerá mais o sistema anti abuso, alegando que apenas deveria ter sido introduzido o Princípio Geral Anti Abuso<sup>375</sup>.

As normas fiscais dos países democráticos são baseadas no Princípio “*no taxation without representation*”<sup>376</sup>, o que significa que apenas normas específicas podem impor a tributação. Os Tribunais, principalmente o TJUE, normalmente, consideram questionável o uso de GAAR para almejar as falhas das SAAR<sup>377</sup>. Os contribuintes podem ficar apreensivos de que as autoridades fiscais usarão o PPT para preencher as omissões ou lacunas da LOB. A crítica da

---

<sup>372</sup> RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, *International Taxation: New challenges*”, coord. João Sérgio Ribeiro, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017.

<sup>373</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, Volume 48, pag.3.

<sup>374</sup> KUZNIACKI, B., *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity (Part II)*, p. 126.

<sup>375</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 57.

<sup>376</sup> BHARGAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 324.

<sup>377</sup> Cases C-283/94, C-291/94 and C-292/94, Denavit International BV, VITIC Amsterdam BV and Voormeer BV v. Bundesamt für Finanzen, para. 31.



Doutrina que foi submetida à OCDE está voltada para o desenho dessa regra, que busca incorporar uma combinação de critérios subjetivos e objetivos que é incerta para os contribuintes. A Doutrina sugere que tal regra, se imposta, não olhará para o objeto e propósito das provisões dos tratados, mas aplicará uma regra vaga de abuso e os factos serão apurados com base no instinto legal da autoridade competente e não na lei<sup>378</sup>.

---

<sup>378</sup> LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.663.

## CAPÍTULO III – O IMPACTO DAS NORMAS ANTI ABUSO DO MLI NA REDE DE CONVENÇÕES FISCAIS BILATERAIS

### 3.1 Relação com as CDT abrangidas

Compreender como o MLI e as CDT interagem é fundamental na identificação das questões levantadas pela interpretação e aplicação das novas normas introduzidas pelo MLI. Embora as questões interpretativas relacionadas com o MLI, ou seja, relação jurídica entre o MLI e os tratados bilaterais, por um lado, e a sua interpretação, por outro, possam ser consideradas como questões inteiramente separadas, estas questões influenciam-se mutuamente. Como proposta geral, a OCDE na “*Exposição de motivos da Convenção Multilateral para Implementar Medidas Relacionadas com o Tratado Tributário para Evitar a Erosão Base e a Transferência de Lucros*” enfatiza que o MLI modifica os tratados tributários não alterando diretamente o texto do tratado fiscal na sua plenitude, mas sendo aplicado em conjunto com o tratado abrangido<sup>379</sup>. O MLI não tem a intenção de desempenhar o mesmo papel que um protocolo modificador, que altera o texto do tratado tributário modificado, mas destina-se a funcionar como um acordo internacional juridicamente independente entre as mesmas partes que a CDT<sup>380</sup>.

Quando as disposições de dois ou mais tratados internacionais são simultâneos (*ratione temporis*), é aplicável a pelo menos uma das partes (*ratione personae*) nas mesmas matérias (*ratione materiae*), podem cumular-se ou entrar em conflito<sup>381</sup>.

As provisões de dois tratados acumulam-se quando são aplicadas sem gerar contradições, seja porque um dos tratados complementa os direitos e obrigações estabelecidos no outro ou porque confirma, e entram em conflito quando o cumprimento das obrigações ou o exercício dos direitos conferidos por um tratado resultam, ou potencialmente podem resultar numa violação das normas do outro tratado<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 131 e ss.

<sup>380</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 133.

<sup>381</sup> GOVIND, Sriram; PISTONE, Pasquale, «*The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*». p. 45.

<sup>382</sup> PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law*, How WTO Law relates to other rules of international law p. 161 (Cambridge University Press 2003).

A definição de conflitos de tratados tem sido objeto de debate desde os primórdios do Direito Internacional. Dois principais pontos de vista são encontrados entre os especialistas em Direito Internacional. JENKS afirmou que um conflito de normas de um tratado “*surgem somente quando uma parte dos dois tratados não respeita com as suas obrigações estipuladas em ambos os tratados*”<sup>383</sup>. Alguma Doutrina, onde se incluem KELSEN, KARL e MARCEAU, seguiram essa linha de pensamento<sup>384</sup>. No entanto, esta abordagem tem sido criticada por ser muito restritiva. O resultado de se seguir uma definição estrita de conflitos de tratados é a não aplicação das disposições que servem para resolver esses conflitos, quer seja estabelecido no texto dos tratados em conflito ou na Convenção de Viena.

Uma definição mais ampla de conflitos de normas de tratados foi proposta e defendida por AUFRICHT sustentou que “[um] conflito entre um anterior e um posterior tratado surge se ambos lidam com o mesmo assunto de uma maneira diferente e se pelo menos um Estado é parte em ambos os tratados”<sup>385</sup>. Essa abordagem inspirou SIR WALDOCK ao redigir o preceito normativo 30.º da Convenção de Viena tratando da aplicação de tratados sucessivos relacionados à mesma temática<sup>386</sup>. Indicou, no que diz respeito a conflitos de normas de tratados, que a “*ideia transmitida por esse termo era a de uma comparação entre dois tratados que revelaram que as suas cláusulas, ou algumas delas, não podiam ser conciliadas umas com as outras*”<sup>387</sup>. Esta definição parece para responder à definição restritiva que, como ilustrado acima, pode resultar na anulação do objeto e propósito de uma das normas do tratado. Este artigo segue a definição mais ampla de conflitos de tratados. A maior parte das vezes os conflitos de tratados são evitados através de interpretação das disposições aplicáveis<sup>388</sup>.

Pelo menos três razões explicam porque conflitos de tratados podem surgir: a falta de hierarquia legal entre tratados, a falta de um órgão legislativo central que possa dar continuidade e congruência sistemática com as disposições dos diferentes tratados e com a fragmentação do Direito Internacional Público, na maioria das vezes devido à existência desconectada e

---

<sup>383</sup> JENKS, W., *Conflict of Law-Making Treaties*, 30 British Yearbook of International Law, p. 426 (1953).

<sup>384</sup> KARL, W., *Conflicts between Treaties*, in Encyclopedia of Public International Law (Vol. VII), R. Bernhardt ed., Amsterdam, 1984, p. 936.

<sup>385</sup> VRANES, E., *The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory*, European Journal of International Law, 2006, p. 407.

<sup>386</sup> Artigo 30 da Convenção de Viena.

<sup>387</sup> UN, *Yearbook of the International Law Commission* 1964, vol. I, p. 125 (UN 1965).

<sup>388</sup> GHOURI, A., *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration* p. 84 (Kluwer Law International 2015).

independente de regimes que tratam de matérias específicas e, ocasionalmente, devido a regimes que lidam com a mesma matéria em diferentes níveis<sup>389</sup>.

Uma norma do MLI pode acumular-se com as normas dos tratados fiscais existentes quando confirma as normas já contidas nos tratados tributários existentes, quando acrescenta, complementa ou substitui as normas dos tratados fiscais existentes. Por outro lado, uma norma do MLI pode entrar em conflito com as normas dos tratados fiscais existentes quando as soluções oferecidas pelos respectivos tratados resultam em resultados diferentes.

A formulação usada nas cláusulas de compatibilidade é crítica. Algumas cláusulas são redigidas em termos particularmente vagos e em vez de ajudar na interpretação, geram ainda mais confusão. Para evitar isso, essas cláusulas de compatibilidade devem ser elaboradas de forma precisa e clara, sem deixar espaço para ambiguidade. Existem várias cláusulas de compatibilidade na Convenção Multilateral que procuram modificar convenções bilaterais e que são elaboradas precisamente com uma referência às cláusulas que se pretende modificar.

A primeira categoria de cláusula de compatibilidade abrange as disposições que se aplicam no lugar de uma disposição existente. Neste caso, a provisão do MLI destina-se a substituir uma regra de tratado já existente<sup>390</sup>. A expressão "*em vez de*" pode ser entendida como mais do que uma simples relação *lex posterior* e indica que o MLI altera o conteúdo das regras aplicáveis que atribuem direitos de tributação entre os dois Estados. A segunda categoria consiste nas regras que "*aplicam ou modificam*" uma provisão existente. A OCDE descreve esta categoria como "*uma disposição que aplica ou modifica uma disposição existente quando as disposições do MLI destinam-se a alterar a aplicação de uma disposição existente*"<sup>391</sup>. A terceira categoria abrange as disposições do MLI que aplicam a "*na ausência de*" uma regra de tratado já existente<sup>392</sup>. Consequentemente, somente se nenhuma regra de tratado anterior estiver em vigor, essas disposições terão efeito. A quarta e última categoria de cláusulas de compatibilidade abrange disposições do MLI que se aplicam "*no lugar ou na ausência de*". Esta categoria de

---

<sup>389</sup> SAFRIN, S., *Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements*, American Journal of International Law, p. 623 (2002).

<sup>390</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 134.

<sup>391</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 134.

<sup>392</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 134.

disposições do MLI não apenas substitui as regras anteriores conflitantes já existentes, mas também tem efeito se nenhuma regra anterior existir<sup>393</sup>.

As disposições do MLI alteram, substituem ou complementam o texto do tratado já existente. Pode-se argumentar se estas se configuram como parte integrante do tratado tributário já existente ou se devem ser aplicadas separadamente ao lado do tratado tributário, mas isso não muda nada em relação ao seu *status* legal. Ambos são acordos internacionais e, de acordo com a lei constitucional nacional relevante, têm igual legitimidade legal<sup>394</sup>.

O Princípio *Lex Posterior Derogat Priori* é fundamental na resolução deste tipo de dilemas<sup>395</sup>. O Princípio *Lex Posterior* é o corolário da liberdade contratual dos Estados que são livres para mudar sua intenção ao longo do tempo. Como consequência, a última expressão da intenção dos Estados contratantes prevalecer sobre o anterior, que resulta na suspensão das disposições do anterior tratado que entram em conflito com o tratado posterior<sup>396</sup>. Como consequência do Princípio *Lex Posterior*, as disposições do tratado anterior aplicam-se, desde que não sejam incompatíveis com as do tratado posterior. Por outro lado, se um conflito de normas dos tratados surge, apenas as disposições do tratado posterior serão aplicadas. O facto de que as disposições compatíveis do tratado anterior sobreviver é o resultado do Princípio *Pacta Sunt Servanda*.

Embora alguma Doutrina especialista em Direito Internacional Público tenha criticado a regra residual do artigo 30 da Convenção de Viena<sup>397</sup> e as suas limitações serem reconhecidas pelas Nações Unidas<sup>398</sup>, também reconheceram que o Princípio *Lex Posterior* é relativamente inequívoco e útil na resolução de conflitos de tratados em alguns casos, especialmente quando os tratados conflitantes foram concluídos entre Estados contratantes idênticos e o tratado posterior não rescindiu ou suspendeu o tratado anterior na sua totalidade, o que significa que o tratado anterior sobrevive e ambos os tratados encontram-se igualmente em vigor.

No entanto, o Princípio *Lex Posterior* não funciona completamente para resolver casos de conflitos de tratados concluídos entre diferentes Estados contratantes. A razão prende-se com

---

<sup>393</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 134.

<sup>394</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 134.

<sup>395</sup> Artigo 30 (3) e (4) da Convenção de Viena.

<sup>396</sup> SCHULZ, A., *The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments*, Hague Conference on Private International Law, Prel. Doc. No. 24, p. 3 (2003), available at [http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/genaff\\_pd19e.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/genaff_pd19e.pdf).

<sup>397</sup> MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford at the Clarendon Press 1961, p. 219

<sup>398</sup> UN, Treaty Section of the Office of Legal Affairs, *Handbook of Final Clauses of Multilateral Treaties*, p. 86 (United Nations Publications 2003).

a intenção legislativa que explica que a eficácia deste princípio de resolução de conflitos de tratados celebrados entre os mesmos Estados contratantes não pode ser traduzido para casos de tratados entre diferentes Estados contratantes. Este, por outro lado, é o resultado do Princípio de *Pacta Tertiis Nec Nocent Nec Prosunt*, que se traduz como “a impossibilidade de criar obrigações e direitos para terceiros Estados sem o seu consentimento”<sup>399</sup>.

Frequentemente os Estados contratantes dos tratados em conflito precisam de se envolver em negociações diplomáticas para resolver a incompatibilidade das obrigações decorrentes dos tratados e tentar chegar a uma solução benéfica para todos. Além disso, algumas dificuldades práticas estão relacionadas à aplicação do Princípio *Lex Posterior*. Uma delas é determinar quando os tratados se relacionam com o mesmo assunto e outra dificuldade diz respeito a determinar qual tratado é o mais antigo. Existem opiniões discordantes em relação à data que deve ser tomada como o ponto de tempo para essa finalidade<sup>400</sup>.

Estas dificuldades levam à conclusão de que o Princípio *Lex Posterior* não seja um princípio legal absoluto<sup>401</sup>. Assim, alguma Doutrina apoia a aplicação do Princípio *Lex Specialis* como uma ferramenta para resolver conflitos de tratados. Aceita-se a aplicação do Princípio *Lex Specialis* para resolver conflitos de tratados, embora não estabelecido no artigo 30.º da Convenção de Viena, quando o Princípio *Lex Posterior* resulta em resultados inaceitáveis, este princípio pode entrar em campo para resolver conflitos de tratados mas deve ser determinada a sua utilização numa análise casuística. Como resultado da aplicação do Princípio *Lex Specialis*, a regra mais especial prevalece sobre a regra mais geral, apesar da regra mais especial ser a mais antiga<sup>402</sup>.

Neste caso concreto, não haverá problemas de maior nos conflitos de tratados, uma vez que é pacífico que o MLI alterará as CDT caso os Estados assim o desejem, logo, a partir da altura em que aderem ao MLI, expressam a sua vontade de ver as suas CDT celebradas alteradas no sentido das normas anti abuso do Plano de Ação BEPS.

No *Explanatory Statement* do MLI é enfatizada a relevância do Princípio *Lex Posterior* como estipulado no artigo 30.º (3) da Convenção de Viena no que diz respeito à relação entre o MLI e as CDT. Essa afirmação, no entanto, levanta algumas questões. A avaliação é baseada na

---

<sup>399</sup> Artigo 34 Convenção de Viena.

<sup>400</sup> LINDROOS A., *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, Nordic J. Intl. L., p. 27 (2005); Schulz, supra n. 42, at 6.

<sup>401</sup> BRAVO, N., « *The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties* », World Tax Journal, IBFD, p 284.

<sup>402</sup> PRUD'HOMME, N., *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?*, Israel Law Review , p. 382 (2007).

suposição de que pode ser feita uma distinção clara entre o MLI e as CDT. Do ponto de vista do Direito Internacional, o MLI e as CDT estão em pé de igualdade.

A OCDE acredita que tanto o Princípio *Lex Posterior* como o Princípio *Lex Specialis* pressupõem um conflito normativo entre duas regras igualmente aplicáveis. Por outras palavras, os Princípios *Lex Posterior* e *Lex Specialis* não se aplicam se não existirem conflitos normativos entre o MLI e uma determinada CDT.

A OCDE, no entanto, não esclarece como, e em que circunstâncias, surge um conflito normativo entre o MLI e uma CDT. Embora uma CDT atribua direitos de tributação entre dois Estados contratantes, o MLI apenas modifica o conteúdo de várias regras estabelecidas numa CDT. Portanto, tanto o MLI como as CDT frequentemente variam substancialmente no seu escopo e natureza. Somente se o MLI e a CDT em questão produzirem resultados diferentes em relação ao mesmo objeto, por exemplo, alterando a alocação de direitos tributários ou alterando o limite para um estabelecimento estável (EE), surgirá um conflito normativo e pode o Princípio *Lex Posterior* ter efeito.

A este respeito, deve notar-se que a Convenção de Viena enuncia que “*deve levar-se em conta, juntamente com o contexto, qualquer acordo posterior entre as partes em relação à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições*”<sup>403</sup>.

O MLI é, sem dúvida, um acordo internacional e, pelo menos nos cenários em que ambas as partes optaram pelas mesmas disposições, foi concluído pelo acordo entre ambas as partes, pelo que não surgirão conflitos. A descrição da OCDE da segunda categoria de cláusulas de compatibilidade para “*alterar a aplicação de uma disposição existente*” ajuda a sustentar essa hipótese, enquanto, simultaneamente, limita estritamente a relevância da hipótese àqueles cenários em que era a intenção das partes de alterar a aplicação de uma disposição já existente, não só no futuro, mas também retroativamente. A emenda do preâmbulo dos tratados tributários no artigo 6 do MLI, por exemplo, poderia ser entendida como um acordo vinculante em relação à interpretação de um tratado<sup>404</sup>. Cumpre fazer a distinção de que o MLI, ao contrário dos Comentários da OCDE que são considerados *soft law*, é um acordo definitivo de Direito Internacional. Os tribunais e as autoridades fiscais poderiam, portanto, estar ainda mais dispostos a adotar um Princípio Anti Abuso inerente aos tratados fiscais concluídos antes da

---

<sup>403</sup> Artigo 31 (3), b) da Convenção de Viena.

<sup>404</sup> Artigo 31 (3), b) da Convenção de Viena.

existência do MLI e a negar benefícios do tratado, por exemplo, em relação a casos de dupla não tributação<sup>405</sup>. O MLI pode, como uma questão geral, ser entendido como um acordo subsequente na aceção do artigo 31.º (3) (b) da Convenção de Viena, no entanto, deve notar-se o facto de que a relação entre o MLI e uma CDT é uma tarefa mais complexa e delicada do que a OCDE parece crer. Por uma questão de clareza e precisão metodológica, a OCDE deveria ter, pelo menos, considerado o efeito do artigo 31.º (3) (b) da Convenção de Viena sobre a relação entre o MLI e uma CDT.

Como já foi referido, o objetivo principal do MLI, explicado no seu preâmbulo é permitir e facilitar a rápida, coordenada e consistente implantação das medidas do Plano de Ação BEPS relacionadas com as convenções bilaterais num contexto multilateral, para que as modificações se produzam de uma maneira eficiente, sincronizada e eficaz na ampla rede de convenções bilaterais tributárias celebradas sem necessidade de ser recorrer à renegociação bilateral.

Semelhantes abordagens com o propósito de alterar tratados tributários em bases multilaterais, preservando sua natureza bilateral foi previamente proposta por AVERY JONES, BAKER<sup>406</sup> e por INNAMORATO<sup>407</sup>. No entanto, até agora, estas propostas não foram postas em prática. O MLI é o primeiro passo para avançar nessa direção. O Instrumento Multilateral estipula que modifica todos os acordos bilaterais abrangidos. No entanto, para que um acordo bilateral seja abrangido as Jurisdições contratantes devem notificar o depositário, elaborando uma lista, de quais as CDT que querem ver modificadas no momento da assinatura da Convenção Multilateral.

As disposições do MLI “*serão aplicados lado a lado com os tratados bilaterais existentes, modificando a sua aplicação para implementar as medidas do Plano de Ação BEPS*”<sup>408</sup>. Isto significa que não derrogará as CDT vigentes mas situar-se-á em posição paralela aos mesmos para uma reforma dos aspetos necessários para combater a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros. Conseguir-se-á assim o objetivo de efetuar uma implementação coordenada e simultânea, num intervalo de tempo inferior ao exigido para as renegociações

---

<sup>405</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 135.

<sup>406</sup> AVERY, Jones; BAKER, P., *The Multiple Amendments of Bilateral Double Taxation Conventions*, 2006, Journals IBFD.

<sup>407</sup> INNAMORATO, C., *Expedient Amendments to Double Tax Treaties based on the OECD Model*, Intertax, p. 120 (2008).

<sup>408</sup> OECD, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, p. 13.



bilaterais, embora possa gerar dúvidas, incertezas e conflitos normativos que o próprio MLI tentou resolver de maneira antecipada<sup>409</sup>.

O desafio mais difícil de ser resolvido é assegurar que as regras do Instrumento Multilateral efetivamente modifiquem todos os tratados fiscais sem desencadear efeitos indesejáveis. A principal razão prende-se com o facto de que, apesar da maioria dos tratados tributários seguir o Modelo da OCDE e/ou o Modelo das Nações Unidas, frequentemente as suas disposições normativas usam terminologia diferente e têm diferentes estilos de enumeração, palavras díspares e alcances distintos<sup>410</sup>.

No intuito de reduzir o número e as áreas de conflito normativo o texto do MLI inclui uma quantidade considerável de cláusulas de compatibilidade para definir a relação com as CDT abrangidas e para determinar exatamente o efeito que se pretende conseguir com a modificação proposta. Estas cláusulas definem a relação entre o MLI e as CDT abrangidas em termos objetivos, procurando resolver antecipadamente os conflitos normativos derivados da sua sobreposição, descrevendo as disposições das CDT que se devem considerar substituídas, modificadas ou introduzidas quando não haja coincidência material. Por razões de certeza quando uma disposição específica da CDT abrangida é alterada ou trocada, requer-se normalmente ao Estados que notifiquem o Depositário quais as CDT celebradas que contêm essas disposições e que farão esforços para identificar todas as disposições que se enquadrem dentro do mesmo âmbito objetivo das cláusulas de compatibilidade<sup>411</sup>.

Podem surgir problemas nas cláusulas de compatibilidade, dependendo de como o escopo do MLI é interpretado. A OCDE, no *Explanatory Statement* esclareceu que o MLI modifica apenas a aplicação do tratado tributário usando o Princípio *Lex Posterior*, e não modifica a linguagem do próprio tratado tributário, como no caso de uma emenda. No entanto, como o MLI usa linguagem como "*no lugar de*" nas cláusulas de compatibilidade, que, por sua vez, são disposições específicas destinadas a evitar uma abordagem *Lex Posterior* subjetiva. O efeito do MLI pode não ser claro nas mãos das autoridades fiscais ou tribunais<sup>412</sup>.

Para colocá-lo em termos mais óbvios, como o MLI, por si só, não é um acordo internacional auto sustentável e o seu escopo e a sua aplicação dependem da existência de uma

---

<sup>409</sup> PÉREZ, J. Zornoza, «Acción 15. El instrumento multilateral y el plan de acción BEPS» p. 440.

<sup>410</sup> BRAVO, N., «The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties», World Tax Journal, IBFD, p. 284.

<sup>411</sup> BRAVO, N., «The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties», World Tax Journal, IBFD, p. 285.

<sup>412</sup> PISTONE, P., *Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law*, World Tax Journals, 2014, IBFD, p. 5.

CDT, torna-se óbvio que a separação pretendida não é excessivamente convincente uma vez que, sem uma CDT, as disposições do MLI não têm significado substancial<sup>413</sup>. Este resultado é implicitamente enfatizado pelo seu artigo 30.º que afirma que o MLI não restringe mudanças subsequentes à CDT possivelmente acordadas bilateralmente. O artigo 30.º do MLI baseia-se necessariamente no pressuposto de que o MLI tem um efeito direto sobre o conteúdo de uma CDT bilateral<sup>414</sup>.

O Artigo 2.º (2) do MLI lida apenas com o papel de uma CDT na interpretação do MLI, mas nada diz sobre o efeito do MLI na CDT. No entanto, um exame mais detalhado do MLI revela que a clara distinção entre o MLI e as CDT torna-se cada vez mais incerto quanto mais profundas são analisadas as suas partes substantivas. Em primeiro lugar, é importante notar que, a questão de se o MLI muda o texto de uma CDT não é apenas uma questão de Direito Internacional, mas também de Direito Constitucional nacional. Os Estados participantes são livres para alterar o texto de um tratado tributário para fins de Direito interno ao ratificar o MLI, pois tal passo não viola as obrigações internacionais de um Estado. Em segundo lugar, do ponto de vista de uma lei internacional, a natureza independente do MLI, tal como previsto pela OCDE, não é tão clara. Uma análise mais detalhada das cláusulas de compatibilidade levanta dúvidas sobre se a separação estrita pretendida entre o MLI e as CDT é inteiramente convincente. As cláusulas de compatibilidade distinguem quatro níveis diferentes de interação entre o MLI e as CDT, os quais indicam que o MLI afeta um tratado tributário, seja diretamente ou por meio de interpretação<sup>415</sup>.

Como tratado internacional, o MLI deve ser interpretado de acordo com os artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena. O artigo 2.º (2) do MLI declara que “*qualquer termo não definido (...) deverá, a menos que o contexto exija de outra forma, ter o significado que tem naquele momento de acordo com a CDT abrangida*”. O primeiro passo para interpretar o MLI é, portanto, identificar as definições relevantes. O artigo 2.º (1) do MLI contém apenas um número muito limitado de definições, o que parece propositado. Na ausência de uma definição, e a menos que o contexto exija de outra forma, o artigo 2.º (2) do MLI diz-nos para consultar a CDT abrangida. Se lido literalmente, isso significa que, se a CDT em questão não contiver uma definição explícita

---

<sup>413</sup> BRAVO, N., « *The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties* », World Tax Journal, IBFD, p. 287.

<sup>414</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 136.

<sup>415</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 136-137.

rege a interpretação. Se não existe definição de tratado, aplica-se o artigo 3.º (2) da CDT, que, dependendo do entendimento aplicado do artigo 3.º (2) da Convenção Modelo da OCDE, refere-se à lei tributária interna do Estado contratante. A referência à CDT no que diz respeito a questões de interpretação potencialmente dá origem a uma circularidade interessante, como, por um lado, o MLI modifica a CDT e, por outro, o conceito de termos indefinidos do MLI deve ser identificado consultando a CDT, que por sua vez remete para as normas internas dos Estados contratantes.

O artigo 2.º, n.º 2 do MLI ressuscita um enigma de interpretação bem conhecido, isto é, o termo “*contexto*”, ou a CDT estipula como deve ser feita a interpretação de um termo indefinido ou um significado autónomo do tratado deve ser oriundo do próprio MLI.

Neste ponto, a natureza ambivalente do MLI como um acordo internacional multilateral e/ou bilateral é novamente revelada<sup>416</sup>, dependendo se o MLI é entendido como um acordo verdadeiramente independente ou uma mera emenda a tratados fiscais já existentes<sup>417</sup>. O argumento de que, em princípio, uma interpretação autónoma baseada no contexto do MLI deve ser preferida a um recurso prévio à CDT parece ser convincente<sup>418</sup>. Esta é a única maneira de realizar um resultado interpretativo aceitável para todas as partes do MLI. Do ponto de vista da compreensão do MLI como uma Convenção verdadeiramente multilateral, esse argumento parece ser convincente. No entanto o MLI não pode ser lido sem a CDT que modifica e é aí que a natureza bilateral do MLI emerge e influencia o processo interpretativo. De uma perspetiva bilateral, parece ser perfeitamente razoável recorrer à CDT, pois é a CDT que contém a base substantiva da relação jurídica entre os dois Estados contratantes. É, portanto, seguro argumentar que pode haver situações em que é o contexto do MLI que requer o recurso à CDT<sup>419</sup>. É certo que esta solução só gera resultados bem fundamentados se a regra em questão for baseada na CMOCDE, esta abordagem não funciona quando há discrepâncias entre a CDT e a CMOCDE. O *Explanatory Statement* do MLI enfatiza a necessidade de usar linguagem que

---

<sup>416</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 137.

<sup>417</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.6.

<sup>418</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 137.

<sup>419</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 137.

permita uma interação suave entre o MLI e as CDT<sup>420</sup>, no entanto, a linguagem por vezes difere, até mesmo daquela usada nos vários Relatórios do Plano de Ação BEPS.

Decidir como interpretar termos indefinidos no MLI tem efeitos consideráveis, embora potencialmente levando ao mesmo resultado, ou seja, que a CDT governe a interpretação de termos indefinidos usados no MLI, o resultado autónomo é metodologicamente mais convincente. Ignorar a importância do contexto do MLI em favor do recurso direto à CDT pode afetar negativamente o sucesso do MLI em alcançar os seus objetivos, ou seja, combater a erosão da base e a transferência de lucros, se um entendimento harmonizado dos termos utilizados no MLI for impedido. O ponto de partida para o processo interpretativo deve, portanto, ser sempre o contexto do MLI, o que não significa que as definições na CDT não possam dar origem a um resultado que reflita melhor o objeto e o propósito do próprio MLI<sup>421</sup>.

Da aplicação do artigo 3.º (2) da CMOCDE, resulta, que se a CDT não contiver uma definição explícita do termo em questão, exige-se uma interpretação autónoma do tratado ou uma referência à legislação tributária do Estado contratante. Embora a formulação decisiva seja idêntica, isto é, “*a menos que o contexto exija de outra forma*”<sup>422</sup>, já que, presumivelmente, o contexto do MLI difere do da CDT.

A OCDE parece estar ciente deste potencial conflito e tentou colmatar esta lacuna, assumindo que o preâmbulo, conforme emendado pelo MLI, reflete o contexto da CDT. Consequentemente, a OCDE tentou alinhar retroativamente o objeto e a finalidade do MLI e das CDT<sup>423</sup>. Esta suposição está em contraste com a posição principal da OCDE no sentido de que o MLI não muda totalmente o texto de uma CDT e apoia a hipótese de que o MLI, em certas circunstâncias, pode e deve ser entendido como um acordo posterior, na aceção do n.º 3, alínea b), do artigo 31.º da Convenção de Viena<sup>424</sup>.

O avanço do multilateralismo e o afastamento do domínio dos tratados fiscais bilaterais foi um dos principais argumentos levantados na Doutrina tributária a favor da abordagem independente prevista pela OCDE. Como academicamente desejável e como este conceito pode

---

<sup>420</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 137.

<sup>421</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 137.

<sup>422</sup> OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p. 13.

<sup>423</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 138.

<sup>424</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 139.

parecer ser em teoria, um exame mais detalhado do MLI revela que, na prática, o MLI não pode corresponder a essas grandes esperanças. O MLI não é verdadeiramente multilateral por natureza. É um híbrido entre a multilateralidade e a bilateralidade porque não constitui um corpo único de regras coerentes e idênticas às quais todos ou, pelo menos, a grande maioria das partes envolvidas estão vinculadas. Em vez disso, o MLI facilita a emenda de tratados fiscais bilaterais ao fornecer uma estrutura legal centralizada para realizar essa alteração. O caráter bilateral do MLI poderia ter sido reduzido, mas não substancialmente o suficiente para falar de multilateralismo. As numerosas opções e reservas instigaram a necessária flexibilidade para obter apoio político suficiente, mas ao preço de não só tornar todas as alterações extremamente onerosas e complexas, como também muito bilateral. A característica multilateral mais forte do MLI, além do seu nome, é o facto de os Estados terem sido forçados a determinar uma determinada posição em relação a todos os outros Estados participantes em determinadas questões chave, em vez de distinguir a sua posição de acordo com suas necessidades bilaterais<sup>425</sup>. O artigo 30.º do MLI deixa claro que os Estados têm a liberdade de alterar os seus tratados fiscais bilaterais de qualquer maneira que desejarem no futuro, e quem sabe podendo mesmo até reverter completamente as disposições do MLI no futuro.

### 3.2 Interação do PPT com as CDT

Como já referido, para garantirem o cumprimento do *standard* mínimo relativo ao abuso dos tratados indica os Estados precisam aderir a um “*Principal Purpose Test*” (combinado com um cláusula de limitação de benefícios ou não). O PPT aplicar-se-á no lugar ou na ausência de disposições de um CDT abrangida que negue a totalidade ou parte dos benefícios que de outra forma seriam atribuídos ao abrigo de uma CDT quando o objetivo principal ou um dos principais objetivos de qualquer construção ou transação, ou de qualquer pessoa envolvida numa construção ou transação, era obter esses benefícios<sup>426</sup>.

Cumprir alertar que pode surgir algum conflito na regra do PPT porque muitos tratados contêm regras gerais anti abuso referentes ao “*objetivo principal*”, “*principalmente para o propósito*”, ou “*principalmente com a finalidade de evitar impostos*”<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.6.

<sup>426</sup> Artigo 7 (1) MLI.

<sup>427</sup> BRAVO, N., « *The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties* », p. 286.

Todos eles parecem ser testes mais restritivos para administrações fiscais do que a regra PPT. Portanto, os conflitos podem surgir. A norma relativa ao PPT tem a estrutura “*no lugar ou na ausência de*” pois pretende que essa disposição se aplique a todas as CDT abrangidas que neguem benefícios atribuídos pelo CDT quando o seu objetivo é a obtenção dos ditos benefícios, no entanto abre a exceção da sua não aplicação às CDT que já possuam uma regra semelhante. Esta disposição não causará problemas quando a interação for com outra CDT com o mesmo tipo de conceito basilar mas pode suscitá-los quando a outra CDT contenha outra disposição anti abuso que não coincida em todos os seus termos com a cláusula atinente ao PPT, ou quando a convenção bilateral abrangida permita a aplicação de normas anti abuso domésticas que se apliquem num contexto internacional. Portanto, os conflitos podem surgir entre o Instrumento Multilateral e os tratados fiscais bilaterais existentes que atualmente usam uma linguagem mais restritiva nas suas regras gerais anti abuso.

No entanto, a regra do PPT e as regras gerais anti abuso dos tratados bilaterais existentes também podem cumular-se. Os conflitos surgem uma vez que para a sua aplicação deve determinar-se se numa CDT abrangida existem disposições que podem limitar a concessão dos seus benefícios apenas a uma pessoa que obtenha esse direito por cumprir um ou mais testes da cláusula LOB. Daí que o *Explanatory Statement* se tenha visto na necessidade de esclarecer que a LOB simplificada inserida no MLI não pretende restringir o âmbito objetivo ou a aplicação de outros tipos de normas anti abuso.

O problema não se encontra na estrutura das normas relativas ao PPT nem à LOB simplificada ser complexa, mas sim na sua interpretação, principalmente a interação entre as normas que estabelecem as regras entre as duas classes de normas em causa<sup>428</sup>. É claro que a OCDE criou este mecanismo porque as disposições podem ser redigidas de forma diferente em vários tratados bilaterais fiscais. É também evidente que a interpretação da nova disposição com base no artigo 31.º da Convenção de Viena conduziria à implicação de que o texto anterior à modificação é retido no tratado fiscal. O texto existente idealmente não deveria conter mais referências ao texto anterior, por uma questão de clareza, e deveria conter uma lista concreta e bem definida dos conceitos e termos a modificar<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 115.

<sup>429</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 139.

Essa confusão é ainda mais aparente na temática dos métodos para combater o abuso do tratado, conforme estabelecido no relatório final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Enquanto os n.ºs 1 a 5 do artigo 7.º referem-se ao PPT e preveem a sua compatibilidade, ou seja, permitir a sua aplicação em substituição ou na ausência de um PPT ou de um teste semelhante. O n.º 6 do artigo 7.º permite a opção de uma cláusula simplificada de limitação de benefícios além do PPT, no lugar de, ou na ausência de outras cláusulas de limitação de benefícios. No entanto, faz parte da opção da jurisdição aplicar a regra LOB<sup>430</sup>. No futuro, vários Estados podem interpretar o escopo do MLI diferentemente, por isso teria sido quimérico para especificar se a disposição recém adicionada seria um novo parágrafo ou acrescentar a um parágrafo existente no tratado fiscal para evitar que questões de interpretação suscitem dúvidas. No entanto, a Doutrina acredita que isso não deve ser uma preocupação se houver uma ampla aceitação no que diz respeito ao escopo do MLI, ou seja, se o Instrumento Multilateral modificar a aplicação de um tratado fiscal e não modificar a linguagem do tratado fiscal em si<sup>431</sup>.

Em geral, as correspondentes cláusulas de compatibilidade dos artigos permitem ao Estado contratante a discricionariedade/opção de escolher entre várias disposições em relação a uma matéria precisam de ser bem redigidas para garantir que estas se apliquem nos casos em que a opção relevante tenha sido selecionada pelo Estado, como já foi salientado anteriormente.

Independentemente das possibilidades de reserva no MLI, foi especificada uma obrigatoriedade de adoção dos *standards* mínimos, uma vez que os Estados são livres fazer uma reserva à aplicação dessas disposições somente se as normas mínimas são satisfeitas de outra forma: *“o nível mínimo de ação previsto nos standards mínimos foi exigido para que o projeto global permaneça coordenado em termos de abordagem”*<sup>432</sup>. Notavelmente, o termo *“minimum standard”* tem sido referido no MLI com força de obrigatória, o que fará, na teoria, prevalecer o PPT em relação às outras normas anti abuso dos tratados bilaterais. Simultaneamente, o processo de supervisão do BEPS continuará a avaliar se os Estados cumprirão com as normas mínimas e se estas alcançarão o sucesso desejado, uma vez que podem resultar em consequências políticas fiscais para aqueles que não as cumpram no futuro<sup>433</sup>. No entanto, os

---

<sup>430</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 115.

<sup>431</sup> BERBARI, ALINE, *The OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative and the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, p. 23.

<sup>432</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 115.

<sup>433</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 56.

relatórios finais do Plano de Ação BEPS continuam a ser *soft law* e – na ausência de sanções e/ou contrapartidas – torna-se mais difícil a sua implementação.

De acordo com as semelhanças e o paralelismo desta regra com a do CMOCDE correspondente, se um termo não se encontrar definido em nenhuma disposição normativa internacional vigente será interpretado de acordo com o ordenamento legislativo da Jurisdição contratante relativa aos impostos objeto da CDT<sup>434</sup>. Desta forma cria-se uma mistura entre o MLI a CDT abrangida e a legislação nacional.

Como o *Explanatory Statement* apenas se refere aos aspetos técnicos não há nada, para já, que diga respeito às suas disposições substantivas exceto no que atina à arbitragem. Para facilitar a interpretação das normas foram elaborados como resultado das ações do plano BEPS algumas orientações incorporadas nos relatórios das respetivas ações, no entanto essas instruções são resumidas e insuficientes<sup>435</sup>.

Deste modo, entende-se que o PPT (se incorporado num tratado bilateral) prevalecerá sobre a regra anti abuso inerente. Além disso, como resultado da cláusula de compatibilidade, o PPT substituirá as GAAR dos tratados bilaterais. Além disso, como demonstrado, é apresentado que o PPT (e o Princípio orientador Geral Anti Abuso) não se deve aplicar a situações que são abrangidas por alguma SAAR do tratado, apenas atuando em caso de insuficiência destas. Além disso, no futuro, questões relativas a empresas intermediárias (bem como acordos com tais empresas) devem ser analisadas de acordo o PPT<sup>436</sup>. Consequentemente, a aplicação de tratados fiscais torna-se menos certa e mais controversa. Portanto, é recomendável que apenas a regra anti abuso do PPT seja usada para combater o abuso de tratados. Obviamente, se a regra é aplicável ou não, dependerá dos factos e circunstâncias precisos de cada situação<sup>437</sup>.

Como opção surge também a possibilidade de se adaptar a CMOCDE e os seus Comentários às modificações introduzidas pelo MLI, estabelecendo-se assim o paralelismo entre a bilateralidade e a multilateralidade e podendo ser mais fácil a coabitação do PPT com outras normas anti abuso. Não obstante, dadas as várias normas optativas e as reservas do MLI a inclusão destas explicações interpretativas no documento relativo à CMOCDE torná-lo-á demasiado extenso.

---

<sup>434</sup> OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p. 23.

<sup>435</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 58.

<sup>436</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 117.

<sup>437</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 58.



Agrava-se assim a possibilidade de interpretação da norma do PPT com outras normas anti abuso das CDT, e carece-se de uma resposta da OCDE. Na realidade, a pouca harmonização dos conceitos de “*objetivo principal*”, “*um dos principais objetivos*” e outros diferentes constantes em alguns tratados bilaterais e outros instrumentos normativos deveria ter sido mais especificado<sup>438</sup>. Assim torna-se difícil haver uma interpretação harmonizada legislativa e conceptual no âmbito do Direito Fiscal Internacional e deve também existir intercâmbio de decisões judiciais relativas a conflitos gerados pelo PPT nas CDT que o incluam, a base de dados criada pelo IBFD agrega um número considerável de decisões relativas a acordos fiscais internacionais – “*Tax Treaty Law Database*”<sup>439</sup> – e pode tornar-se um mecanismo de ajuda. A criação e o desenvolvimento de uma organização internacional onde os juízes se pudessem reunir regularmente para discutir os assuntos fiscais que consideram relevantes entre si – “*Internacional Association of tax judges*”<sup>440</sup> – lograria também configurar-se como uma solução.

No entanto o ideal seria a criação de uma “*International Tax Language*”<sup>441</sup> que harmonizasse os conceitos internacionais e nacionais poderia ser uma solução mas há obstáculos a impedir a sua criação como a ausência de um tribunal internacional para a desenvolver e a prioridade das leis domésticas. No caso concreto do PPT ajudaria a haver uma densificação até do conceito de objetivo principal que levaria a reduzir um pouco o poder discricionário às autoridades nacionais e reequilibrar a balança com os contribuintes.

### 3.3 PPT do MLI e o Direito Nacional

Em relação ao artigo 3.º (2) do Modelo da OCDE, a questão decisiva prende-se com o facto de se o Direito interno prevalece sobre uma interpretação autónoma do tratado. Por outro lado, a decisão a ser tomada nos termos do artigo 2.º (2) do MLI é aquela entre uma interpretação autónoma em relação ao MLI e referência à CDT. Isso significa que a lei interna não pode desempenhar um papel na interpretação regida pelo artigo 2.º (2) do MLI, a menos que o artigo 3.º (2) do Modelo da OCDE seja aplicável.

---

<sup>438</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 117.

<sup>439</sup> *Tax Treaty Law Database*, IBFD.

<sup>440</sup> WIJNEN, W., Conferência sobre o tema: “*Convergence of the Interpretation of Tax Treaties*”, Universidade do Minho.

<sup>441</sup> WIJNEN, W., Conferência sobre o tema: “*Convergence of the Interpretation of Tax Treaties*”, Universidade do Minho.

Há termos que não podem ser definidos exclusivamente pelo recurso à CDT em questão, mas devem ser interpretados pela avaliação do seu contexto. O contexto do MLI, portanto, pode e irá, em certas circunstâncias limitadas, exigir que a legislação interna dos Estados contratantes seja levada em consideração.

Verificado que em certas circunstâncias se configura como necessário o recurso à lei interna dos Estados para se interpretar termos ou disposições do MLI, cumpre atentar na interação do PPT (visto que é o requisito fundamental para o cumprimento do padrão mínimo) com as normas anti abuso nacionais. Isto decorre porque como referido no Relatório da Ação 6 do BEPS, foram desenvolvidas instruções de medidas nacionais anti abuso.

Deve ser feita uma distinção entre regras anti abuso domésticas que negam benefícios do tratado bilateral quando o contribuinte se envolve em transações ou construções para obter benefícios do tratado indevidamente e regras anti abuso domésticas que contrariam o abuso do Direito nacional, como o estudo versa sobre o abuso de tratados fiscais apenas nos focaremos no primeiro tipo apresentado.

O abuso de tratados fiscais pode ser contrariado ao nível da lei interna por regras anti abuso como GAAR ou SAAR. Surge a questão de como essas regras interagem com os tratados tributários. Embora a discussão sobre a interação entre normas anti abuso domésticas e tratados tributários esteja além do escopo dessa contribuição, a visão da OCDE sobre a interação das SAAR domésticas com os tratados tributários parece ser diferente quando comparada à sua própria opinião sobre a interação dos GAAR domésticos com tratados bilaterais.

Especificamente, no contexto das GAAR nacionais os conflitos não surgirão quando os *"principais aspetos dessas regras gerais anti abuso domésticas estiverem em conformidade com o PPT"*<sup>442</sup>. Da mesma forma, no que diz respeito à interação de Doutrinas judiciais com tratados tributários, tendo em conta o Princípio Geral Anti Abuso orientador *"não haverá conflito entre convenções fiscais e Doutrinas judiciais contra o abuso de tratados"*<sup>443</sup>. Partilha-se do entendimento de que o Direito interno e o Direito Internacional são duas esferas jurídicas diferentes que se tocam em alguns pontos fundamentais<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 70

<sup>443</sup> OECD, G20, *Action 6 Final Report BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p. 70

<sup>444</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 120.

Entende-se a opinião de que a aplicação de normas anti abuso nacionais podem conflitar com um tratado tributário dependendo da redação e do propósito da cláusula do tratado pertinente.

Dito isto, entende-se que, se um tratado tributário tem uma cláusula de salvaguarda, que autoriza um Estado a aplicar regras internas anti abuso, então não se pode argumentar que surge um conflito, no entanto pode levar a algumas incongruências. Além disso, as regras anti abuso domésticas podem ser usadas para interpretar termos indefinidos de tratados<sup>445</sup>. Isso porque o artigo 3.º (2) do Modelo da OCDE faz referência à lei interna do Estado que aplica o tratado. Como as regras internas anti abuso fazem parte da legislação tributária interna do Estado que aplica o tratado, tais regras podem ser utilizadas para dar sentido a um termo indefinido no tratado bilateral. Consequentemente, se uma Doutrina ou Jurisprudência doméstica, a GAAR nacional ou mesmo uma SAAR for aplicada para interpretar um termo, então esse significado terá precedência. Esta posição está, é claro, sujeita à limitação do “*contexto*” do tratado tributário. No nosso entendimento, apenas se deve recorrer a meios de combate ao abuso internos para interpretação de termos se tal se configurar como estritamente necessário.

Não há dúvida de que várias questões surgem da aplicação de regras internas anti abuso a situações transfronteiriças regidas por tratados fiscais. Portanto, as regras domésticas anti abuso não devem ser usadas para combater o abuso de tratados. Especificamente, não devem ser usadas porque tais regras expressam a aplicação unilateral da lei interna. A aplicação unilateral poderia redistribuir os direitos de tributação e levar à dupla tributação (jurídica ou económica). Consequentemente, a aplicação de tratados tributários torna-se menos certa e mais controversa quando as regras domésticas anti abuso são aplicadas. Por essa razão, recomenda-se que apenas as regras anti abuso do tratado sejam usadas para combater o abuso de tratados. Por outras palavras, o abuso de tratados deve ser neutralizado apenas por medidas de tratados como o PPT, a cláusula LOB ou outras SAAR. Isso ocorre porque tais regras, quando incorporadas em tratados tributários, expressam as intenções comuns dos contratantes do tratado<sup>446</sup>. As normas internas apenas devem ser utilizadas, e em último recurso, para interpretar termos indefinidos nos tratados bilaterais, como já foi salientado.

---

<sup>445</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 122.

<sup>446</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 122.

No que diz respeito à implementação do padrão mínimo, a OCDE sugeriu aos Estados que aplicassem a cláusula LOB e o PPT juntamente com medidas domésticas anti abuso para neutralizar os comportamentos abusivos.

No nosso entendimento, as regras domésticas anti abuso não devem ser usadas para combater o abuso de tratados fiscais bilaterais, pois podem entrar em conflito com as disposições do tratado. Além disso, como já sublinhado, tais regras poderiam redistribuir os direitos de tributação e conduzir a situações de dupla tributação<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> CHAND, Vikram, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 122.



## CAPÍTULO IV – A RELAÇÃO DAS NOVAS NORMAS ANTI ABUSO COM O DIREITO EUROPEU

### 4.1 A Diretiva Anti Elisão

A comissão europeia tem Estado na linha da frente no combate ao BEPS<sup>448</sup>. Várias iniciativas podem constatar a verificação deste facto, como a proposta de uma cláusula geral anti abuso e uma regra anti híbridos na Diretiva das Sociedades Mãe e das Sociedades Subsidiárias<sup>449</sup> e propôs também a troca automática de informações vinculativas<sup>450</sup>.

O pacote anti abuso e o pacote da reforma do imposto societário foram o culminar destas iniciativas ambos de 2016. Este pacote tem como objetivo coordenar a adoção das medidas recomendadas pela OCDE nas ações do plano BEPS<sup>451</sup>. A aplicação do BEPS de modo harmonizado na União Europeia é uma condução essencial para o funcionamento do mercado interno, embora não garanta o seu funcionamento pleno<sup>452</sup>. A interpretação distinta por parte de cada Estado das recomendações da OCDE cria obstáculos e barreiras ao mercado interno. Como o combate ao planeamento fiscal agressivo e ao abuso de tratados pretende reduzir e eliminar disparidades, a introdução de diferentes medidas na concretização do BEPS conduz a novas situações díspares, o que leva ao aparecimento de novas duplas tributações e duplas não tributações, tornando-se um ciclo vicioso. A Comissão Europeia tem consciência destes riscos, como resulta do da Diretiva Anti Elisão Fiscal<sup>453</sup>.

A Diretiva Anti Elisão foi aprovada no dia 12 de julho de 2016. Pode defender-se que a harmonização de regras anti abuso é relevante para o bom funcionamento do mercado interno e por isso compatível com o artigo 115.º do TFUE. A iniciativa justifica-se pelo artigo 7.º do TFUE uma vez que atua em prol dos interesses da União Europeia, uma vez que a cobrança de impostos, embora se tratem de impostos nacionais, é do interesse do bom funcionamento do mercado interno<sup>454</sup>.

---

<sup>448</sup> RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2018, p.187 e ss.

<sup>449</sup> Diretiva n.º 2011/96/UE.

<sup>450</sup> RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2018, p. 145 e ss.

<sup>451</sup> DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 103 e ss.

<sup>452</sup> AUJEAN, Michel, "Plea For a New Tax Package", *EC Tax Review*, 2015, páginas 60 e ss.

<sup>453</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016

<sup>454</sup> DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 103 e ss.

A ATAD contém regras mínimas anti abuso relativas aos impostos dos Estados-Membros, no entanto, dependem sempre da forma como os Estados vão transpor as normas recomendadas. A ATAD não impede a aplicação de disposições internas ou convencionais que tenham como objetivo salvaguardar um nível de proteção mais elevado para as bases de imposto nacional sobre as sociedades. Se os Estados-Membros mantiverem as regras anti abuso que já estão em vigor e acrescentarem os aspetos que não estão ainda tratados, não haverá uma verdadeira harmonização, mas apenas uma questão de compatibilidade do Direito interno com a Diretiva e com o TFUE.

Algumas recomendações das ações do projeto BEPS têm tradução na Diretiva, como as regras do CFC, as limitações à dedutibilidade de juros e normas anti abuso. Por isso pode considerar-se a Diretiva como a concretização multilateral do projeto BEPS para os Estados-Membros da União Europeia<sup>455</sup>.

Os objetivos da Diretiva são apresentados como a necessidade de garantir que o imposto é pago no país onde o valor económico é gerado, também atingir soluções comuns consistentes com o combate à erosão da base tributária e transferência de lucros, que sigam a linha de pensamento da UE no sentido de coordenar as medidas a aplicar no mercado interno para existir uma maior harmonização legislativa no intuito de garantir a coesão das economias europeias. Tem como alvo fundamental o combate ao abuso de tratados fiscais e visa reforçar o nível de proteção contra o planeamento fiscal agressivo tendo em conta as diferenças legislativas fiscais dos diferentes Estados-Membros. Deste modo, faz parte dos objetivos criar regras aplicáveis a todos os contribuintes sujeitos a imposto societário num Estado-Membro assim como regras que permitam lutar contra o BEPS como limites à dedutibilidade de juros, regras sobre CFC, impostos à saída, regras de inversão regras relativas aos *hybrid mismatches* e uma cláusula geral anti abuso e ainda, acrescenta-se eliminar a dupla tributação que possa resultar da aplicação destas regras<sup>456</sup>.

De salientar que há várias medidas aprovadas pela Diretiva que constituem presunções legais de abuso, no entanto são regras não discriminatórias e por isso compatíveis com as liberdades fundamentais do TFUE, contrariamente à cláusula LOB do MLI, como veremos adiante.

---

<sup>455</sup> DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 112 e ss..

<sup>456</sup> JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 232.

A Diretiva Anti Elisão contém regras comuns que concretizam as recomendações da OCDE e adaptam o mercado interno segundo a Jurisprudência do TJUE<sup>457</sup>. As regras da Diretiva destinam-se ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas residentes na UE e abrangem os estabelecimentos estáveis situados dentro do mercado único europeu, mesmo que sejam residentes de um terceiro Estado<sup>458</sup>.

A Diretiva não tem como finalidade a harmonização de taxas, o que seria essencial para eliminar a concorrência fiscal mas trata-se de um objetivo que se afasta da vontade dos Estados-Membros, mesmo no quadro de uma harmonização de bases consolidadas.

Neste campo levantam-se duas questões: como o MLI pode afetar os aspetos legislativos da UE relativos ao poder tributário dos Estados-Membros e até que medida as leis europeias permitem a implementação do MLI dentro do espaço económico europeu.

Se a curto prazo as normas unilaterais podem trazer vantagens em termos de competitividade económica, no entanto, a longo prazo este tipo de iniciativas pode ir contra a mensagem do MLI e do plano de ação BEPS que defende vigorosamente que os países devem trabalhar juntos para abordar os problemas e alcançarem um consenso.

Como já referido, a Diretiva abarca as recomendações da OCDE relativamente ao BEPS, mas cumpre atentar nas normas relativas ao abuso de tratados, principalmente no PPT que é o garante do padrão mínimo. Deste modo, será fundamental relacionar a cláusula geral anti abuso da Diretiva europeia e a cláusula correspondente no MLI.

## 4.2 A Cláusula Geral Anti Abuso da ATAD e o PPT

A ATAD também contém uma cláusula geral anti abuso com uma formulação bastante simples quando comparada com outras cláusulas do mesmo género.

Nos termos do artigo 6.º da Diretiva Anti Elisão, o abuso ocorre no caso de esquemas não genuínos, na medida em que os esquemas não foram adotados por razões económicas comerciais válidas<sup>459</sup>. A existência de substância económica, genuinidade e razões económicas válidas terá que ser interpretada segundo o Direito Comunitário e a Jurisprudência do TJUE<sup>460</sup>.

---

<sup>457</sup> Diretiva do Conselho, 16/1164 UE de 12 de julho.

<sup>458</sup> JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 231 e ss.

<sup>459</sup> JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 231.

<sup>460</sup> ANA GABRIELA ROCHA, *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária*, Cadernos IDEFF, n.º 17, Almedina, 2014, capítulo II.



Segundo a disposição normativa não são genuínos os esquemas que, ponderados todos os factos e circunstâncias, tenham sido adotados com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal contrária ao objeto e propósito das normas aplicáveis.

A GAAR da Diretiva Anti Elisão codifica os elementos da Jurisprudência do TJUE sobre o Princípio do Abuso<sup>461</sup>. Este princípio é comum a todas os impostos e todas as matérias de Direito Europeu, com as suas adaptações a cada área do Direito.

A Jurisprudência do TJUE contrapõe esquemas artificiais a esquemas genuínos (*Cadbury-Schweppes*)<sup>462</sup>, e a Diretiva optou por definir positivamente genuinidade, talvez pelo facto de a artificialidade ser mais difícil de demonstrar, especialmente quando envolvidos movimentos financeiros. Por isso, para fugir do conceito de artificialidade ou para não o utilizar expressamente, a opção passou pela definição de genuinidade através do conceito de “razões comerciais válidas que refletem a realidade económica”<sup>463</sup>.

A GAAR pode parecer uma regra ortodoxa, referindo-se a uma “finalidade essencial” de prática abusiva como condição de se verificar efetivamente o abuso. Cabe saber até que ponto a Jurisprudência *Cadbury Schweppes* vai ser modificada pela interpretação da nova GAAR. Neste caso o TJUE referiu-se à artificialidade do esquema como critério aferidor do abuso, dando o exemplo das caixas postais<sup>464</sup>, e contrapôs as operações genuínas às artificiais. Não foram aceites os contra argumentos relacionados com a proporção entre o montante de lucros tributados na Irlanda e a criação de valor nesse país para aferir a existência de uma realidade económica<sup>465</sup>.

Cabe saber se a GAAR vai permitir uma tributação que tenha em conta a proporção entre o montante a tributar e o valor criado, através de elementos ligados ao “*grau de existência fiscal*” de uma entidade. No MLI a inexistência de razões comerciais válidas implica a avaliação dessa proporção. Tendo em conta a Jurisprudência do TJUE sobre abuso é natural que ou a Diretiva ou as diversas legislações nacionais que a transpõem sejam postas em causa.

Todavia, KEMMEREN defende que a regra do PPT contém uma presunção de abuso o que não é compatível com o Direito Comunitário, por ser demasiado vago e ambíguo, embora

---

<sup>461</sup> DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 118.

<sup>462</sup> TJCE: Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes PIC*, n.ºs 65 a 70.

<sup>463</sup> JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 234.

<sup>464</sup> “A artificialidade, especialmente ligada às caixas postais, tem limitado o controlo do abuso na UE. Se não se tratar de uma caixa postal, pode entender-se que existe uma presença efetiva.” DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 103 e ss.

<sup>465</sup> TJCE: Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes PIC*, n.ºs 65 a 70

possua semelhanças<sup>466</sup>. Não obstante as semelhanças KEMMEREN sublinha que a regra do PPT poderá ser contrária ao conceito de abuso do TJCE, que afirma que a obtenção dos benefícios fiscais têm de consistir no objetivo essencial da transação<sup>467</sup>. Para efeitos da cláusula geral anti-abuso os esquemas fictícios acontecem quando os contribuintes têm como finalidade principal ou como uma das finalidades principais obter uma vantagem fiscal, essa vantagem fiscal anular o objeto das disposições fiscais normalmente aplicáveis ou anular a finalidade dessas disposições<sup>468</sup>. Saber quais são as disposições fiscais normalmente aplicáveis implica averiguar qual a tributação que ocorreria na ausência de artificialidade.

A definição de “*não genuína*” é feita por referência a razões económicas válidas que reflitam a realidade económica e esclarece-se que em caso de abuso a carga fiscal é calculada de acordo com base na “*substância económica*”, interpretada de acordo com a legislação nacional.

O TJUE terá de interpretar o conceito de construções e transações não genuínas, ou seja, de razões económicas válidas. Todavia, analisar o significado deste conceito para efeitos da aplicação das leis nacionais implica necessariamente uma densificação por parte dos tribunais nacionais. Caberá a estes interpretar o objeto e finalidade das disposições fiscais nacionais objeto de abuso fiscal<sup>469</sup>.

O Princípio da Proporcionalidade aplicado pelo TJUE aos casos de abuso, e que na prática tem invalidado as presunções inilidíveis de abuso, não se encontra vertido neste preceito legal, podendo entender-se que não existe tal necessidade uma vez que, por ser um princípio geral, não necessita de estar mencionado. Ainda assim contraria o escopo do PPT que se configura como mais fácil de provar para as autoridades nacionais do que o da GAAR da ATAD.

O artigo 6.º não é assim uma regra mínima quanto ao conceito de abuso, mas, ainda assim, há uma abertura para que a legislação interna vá mais longe, pois segundo o n.º 3 a obrigação fiscal é calculada de acordo com o Direito nacional. Deve interpretar-se a obrigação fiscal em sentido estrito, ou seja, desconsiderando os esquemas adotados e tributando segundo os esquemas genuínos. Alguns Estados aplicam sanções substancialmente pesadas a comportamentos abusivos, o que se prende, em alguns casos, por uma consequência negativa

---

<sup>466</sup> KEMMEREN, Eric, “Where is EU Law in the OCDE BEPS Discussion?” EC Tax Review, 2014 p. 192.

<sup>467</sup> KEMMEREN, Eric, “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, EC Tax Review, 2014, p. 192.

<sup>468</sup> DOURADO, Ana Paula, “Aggressive Tax Planning in the EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, Intertax, 2015, p. 42

<sup>469</sup> BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, Preventing Treaty Abuse, Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 336.

do Plano de Ação BEPS e do impacto que teve nos meios de comunicação social e na opinião pública<sup>470</sup>.

A GAAR na Diretiva tem como objetivo conferir às autoridades nacionais o poder de recusar aos contribuintes o benefício de regimes fiscais abusivos<sup>471</sup>. Há uma preocupação da Comissão em propor uma cláusula que respeite a Jurisprudência do TJUE<sup>472</sup>. Dentro da UE, quer a GAAR quer a maior parte das cláusulas específicas previstas na Diretiva têm uma aplicação limitada a esquemas não genuínos. Na ausência de artificialidade, e também na linha da Jurisprudência do TJUE, o contribuinte deveria dispor do direito de optar pela estrutura mais eficiente em termos fiscais para a sua atividade<sup>473</sup>.

O facto de a Diretiva conter regras *ad minimis* não ajuda a atingir a aplicação uniforme. A regra geral anti abuso dará origem a muitas dúvidas interpretativas. Ela não é propriamente uma regra *ad minimis*, pois consagra os limites da Jurisprudência relacionados com a genuinidade. Alguns Estados-Membros já têm GAAR compatíveis com a Diretiva pelo que não necessitam de alterar a sua legislação nacional. Deve haver um trabalho conjugado entre os tribunais nacionais e o TJUE para eliminar dúvidas de interpretação.

Coloca-se a questão de saber se caso não exista GAAR num ordenamento jurídico interno esta tem que ser transposta. Os Países Baixos recorrem a um princípio geral do Direito como a fraude à lei como Doutrina anti abuso.

Como referido, existem algumas semelhanças, o PPT aplica-se aos benefícios da convenção abrangida, a UE GAAR aos benefícios da Diretiva. Isto significa que a vantagem fiscal deve ser obtida no uso dos benefícios da convenção ou Diretiva para o PPT ou a GAAR da ATAD se aplicarem<sup>474</sup>.

Em contraste com a GAAR da ATAD, o PPT explica que a transação ou construção deve resultar direta ou indiretamente no benefício. A palavra “*indireto*” pretende esclarecer que também estão abrangidas as pessoas que reivindicam os benefícios de um tratado fiscal em relação a um acordo que, por si só, não é assumido como um dos principais objetivos da obtenção do benefício. Apesar da falta desta formulação ampla na regra geral anti abuso

---

<sup>470</sup> DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, p. 129.

<sup>471</sup> BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, Preventing Treaty Abuse, Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 337.

<sup>472</sup> RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 231 e ss.

<sup>473</sup> BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, Preventing Treaty Abuse, Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 338.

<sup>474</sup> WEBER, Dennis, “*The New Common Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*”, Intertax, 2016, p.111

européia, isso não constitui uma diferença essencial com o PPT. Afinal, na GAAR europeia, essa ligação indireta é refletida pela "*abordagem de extensão*".

A dificuldade do teste subjetivo manifesta-se na impossibilidade de provar uma intenção. Tanto o texto do PPT quanto a GAAR da ATAD explicam que se deve derivar essa intenção de "*considerar todos os factos e circunstâncias*"<sup>475</sup>. No entanto, a interpretação desta afirmação é diferente.

Em contraste com a regra europeia, o PPT afirma que deve ser "*razoável concluir*" que um dos principais objetivos era obter um benefício. Do ponto de vista do Direito da União Europeia, esta formulação provavelmente criará demasiada incerteza para os contribuintes e, por essa razão, será inaceitável para o TJUE. Afinal, o TJUE defendeu que as regras devem ser suficientemente claras, precisas e previsíveis. Seguindo esta linha de raciocínio, o ónus da prova que recai sobre a autoridade fiscal deveria ser mais exigente ao abrigo da norma europeia do que ao abrigo do PPT. No entanto, há Doutrina que argumenta que o PPT e a GAAR da ATAD se assemelham neste ponto e que é preferível que ambos sejam interpretados da mesma maneira<sup>476</sup>.

O teste subjetivo do PPT analisa se a obtenção do benefício era "*um dos principais objetivos*" do acordo ou transação. O teste subjetivo da norma europeia é realizado quando a obtenção da vantagem fiscal foi "*a finalidade principal ou uma das finalidades principais*"<sup>477</sup>. Como tal, o texto dos testes subjetivos são bastante parecidos. Uma leitura literal leva à conclusão de que mesmo uma transação ou construção inspirada por um objetivo principal que não esteja diretamente relacionado com a obtenção de um benefício do tratado bilateral ou da Diretiva, pode ser considerado abusivo se o benefício também é um dos objetivos<sup>478</sup>.

No entanto, a formulação da GAAR da ATAD é muito semelhante ao texto da GAAR na Diretiva relativa às fusões. O CJUE interpreta essa disposição anti abuso na sua Jurisprudência defendendo que o objetivo essencial da transação deve residir na obtenção de uma vantagem fiscal. Isso tem como consequência que, de acordo com a legislação da UE, os testes subjetivos só se verificam se o objetivo dominante da construção ou transação for obter a vantagem fiscal.

---

<sup>475</sup> RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 234.

<sup>476</sup> BERGMANS, Ashley *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, Preventing Treaty Abuse, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 338.

<sup>477</sup> Artigo 6.º Diretiva do Conselho, 16/1164 UE de 12 de julho

<sup>478</sup> BERGMANS, Ashley *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives* Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 345.

O teste da realidade não genuína/económica é explícito na norma europeia, mas não no PPT. Embora não explicitamente incluído, este teste de realidade económica também parece fazer parte do PPT, uma vez que o Relatório final da Ação 6 define o objetivo geral das convenções fiscais bilaterais como "*proporcionar benefícios em relação a troca de bens e serviços de boa-fé e a movimentação de capital e serviços*"<sup>479</sup>. Encontra-se também uma referência a "*razões comerciais válidas*" pode ser encontrada no Relatório da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Pode então argumentar-se que o teste da realidade não genuína/económica pode, implicitamente, ser encontrado no PPT. A inspiração para a interpretação do teste de realidade não genuína/económica sob o UE GAAR pode provavelmente ser desenhada para isso.

Além do teste subjetivo, tanto o PPT quanto a norma europeia abarcam um teste objetivo<sup>480</sup>.

No PPT, este objetivo é formulado como uma exceção. Cabe ao contribuinte provar que os requisitos desta exceção se verificam, logo o ónus da prova recai quase exclusivamente sobre os contribuintes. De acordo com o PPT, parece existir uma presunção de que a condução ou transação não está alinhada com o objeto e propósito do tratado, a não ser que o contribuinte prove o contrário. O ónus recai sobre o contribuinte para demonstrar que "*a concessão desse benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes da Convenção*". Na GAAR da ATAD, tal presunção está ausente, o que leva à conclusão, no nosso entendimento, de que o ónus da prova é mais repartido, no entanto, será sempre mais desequilibrado para o lado do contribuinte.

Os resultados desencadeados pela aplicação do PPT e da regra europeia são semelhantes. Para ambas as regras anti abuso, a consequência legal é que os benefícios não podem ser concedidos. Existem maneiras possíveis de interpretar "*não conceder o benefício*". Nem o PPT e a norma europeia dão qualquer orientação de interpretação<sup>481</sup>.

A Diretiva Anti Elisão, no entanto, afirma que "*caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos*

---

<sup>479</sup> RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, p. 235.

<sup>480</sup> WEBER, Dennis, "*The New Common Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*", Intertax, 2016, p.112.

<sup>481</sup> BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives* Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 346.

*termos do Direito nacional*<sup>482</sup>. Deste modo entende-se que a UE GAAR não exclui a aplicação de disposições nacionais ou baseadas em acordos que sejam necessárias para evitar o abuso fiscal.

O PPT e o conceito UE GAAR têm muito em comum. No entanto, existem diferenças. O PPT fala sobre "*um dos principais objetivos*" enquanto o EU GAAR faz referência a "*finalidade principal ou uma das finalidades principais*", mas isso não é considerado uma diferença substancial. O PPT não inclui explicitamente o teste da realidade não genuína/económica, mas, pode argumentar-se corretamente que este teste está implicitamente presente no PPT. Ainda assim, a convicção que fica é que a norma Europeia é mais densa e dá menos margem a interpretações desiguais.<sup>483</sup>

Do ponto de vista do Direito da União Europeia, o PPT pode dar origem a pontos de crítica. A expressão "*é razoável concluir que um dos principais objetivos foi obter um benefício*" pode criar muita incerteza para o contribuinte. Em segundo lugar, a não inclusão explícita do teste da realidade não genuína/económica. Estes pontos caracterizam o PPT como uma norma que confere maior poder discricionário às autoridades nacionais e tornam-se mais penalizadores para os contribuintes.

Existem algumas diferenças presentes, mas no geral há uma forte semelhança. Esta é a razão pela qual é preferível que sejam interpretados da mesma maneira, de modo que se possa extrair algumas das diretrizes da OCDE sobre o PPT proposto. A importância desta conclusão não deve ser subestimada, uma vez que o TJUE já reconheceu o significado do Comentário da OCDE na sua Jurisprudência<sup>484</sup>.

Ainda assim, relativamente ao "*principal purpose test*" e também à cláusula "*discretionary relief*", KEMMEREN vê duas falhas: a incerteza gerada pela expressão "*se for razoável concluir*" e a desconformidade com a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia do significado da expressão "*um dos principais objetivos*".<sup>485</sup> Quanto à incerteza gerada pela expressão "*se for razoável concluir*", este autor baseia-se no Acórdão *Itelcar*<sup>486</sup>. Estava em causa que o termo "*relações especiais*" não estava suficientemente definido, que não satisfazia o Princípio da Segurança Jurídica, e que, por isso, não poderia constituir uma restrição

---

<sup>482</sup> Artigo 6.º, n.º 3 da Diretiva do Conselho, 16/1164 UE de 12 de julho.

<sup>483</sup> BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives* Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 347.

<sup>484</sup> BERGMANS, Ashley *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives* Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016, p. 338.

<sup>485</sup> KEMMEREN, Eric, «*Where is EU Law in the OECD BEPS discussion?*».p. 192.

<sup>486</sup> Processo C-282/12.

das liberdades fundamentais justificada. Se, de facto, uma expressão como “*relações especiais*” é ambígua, o mesmo não se pode dizer de uma expressão como “*um dos principais objetivos*”, que, apesar de ser um critério mais aberto, não traz grandes dúvidas quanto ao seu possível conteúdo hermenêutico. No entanto, não se acolhe deste entendimento. Ademais, porque é um teste subjetivo deste género que o Tribunal de Justiça da UE manda aplicar em vários Acórdãos<sup>487</sup>, assim como inclui expressões parecidas na Diretiva *Parent-Subsidiary*. Quanto ao segundo ponto, a divergência entre as expressões “*a finalidade essencial*” da Jurisprudência comunitária e “*um dos principais objetivos*” da proposta da OCDE, embora tenha cabimento, é posteriormente introduzida na Diretiva ATAD a expressão “*finalidade principal ou uma das finalidades principais*”. De facto, o Tribunal de Justiça, tendo sido chamado a clarificar a Jurisprudência do Acórdão *Halifax*, disse que “*em todo o caso, as operações em causa no processo principal tiveram a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal, o Tribunal de Justiça não elevou essa circunstância à categoria de condição da existência de uma prática abusiva, tendo simplesmente sublinhado que, no litígio submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, o limiar mínimo que permite qualificar uma prática de abusiva tinha sido ultrapassado*”. Entende-se, no nosso entendimento, que não se deve fazer uma leitura literal da expressão do Acórdão *Halifax*, e que se admitirá um “*principal purpose test*” ou uma “*discretionary relief clause*” como as normas que a OCDE prevê<sup>488</sup>. Acresce-se ainda que o termo utilizado na ATAD “*finalidade principal ou uma das finalidades principais*” tem um escopo bastante semelhante ao PPT, e como tal, parece que o PPT se encontra em concordância com o Direito Comunitário.

### **4.3 Cláusulas de Limitação de Benefícios e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**

A consagração de cláusulas LOB em CDT na qual são partes Estados-Membros da UE suscita dúvidas quanto à compatibilidade das mesmas com o Direito Comunitário, em particular com as liberdades fundamentais. Ao restringirem o âmbito pessoal das CDT e recusarem a atribuição de benefícios a pessoas que não reúnam os requisitos exigidos, estas cláusulas criam

---

<sup>487</sup> Acórdão *Part Service*, processo C-425/06, ponto 58; Acórdão *Halifax*, processo C- 255/02.

<sup>488</sup> Acórdão *Halifax*, processo C- 255/02, ponto 81.

um tratamento diferenciado e desvantajoso para quem não passa os seus testes. Com efeito, na perspetiva das liberdades fundamentais prescritas no TFUE, a aplicação de cláusulas LOB conduz ao tratamento diferenciado entre dois residentes do mesmo Estado. De facto, se as pessoas, como já vimos, não preencherem os requisitos de pessoa qualificada vêm ser-lhes negados os benefícios previstos na CDT por se considerar que não existe uma ligação económica suficientemente forte. Estas cláusulas criam requisitos adicionais para que os contribuintes possam aceder aos benefícios de uma CDT além do requisito da residência.

Verifica-se desde já que este tipo de cláusulas pode obstar à liberdade de estabelecimento e à liberdade de circulação de capitais. Nesta linha o TJUE tem decidido que as liberdades fundamentais apenas podem ser restringidas em circunstâncias excepcionais, tendo tais restrições, quando justificadas, que ser proporcionais aos objetivos prosseguidos, nomeadamente no combate às práticas de *treaty shopping*.

A liberdade de estabelecimento reparte-se em liberdade de estabelecimento primário (direito de residência fiscal) e o direito de estabelecimento secundário (direito à constituição de agências, sucursais ou filiais por um residente de outro Estado-Membro no território de um Estado da UE)<sup>489</sup>. Nestes termos existirá uma situação discriminatória no caso de uma sociedade sediada num determinado Estado-Membro que seja detida por um residente de outro Estado-Membro seja sujeita, no momento da distribuição de dividendos ao seu detentor, a uma carga fiscal superior àquela que seria sujeita uma entidade sediada nesse Estado-Membro. Adicionalmente, se da cláusula LOB resultar uma situação de dupla tributação económica, existirá também uma violação à liberdade de estabelecimento, uma vez que a dupla tributação constitui um grande obstáculo a este princípio<sup>490</sup>.

Quanto à liberdade de circulação de capitais, entende-se por movimento de capital qualquer transferência de capital de um Estado-Membro para outro, abrangendo as filiais e sucursais<sup>491</sup>. Como tal, facilmente se compreende que esta liberdade é essencial no que toca ao exercício do direito de estabelecimento secundário, pois sem a transferência de capital do Estado-Membro da sede da sociedade mãe para o Estado-Membro da sociedade subsidiária invalida o exercício desse direito.

---

<sup>489</sup> DOURADO, ANA PAULA, "Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Direta" Coimbra, Wolters Kluwer, 2010, p. 77 a 84.

<sup>490</sup> VOGEL, GUTMANN, DOURADO, "Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law", in EC Tax Review, vol. 15, 2006, p 92.

<sup>491</sup> DOURADO, ANA PAULA, "Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Direta" Coimbra, Wolters Kluwer, 2010, p. 51.



Duas questões a que se deve, inicialmente, retorquir: se os Estados-Membros podem celebrar CDT, e se o Direito da União Europeia é aplicável a essas Convenções de Dupla Tributação, que podem envolver Estados não pertencentes à União Europeia ou ao Espaço Económico Europeu<sup>492</sup>.

A justificação da primeira questão é pacífica. Como decorre do Acórdão *Gilly*<sup>493</sup>, os Estados-Membros têm ampla liberdade, em matéria de impostos diretos e fora das poucas matérias uniformizadas por Diretiva, para delinear a sua competência fiscal em colaboração com outros Estados, ainda para mais seguindo a prática internacional estabelecida pela OCDE.

Quanto ao segundo quesito, a refutação é também positiva – como resulta dos Acórdãos “*Open Skies*”<sup>494</sup>, nem os acordos internacionais celebrados com terceiros Estados estão salvaguardados do respeito pelas liberdades comunitárias. Neste caso, a Comissão Europeia contestou no Tribunal de Justiça os acordos de “*Open Skies*” celebrados entre nove Estados-Membros e os Estados Unidos da América com base na falta de competências dos Estados e com base na violação da liberdade de estabelecimento, dado que os ditos acordos continham cláusulas que permitiam aos Estados Unidos da América recusar autorizações a transportadoras cuja propriedade e controlo efetivo não pertencesse a nacionais dos EUA ou desses Estados-Membros. O Tribunal considerou que havia violação da liberdade de estabelecimento e do respetivo dever de tratamento nacional. Há alguma Doutrina que, baseando-se também nos já mencionados Acórdãos “*Open Skies*” e partindo do Princípio da Cooperação Leal<sup>495</sup>, defende que os Estados devem procurar pôr fim aos acordos internacionais que tenham celebrado e que estejam em desconformidade com o Direito da União Europeia<sup>496</sup>.

Resulta assim que a liberdade dos Estados em matéria de tributação direta é conformada pelo respeito das liberdades da União Europeia. Como refere o TJUE “*embora, no estado atual do Direito Comunitário, a matéria dos impostos diretos não se encontre enquanto tal incluída na esfera de competências da Comunidade, não é menos certo que os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm respeitando o Direito Comunitário*”<sup>497</sup>. A

---

<sup>492</sup> MARQUES, André Sant’ana, «*Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping - As Cláusulas de Limitação dos Benefícios*», AAFDL Editora, 2017, p. 139 e ss.

<sup>493</sup> Processo C-336/96, p. 23-30.

<sup>494</sup> Processos C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98, C-476/98 e ainda C523/04.

<sup>495</sup> 4.º/3 do Tratado da União Europeia.

<sup>496</sup> HINNEKENS, Luc, «*Compatibility of Bilateral Tax Treaties with EC Law*», EC Tax Review, 1994, p.148

<sup>497</sup> Processo C-279/93, p. 21, C298/05, ponto 27 e C265/04, p. 28.

partir do momento em que o Estado-Membro tenha acordado com outro Estado a contingência de discriminação, a transgressão do Direito Comunitário ser-lhe-á atribuível<sup>498</sup>.

Após o esclarecimento relativamente à primazia do Direito Comunitário sobre as convenções internacionais, resta agora saber se as provisões recomendadas pela OCDE no seu Plano de Ação são ou não compatíveis com o Direito da União Europeia.

A ideia de limitar os benefícios de determinada Convenção para Eliminar a Dupla Tributação a residentes, e mesmo estes definidos restritamente com recurso a um conceito de pessoa qualificada, parece logo confrontar com as liberdades comunitárias de circulação de capitais e, especialmente, a liberdade de estabelecimento, de tal modo que, em 2005, a Comissão Europeia publicou um documento onde se tratava precisamente esse problema<sup>499</sup>. Nesse escrito afirma-se o potencial incumprimento do Direito Comunitário resultante do abarcamento de determinadas cláusulas anti abuso, particularmente a cláusula de limitação de benefícios. PISTONE defendia que não há diferenças estruturais entre a cláusula da nacionalidade desconforme dos Acórdãos “*Open Skies*” e as cláusulas de limitação de benefícios, afirmando que o Tribunal de Justiça da União Europeia devia reconciliar as cláusulas de limitação dos benefícios com a Jurisprudência existente<sup>500</sup>.

O Acórdão *ACT Class IV*<sup>501</sup> é muito relevante neste âmbito. O Reino Unido previa uma tributação antecipada para as empresas que distribuíssem dividendos (*Advance Corporation Tax, ou ACT*), sendo que uma companhia residente ou um indivíduo residente que recebessem dividendos teriam direito a um crédito de imposto equivalente ao que tinha sido pago antecipadamente pela sociedade distribuidora. Os não residentes não teriam direito a este crédito de imposto, a menos que estivesse expressamente previsto numa Convenção para Eliminar a Dupla Tributação (nem todas as convenções de dupla tributação celebradas pelo Reino Unido previam esse crédito de imposto, e as que o previam não o concediam sempre na mesma medida). O órgão de reenvio controverteu acerca da admissibilidade da distinção feita pelo Reino Unido por via das suas convenções de dupla tributação. O Tribunal redarguiu que “*quanto ao mecanismo destinado a evitar ou a atenuar a dupla tributação económica através da concessão de um benefício fiscal ao acionista final, importa referir que, normalmente, o Estado-*

---

<sup>498</sup> Processo C-466/98, p. 51.

<sup>499</sup> Comissão Europeia, *EC Law and Tax Treaties*, Working Document (2005), referência: TAXUD E1/FR DOC (05) 2306.

<sup>500</sup> PISTONE, Pasquale, « *The Impact of European Law on the relations with Third countries in the field of direct taxation* », *Intertax*, 34/5 (2006), p. 239.

<sup>501</sup> Processo C-374/04.

*Membro de residência deste último é o mais bem colocado para avaliar a capacidade contributiva pessoal do referido acionista*<sup>502</sup>. No entanto, o mais importante é o facto de o TJUE ter concluído que *“a concessão de um crédito de imposto não pode ser considerada um benefício destacável do resto das referidas convenções, sendo sua parte integrante e contribuindo para o seu equilíbrio geral”*<sup>503</sup>. A verdade é que o TJUE aceitou a bilateralidade inerente às convenções de dupla tributação como justificação para o tratamento diferenciado entre residentes em diferentes Estados-Membros.

Defende também o TJUE o Estado de residência é o que usufrui de maior e melhor aptidão para calcular a situação contributiva global do sujeito passivo para lhe conceder as deduções correspondentes<sup>504</sup>. Um dos argumentos deduzidos por D no Processo C-376/03 era que existia no ordenamento neerlandês uma importante discriminação adicional – uma vez que os Países Baixos concediam deduções a residentes na Bélgica, ao abrigo de uma Convenção para Eliminar a Dupla Tributação. Acontecia então que um residente na Bélgica, com 10% do seu património situado nos Países Baixos, usufruía de deduções. Havia aqui, segundo D, uma situação discriminatória. O TJUE entendeu que, considerando o espaço de liberdade de conformação dos Estados-Membros do seu respetivo ordenamento jurídico, em especial no que concerne à tributação direta, e ainda considerando que as Convenções para Eliminar a Dupla Tributação têm, na maior parte das vezes, a aplicação limitada aos residentes dos Estados-Membros contratantes, não estão em situação comparável um residente da Bélgica e um residente da Alemanha face ao ordenamento jurídico neerlandês. Este caso responde ao problema de saber se uma delimitação estrita de residência não é contrária ao Direito Comunitário por constituir uma discriminação indireta<sup>505</sup>.

O caso D releva ainda noutro aspeto – o Tribunal admite que um Estado pode conceder determinado benefício a residentes de um Estado-Membro e recusá-lo a membros de outro Estado-Membro. Encontra-se, pois, afastada a ideia de preferência comunitária, a aplicação, no seio da União Europeia, do Princípio da Nação Mais Favorecida, segundo o qual um Estado

---

<sup>502</sup> Acórdão ACT Class IV, processo C-374/04, p. 87.

<sup>503</sup> Acórdão ACT Class IV, processo C-374/04, p. 88.

<sup>504</sup> Processo C-376/03.

<sup>505</sup> HINNEKENS, Luc, «*Compatibility of bilateral tax treaties with European Community law. The rules*», EC Tax Review, 3/4 (1994) 152-154.

deveria conceder aos residentes de outros Estados-Membros, o tratamento que mais favorável que concedesse a residentes de qualquer outro Estado<sup>506</sup>.

Admite-se pois que um Estado procure limitar os efeitos das CDT que celebra aos seus verdadeiros destinatários, residentes do outro Estado. O que não implica, desde logo, que os requisitos de que faz depender a obtenção de benefícios sejam, sem mais, admissíveis.

A proposta da OCDE inclui o teste da cotação em mercado de valores mobiliários reconhecido. Estabelecer a cotação em mercados de valores mobiliários reconhecidos traz os seus problemas em sede de compatibilidade com o Direito da União Europeia, como foi reconhecido por alguns em resposta à proposta da OCDE<sup>507</sup>

No Acórdão *Royal Bank of Scotland*<sup>508</sup> a República Helénica estabelecia um regime de tributação diferenciado consoante a forma, o tipo de ações emitidas, e se estas estavam cotadas na Bolsa de Valores de Atenas. Para as sociedades anónimas gregas cotadas na Bolsa de Atenas, a taxa aplicável era de 40%. Para as demais sociedades gregas e para as sociedades estrangeiras a taxa era de 35%.

O Governo Helénico defendia esta posição afirmando que tributação mais favorável das empresas cotadas em bolsa se justificava por razões de desenvolvimento económico e que, ademais, 80% das sociedades anónimas gregas estavam sujeitas à taxa de 40%. Considerava que a questão era da compatibilidade de uma norma que previa uma taxa de 40% para as sociedades estrangeiras bem como para as sociedades gregas, que, excepcionalmente, poderão usufruir de uma taxa de 35%. Como os bancos gregos estavam, por força de outra lei, a cotar as suas ações na Bolsa de Atenas, a taxa ordinária para os bancos nacionais era de 35%. O *Royal Bank of Scotland* operava na Grécia através de uma sucursal que foi sujeita, pela Administração Tributária grega, a uma taxa de 40%.

O Governo francês alegava aqui que os critérios da forma e do tipo de ações não levantavam nenhuma questão, de *per se*, de discriminação, mas o mesmo já não se poderia dizer do requisito da cotação na Bolsa de Atenas. Deveria, nesta linha, ser admissível que a sociedade estivesse cotada em Bolsa em qualquer Estado-Membro e não apenas na Bolsa de Atenas, sob pena de estarmos perante uma discriminação indireta.

---

<sup>506</sup>ZESTER, Anita, "Can the most-favoured nation principle influence the use of Limitation on Benefits clauses in tax treaties?" Intertax, 34/3 (2006).

<sup>507</sup> PricewaterhouseCoopers, *PwC's comments on Action 6*, disponível em <<http://www.pwc.com/gx/en/tax/tax-policy-administration/beps/assets/treaty-abuse-april-2014.pdf>>, 3.

<sup>508</sup> Processo C-311/97.

O Tribunal não abordou esta questão, apesar da exposição do Governo francês. Mas cremos que aqui estava também uma segunda questão de discriminação e que, se viesse a ser alterada a legislação de modo a fazer do fator “*cotação na Bolsa de Atenas*” o fator essencial, seria declarada desconforme ao Direito Comunitário.

Neste âmbito a proposta da OCDE enfrenta problemas. Como se viu, erigir a cotação em bolsa no Estado da residência como requisito é discriminatório.

Notamos ainda que, apesar de a proposta da OCDE apresentar alguma abertura neste ponto, a prática mostra que os esforços para alargar o reconhecimento a mercados de valores externos ao Estado da residência têm falhado<sup>509</sup>. Deve fazer-se referência no texto da convenção abrangida a mercados de valores mobiliários reconhecidas no Espaço Económico Europeu, em vez de se remeter para protocolos posteriores.

O critério da erosão da base impõe aqui um importante problema. Primeiro, limitar os benefícios a entidades detidas por residentes pode constituir um entrave injustificado à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Para responder a este problema trazemos a confronto o Acórdão *Saint-Gobain*. Neste caso uma sociedade francesa detinha, através de uma sucursal na Alemanha, participações sociais noutras empresas – uma sociedade suíça, uma sociedade austríaca e ainda uma sociedade italiana. A Alemanha tinha então acordos de dupla tributação comos Estados Unidos e com a Suíça que previam a isenção dos rendimentos de dividendos do imposto sobre as sociedades alemão. À luz dessas convenções, esse benefício estaria reservado às sociedades residentes na Alemanha, pelo que a administração tributária alemã recusou a concessão desta isenção à *Saint-Gobain NZ*, o estabelecimento estável da *Saint-Gobain SA* na Alemanha.

Parece-nos um problema análogo àquele que se visa abordar no MLI com a cláusula de limitação de benefícios. Como foi possível depreender, esta cláusula limita a aplicabilidade das convenções de dupla tributação e respetivos benefícios aos “*residentes qualificados*”.

Estando em causa a liberdade de movimentos de capitais, o Governo alemão contra alegou que as sociedades residentes e não residentes não estão em situação comparável, estava em causa uma Convenção para Eliminar a Dupla Tributação fora da esfera de competências da UE, estava em causa a perda de receitas e os estabelecimentos estáveis gozam de outras

---

<sup>509</sup> OFFERMANN, RENÉ (relator), “*Tax treaties in conflict with the EC Treaty: The incompatibility of anti-abuse provisions and EC Law (Conference 13 March 1993, Fiscal Institute of Tilburg)*”, EC Tax Review, 4/2 (1995), p. 97 e ss.

vantagens de que as sociedades residentes não usufruem. Quanto a estes dois últimos aspetos, o Governo alemão avançou que “*não tendo personalidade jurídica distinta, os estabelecimentos estáveis não podem distribuir os seus lucros à sociedade principal, como fazem as filiais independentes, sob a forma de dividendos.*”<sup>510</sup> O TJUE não aceitou estas justificações - respondeu que “*a recusa de concessão dessas vantagens às sociedades não residentes que explorem na Alemanha um estabelecimento estável tem por consequência que a sua obrigação fiscal, teoricamente limitada aos rendimentos e ao património “nacionais”, incida, na realidade, sobre dividendos de fonte estrangeira e sobre participações em “sociedades de capitais estrangeiras*”<sup>511</sup>. Considerou ainda que, tendo os estabelecimentos estáveis vantagens, “*não podem justificar uma violação da obrigação, enunciada no artigo 52.º do Tratado, de conceder o tratamento nacional no que concerne às vantagens fiscais em questão*”<sup>512</sup>. Assim, concluiu que “*o Princípio do Tratamento Nacional exige ao Estado-Membro parte na referida convenção que conceda aos estabelecimentos estáveis das sociedades não residentes os benefícios previstos pela convenção, nas mesmas condições que são aplicáveis às sociedades residentes*”<sup>513</sup>.

Como se viu neste Acórdão, os Estados-Membros podem ser obrigados a alargar a concessão de determinado benefício quando não estejam em causa as obrigações do outro Estado contratante. Mas sucede que, numa extensão da abrangência de um benefício previsto numa CDT, a outra parte está sempre em causa, desde logo porque pode deixar aberto um buraco de dupla não tributação que os Estados têm natural interesse em tentar evitar<sup>514</sup>. Aliás, o relatório da administração fiscal norte-americana *Tax Havens and their Use by United States Taxpayers* vai no sentido de negar benefícios a todas as entidades detidas por residentes de Estados terceiros<sup>515</sup>. A Jurisprudência do Acórdão em análise não se opõe apenas ideia geral de limitação de benefícios, mas deve considerar-se oposta à limitação dos benefícios a entidades detidas por residentes qualificados. Se, como vimos, um Estado deve estender a estabelecimentos estáveis os benefícios das suas convenções de dupla tributação, por maioria

---

<sup>510</sup> Acórdão *Saint-Gobain*, processo C-307/97, p. 52.

<sup>511</sup> Acórdão *Saint-Gobain*, processo C-307/97, p. 41.

<sup>512</sup> Acórdão *Saint-Gobain*, processo C-307/97, p. 53.

<sup>513</sup> Acórdão *Saint-Gobain*, processo C-307/97, p. 58.

<sup>514</sup> MARQUES, André Sant'ana, «*Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping - As Cláusulas de Limitação dos Benefícios*», AAFDL Editora, 2017, p. 140.

<sup>515</sup> GORDON, Richard, *Tax havens and their use by United States taxpayers : an overview : a report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division) and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)*, Washington: Department of the Treasury / Internal Revenue Service, 1981, página 172.

de razão, deverá também reconhecê-los como entidades com personalidade jurídica detidas por residentes de outros Estados-Membros.

Para saber se o teste dos beneficiários derivados enfrenta problemas de compatibilidade com a liberdade de estabelecimento prevista nos tratados, verifica-se um Acórdão do Tribunal de Justiça relativo à limitação do rastro de propriedade – o Acórdão Papillon, que resolveu uma disputa entre a *Société Papillon* e a administração fiscal francesa.

O *Côde Général des Impôts* previa que uma sociedade pudesse ser tributada pelo resultado consolidado do grupo que esta encabeçava, ou seja, pelos seus próprios resultados e ainda pelos resultados das empresas de que detinha pelo menos 95% do capital social, fossem este capital social detido direta ou indiretamente. No entanto, só podiam fazer parte do grupo as sociedades que estivessem sujeitas imposto sobre as sociedades em França. A *Société Papillon* detinha, em 1989, 1990 e 1991, 100% de uma sociedade holandesa que, por sua vez, detinha 99,99% do capital de uma outra sociedade francesa. A administração tributária negou esse benefício da tributação pelo lucro consolidado, dado que a segunda sociedade francesa era detida por uma sociedade que não pagava qualquer imposto em França (se a sociedade holandesa tivesse em França um estabelecimento estável, então já poderia usufruir deste regime). A *Papillon* alegou violação da sua liberdade de estabelecimento.

Tratar-se-ia, segundo o TJUE, de uma restrição proibida, “*na medida em que desfavorecem, no plano fiscal, as situações comunitárias em comparação com as situações puramente internas*”<sup>516</sup>.

O Tribunal entendeu que a França restringiu a liberdade de estabelecimento e que, tendo ao seu alcance medidas menos restritivas da liberdade de estabelecimento, essa restrição não encontrava justificação, nem as alegadas pelo Estado francês, como a necessidade de compensar as perdas dentro do grupo e lutar contra a evasão fiscal e a necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal, visto que o regime neutralizava determinados negócios realizados entre as sociedades.

Decorre desta Jurisprudência que a cláusula de limitação de benefícios deverá adequar-se à liberdade de estabelecimento no seio da União Europeia, permitindo que seja detentor intermediário qualquer residente da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu.

---

<sup>516</sup> Acórdão Papillon, processo C-418/07, ponto 32.

O teste da atividade empresarial parece ser uma simples aplicação do Princípio de “*substância sobre a forma*” e não levanta problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia<sup>517</sup>.

Poderia ver-se o teste subjetivo como possibilidade de compatibilizar as demais cláusulas com o Direito Comunitário, na medida em que possibilita que as administrações fiscais corrijam os excessos formalistas dos testes anteriores. Contudo, parece-nos inadequado fazer depender o cumprimento das liberdades previstas nos tratados de um ato administrativo, que pode vir ou não ser praticado em resultado de um moroso cumprimento administrativo, com grande prejuízo para a segurança jurídica dos particulares<sup>518</sup>.

Assim também o decidiu o Tribunal de Justiça. No Acórdão Comissão vs França, a França mantinha na sua legislação uma disposição violadora da liberdade de prestação de serviços. Tratava-se de uma norma que restringia o transporte marítimo entre os portos do mesmo departamento ultramarino, e ainda entre os portos de Guadalupe, da Guiana e de Martinica, a embarcações de pavilhão francesas. Esta restrição podia ser afastada por ato administrativo da administração marítima local. A França alegou que garantia a aplicação do Direito Comunitário através de uma circular. O TJUE considerou que “*a incompatibilidade da legislação nacional com as disposições comunitárias, mesmo diretamente aplicáveis, não pode ser definitivamente eliminada senão através de normas internas de carácter coercivo com o mesmo valor jurídico que as que devem ser modificadas ... nem a circular nem a simples remissão para o regulamento podem ser qualificadas de disposições com tal natureza*”<sup>519</sup>.

As considerações de incompatibilidade das normas anti abuso do MLI face ao Direito da União Europeia são, em parte, justificadas. De facto, o Plano de Ação da OCDE não considera suficientemente os desafios que a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia põe à adoção das suas propostas pela maior parte dos seus membros. Dos testes objetivos contidos na cláusula de limitação de benefícios, apenas um é admissível sem mais; os demais são contrários ao Direito da União Europeia e requerem correções significativas. Quanto ao teste subjetivo da cláusula delimitação de benefícios, este não responde a problemas consideráveis e

---

<sup>517</sup> MARQUES, André Sant'ana, «*Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping - As Cláusulas de Limitação dos Benefícios*», AAFDL Editora, 2017, p. 148.

<sup>518</sup> PricewaterhouseCoopers, PwC's comments on Action 6, disponível em <<http://www.pwc.com/gx/en/tax/tax-policy-administration/beps/assets/treaty-abuse-april-2014.pdf>>, 7.

<sup>519</sup> Processo C-160/99.



trata-se apenas de uma última salvaguarda a que o sujeito passivo poderá recorrer apenas com grandes custos em termos de tempo.

Deste modo, pode concluir-se que, em parte, a União Europeia tem ido contra a mensagem do plano de ação BEPS no que toca à cláusula LOB, não obstante as discrepâncias existentes, as reservas e opções permitem que os Estados Membros europeus possam abarcar as regras do MLI sem violar o entendimento do TJUE relativamente às normas europeias.

Ainda assim, no nosso entendimento, não deixa de ser perceptível a posição europeia dada a eficácia e abrangência que as suas normas internacionais têm relativamente aos seus Estados membros quando comparadas com a OCDE.

## CONCLUSÕES

É claro que, tão ambiciosa quanto a proposta, a OCDE cumpriu o que havia projetado entregando um instrumento quase inteiramente estanque as medidas do Plano de Ação BEPS através do MLI.

Como o MLI segue uma abordagem bastante nova de modificar a aplicação de tratados fiscais bilaterais existentes sem anulá-los, a interação do MLI com tratados fiscais bilaterais será de grande importância no futuro. Conclui-se que, ao invés de seguir as regras gerais de Direito Internacional, como os Princípios *Lex Posterior ou Lex Specialis*, que levam a uma aplicação heterogênea, a abordagem adotada no MLI de usar cláusulas de compatibilidade expressas e específicas em cada provisão é o caminho correto para lidar com conflitos entre tratados fiscais<sup>520</sup>.

Embora o MLI seja legalmente bem adaptado, o nível de compromisso político no instrumento ainda é decepcionante<sup>521</sup>. O MLI finalmente forneceu a abordagem multilateral muito esperada e necessária para a tributação internacional, mas falha em uniformizar as regras fiscais internacionais, devido à concessão de flexibilidade para os Estados que aderiram ao MLI. Embora a razão possa prender-se com compromissos políticos, a fim de obter consensos, pode apenas implorar-se à OCDE que trabalhe com outras organizações internacionais como a ONU para entender as preocupações do maior bloco de países, de modo a tentar dar mais voz aos países em desenvolvimento e emergentes economias através do trabalho de acompanhamento do Plano de Ação BEPS para obter mais consenso sobre o MLI sem ser excessivamente flexível<sup>522</sup>.

Ainda que a aplicação efetiva da Convenção Multilateral para Evitar a Dupla Tributação ainda esteja num estado embrionário, dada a falta de ratificação e entrada em vigor em muitas das Jurisdições contratantes, já é possível afirmar-se que a valorização não é totalmente positiva. Assim resulta porquanto o sucesso inquestionável da conclusão dos trabalhos que permitiram sua abertura à assinatura pelos Estados é contrariado com a inquestionável complexidade do texto final, o que é discutível no sentido de alcançar uma maior coesão no sistema tributário internacional. O número elevado de reservas, parciais ou totais, as possibilidades de exclusão,

---

<sup>520</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.4.

<sup>521</sup> BRAUNER, Yariv, "MCBEPS: *The First Multilateral Instrument That Never Has Beer*", Intertax, vol. 46, 2018, p. 14.

<sup>522</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.5.

alternativas assimétricas e muitas vezes incompatíveis que foram concebidas no sentido de abarcar o maior número de jurisdições possível pode redundar num panorama extremamente complexo. Uma das consequências possíveis dessa complexidade será o aparecer de conflitos normativos, nem sempre resolvidos claramente pelas abundantes cláusulas de compatibilidade, o que pode ser compreendido como um resultado menos positivo.

À primeira vista, a assinatura do MLI pode ser celebrada como um passo significativo para a coordenação fiscal multilateral. Há uma pressão mais forte para que os Estados adiram aos padrões da OCDE e há uma promoção crescente de padrões únicos. Essa pressão é ilustrada pela "*estrutura inclusiva*" que permite que Estados e Jurisdições interessadas trabalhem juntamente da OCDE e do G20 no desenvolvimento de padrões, bem como na revisão e monitoramento da implementação do pacote BEPS.

No entanto, a coordenação em substância é dificilmente alcançável pelo MLI uma vez que introduz um sistema complexo de reservas, em que as Jurisdições contratantes podem optar por não aplicar uma provisão, se ela não refletir um padrão mínimo. Como cada Jurisdição contratante adota as suas reservas, o MLI trabalha com base na aplicação assimétrica, levando a um sistema extremamente complexo de implementação. Convém também referir apesar deste Instrumento Multilateral ser descrito como integral, inovador e ambicioso deveria propiciar uma verdadeira revisão substancial e material das disposições normativas sem prejudicar matérias relevantes. No entanto verifica-se que este Instrumento Multilateral não abrange princípios bastante relevantes no panorama das relações tributárias internacionais. A primeira grande lacuna prende-se com a não abordagem do binómio residência-fonte, ou de outra forma, a relação jurídica triangular entre o contribuinte, o Estado da fonte e o Estado da residência. Quedou-se apenas pela reincidência na imposição de tributação em ambas as sedes e eliminação da dupla tributação inerente e não se dirigiu a reajustar os *standards* internacionais em termos de poderes fiscais relativos às operações transfronteiriças<sup>523</sup>.

Algumas das alterações às CDT solicitadas pelo MLI já haviam sido incorporadas como sentido interpretativo nos cometários à CMOCDE, o que parece pouco inovador.

Primeiramente, era inegável a crise de normas tributárias internacionais e a necessidade de uma reformulação de grande parte delas, como o próprio Plano de Ação BEPS assim o

---

<sup>523</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. CALDERÓN CARRERO, J. M., «*El Plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles e el traslado de beneficios a otras jurisdicciones: El final, el principio del final o el final del principio?*», Arazandi Quincena Fiscal, 2014, p. 89.

confirmou. Embora tenha identificado esta necessidade o Plano de Ação BEPS dirigiu grande parte da sua atenção para a responsabilização do contribuinte pelos fenómenos em causa. As normas relativas à utilização abusiva de tratados e as disposições atinentes a exigir que os contribuintes revelem os seus métodos de planeamento tributário assim o indicam. Pode entender-se que as novas regras procuram elevar o *standard* exigível ao contribuinte através da inclusão de conceitos como “*objetivo principal*” e “*transações ou construções abusivas*” o que pode levar a algumas dúvidas pois são noções difusas que podem resultar em consequências para os contribuintes<sup>524</sup>. Este tipo de conceitos cria problemas ao nível da segurança jurídica pois causa imprevisibilidade e incerteza jurídica. Neste campo, convém perceber-se que os comportamentos dos contribuintes resultam da pouco eficiente legislação vigente que não consegue pôr fim aos conflitos normativos emergentes criando então oportunidades para que os contribuintes procurem e optem pela “*melhor pechincha fiscal*”<sup>525</sup>.

O facto de o MLI ser baseado em padrões mínimos (em oposição a padrões internacionais reforçados e abordagens comuns), que podem ser introduzidas reservas e baseada na implementação assimétrica dificulta a afirmação de que o MLI leva à coordenação multilateral, e menos ainda para uma nova era de cooperação<sup>526</sup>.

Em vez de contribuir para uma nova era tributária multilateral internacional, a assinatura do MLI reforça a rede de tratados bilaterais negociados e concluídos com base no Modelo da Convenção da OCDE. É ainda o modelo de concorrência fiscal entre os Estados que está em vigor, mais complexo, suscetível de desviar os fluxos de investimento transfronteiriço e aumentar o contencioso<sup>527</sup>.

Embora a avaliação seja preliminar, o argumento central do artigo é que o MLI foi concebido principalmente para preservar a evolução conservadora do regime tributário internacional, com base na bilateralidade, reciprocidade e concorrência, e não como um tratado tributário multilateral com base no qual um novo regime surgirá. No entanto, apesar de seu objetivo principal explicado acima, a mera conclusão do MLI introduz ambivalência no regime tributário internacional, rompendo com sua ortodoxia de maneira significativa<sup>528</sup>.

---

<sup>524</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 54.

<sup>525</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.5.

<sup>526</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 140.

<sup>527</sup> BRAUNER, Yariv, “*McBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*”, pag. 14.

<sup>528</sup> BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018, p. 140.

Esta avaliação preliminar do MLI, na perspectiva do seu apoio a um futuro regime fiscal internacional multilateral baseado na cooperação e coordenação reforçadas das políticas fiscais, não pode, evidentemente, chegar a conclusões muito fortes. Demonstrou que a missão principal do MLI é apoiar o atual regime tributário internacional baseado em tratados bilaterais e capacitar sua participação no mundo fiscal. Esta missão é consistente com o Plano de Ação BEPS, que evoluiu para um projeto político concebido principalmente para preservar o *status* institucional da OCDE como o mentor do regime tributário internacional. A arquitetura do MLI projeta abrangência e flexibilidade que surgiram às custas do escasso progresso em direção à padronização e reforma das regras substantivas do regime tributário internacional.

No entanto nem tudo é decepcionante nesta estratégia e efetivamente todas as observações feitas por este estudo expuseram elementos de multilateralidade e bases para a reforma além do atual regime tributário internacional e do Plano de Ação BEPS.

A inovação foi apenas no Instrumento Multilateral e em alguns pormenores normativos. A carta branca dada à OCDE nesta matéria não foi aproveitada para fazer uma verdadeira reformulação mas sim voltar a velhos métodos e conceitos e densificá-los. Esperava-se uma abordagem mais arrojada.

O projeto BEPS foi baseado num procedimento de consenso. Considera-se que para atingir o almejado sucesso deveria ter sido conseguido um único conjunto de recomendações que fossem suficientemente robustas para não serem sumariamente rejeitadas e flexíveis o suficiente para permitir a aprovação geral. Todos os Estados que trabalharam conjuntamente com a OCDE e o G20 no Plano de Ação BEPS acabaram aceitar o retrato das recomendações finais. O Plano de Ação BEPS conseguiu muito pouco em termos de uma reforma legal substantiva, e o seu impacto sobre os tratados fiscais é ainda menor. Visto desta perspectiva, a amplitude do MLI, não será capaz de alcançar muito além do menor denominador comum. O MLI, portanto, é importante principalmente devido à sua existência e legitimidade, não ao seu conteúdo minúsculo e flexível que complementa e apoia o atual regime tributário internacional bilateral. Portanto, o MLI não deve ser descartado como um mecanismo que força as partes a gravitarem em direção ao menor denominador comum e pode ser considerado como um obstáculo à multilateralização do regime tributário internacional<sup>529</sup>

---

<sup>529</sup> BRAUNER, Yariv, "MCBEPS: *The First Multilateral Instrument That Never Has Been*", Intertax, vol. 46, 2018, p. 16.

Pode concluir-se que projetos de grande escala desse tipo não podem progredir seriamente e caminharão sempre para um denominador comum baixo. Ainda assim considera-se que o MLI oferece uma oportunidade aos Estados fornecendo uma plataforma disponível para construir em direção a regime multilateral, independentemente da atual decepção. O MLI basicamente trata todos os tratados fiscais bilaterais da mesma maneira e não distingue entre tratados recentemente negociados e aqueles negociados há muito tempo, assim como trata futuros tratados da mesma maneira, já que futuras alterações são possíveis, mas o mecanismo básico do MLI exige uma abordagem singular das disposições aceites e das reservas, de modo que variações significativas são difíceis de pôr em prática.<sup>530</sup>

É difícil prever se o ímpeto para a reforma continuará, mas o MLI provou que um acordo multilateral no campo da tributação internacional é viável e demonstrou ainda que grande número de Estados está interessado em caminhar, embora em passos pequenos, para o multilateralismo. Finalmente, abriu a porta para a reforma baseada na verdadeira natureza dos tratados fiscais como facilitadores da cooperação no campo tributário, em vez de acordos económicos puramente baseados em interesses limitados que foram levados a acreditar que estão no atual regime tributário internacional. Naturalmente, essa exposição ou evolução dos tratados fiscais encaixam-se para uma futura reforma multilateral do regime<sup>531</sup>.

Agora cumpre entender como se procederão os processos de ratificação e aprovação, para percebermos quando e quais convenções bilaterais entrarão em vigor, embora já saibamos as reservas e opções feitas por Portugal e qual o sentido das mesmas assim como os acordos bilaterais que serão abrangidos.

Ficará sempre a dúvida de se este momento poderia ter sido aproveitado para uma reforma mais ambiciosa.

Quanto mais abrangentes as leis forem mais infalíveis se tornam no âmbito da tributação internacional de rendimentos. No entanto, neste caso nem se prende apenas com a abrangência mas também com o cumprimento das mesmas normas, a sua eficácia. Uma harmonização legislativa tributária com mais vigor e robustez junto das jurisdições nacionais ampararia as dificuldades que os Estados atualmente têm com o planeamento fiscal abusivo e agressivo. Este é um desígnio de longo alcance temporal. A soberania fiscal nacional parece difícil de contrapor,

---

<sup>530</sup> BRAUNER, Yariv, “*MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*”, Intertax, vol. 46, 2018, p. 16.

<sup>531</sup> BRAUNER, Yariv, “*MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*”, Intertax, vol. 46, 2018, p. 12.

mas a lógica por vezes contraria-se e, factualmente, tem sido possível assistir nos tempos mais recentes a pequenas cedências por parte dos Estados nessa mesma soberania.

No que concerne à cláusula limitadora de benefícios a inclusão desta cláusula parece claramente prender-se com a evidente e natural desconfiança que existe acerca dos critérios de atribuição da condição de residente<sup>532</sup>. A evidência é que estes requisitos para a condição de residência são correntemente manipulados e não garantem uma relação eficiente entre as sociedades e os seus Estados de residência. Esta ineficiente relação levou à introdução desta cláusula anti abuso, no entanto parece pouco capaz de neutralizar o elevado número de conflitos normativos neste campo. A opção pela cláusula LOB não é pacífica, embora complementada com o PPT<sup>533</sup>.

Os testes inerentes à norma LOB apresentam diversas fragilidades. O teste da propriedade é facilmente contornável pois estende-se a todo o tipo de ações e deveria ser aliado a um teste da erosão da base ou então limitar o tipo de ações a que se aplica. No teste da atividade empresarial os conceitos de “*atividades paralelas ou complementares*” pode levar a que este teste seja manipulável. O teste da bolsa de valores é discriminatório e desconsidera as empresas públicas como praticantes de abuso, deve ser eliminado. A regra dos benefícios discricionários é demasiado discricionário e pode levar a resultados indesejáveis<sup>534</sup>.

A regra LOB configura-se como uma reação exagerada, ineficaz e discriminatória devido à sua demasiada complexidade, o que leva à maior parte dos Estados a optarem por não abarcá-la nos seus tratados fiscais bilaterais.

A não reformulação e clarificação do conceito de “*beneficial owner*” – a aproximação ao *strictly legal* ou ao *economic approach* – é uma falha dada a importância do conceito no combate ao abuso de tratados. A densificação deste conceito juntamente com a cláusula LOB e o PPT seria um bônus neste projeto que ficou por conceder aos Estados e contribuintes pois permitiria uma maior segurança jurídica, harmonização e melhor interpretação, assim como garantias de combate ao abuso. Ainda para mais a cláusula LOB é complexa e muitos Estados oferecem resistência a estas normas. Assim sendo entende-se que a ordem de prioridades se encontra trocada e seria mais prioritário densificar e clarificar o conceito de beneficiário efetivo. A alternativa do PPT vai reforçar os argumentos contra a cláusula LOB. Estas cláusulas e os seus

---

<sup>532</sup> COUZIN, R., *Corporate Residence and International Taxation*, IBFD, 2002, p. 264.

<sup>533</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 20.

<sup>534</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 52

testes objetivos acarretam ainda o problema de além de combaterem o *treaty shopping* também abarcam situações económicas genuínas que não são abusivas.

Embora seja claro que a implementação da cláusula LOB tem aspetos positivos para o combate ao abuso do tratado, no entanto, não é uma disposição perfeita e, portanto, não totalmente eficiente medida que ainda pode ser contornada por esquemas de planeamento tributário mais elaborados. Como mencionado, a regra do PPT é uma vantagem para as administrações fiscais com base numa abordagem discricionária para determinar quando uma transação ou construção pode ser considerada abusiva<sup>535</sup>. Devido à complexidade e à alta carga administrativa da provisão LOB, os Estados irão preferir a implementação da regra PPT que é certamente mais flexível e fácil de controlar. No entanto, a regra do PPT concede muito poder discricionário às autoridades fiscais, criando incerteza entre os contribuintes devido à falta de critérios objetivos na conceção da regra. Além disso, o PPT coloca o ónus da prova nos contribuintes, facilitando o processo administrativo para as administrações tributárias, afetando o campo de atuação dos contribuintes<sup>536</sup>.

Do ponto de vista da administração fiscal, o teste subjetivo da regra do PPT pode ser relativamente fácil de avaliar, devido à discricionariedade concedida às autoridades fiscais<sup>537</sup>. No entanto, é importante para o teste objetivo a ser estruturado de tal forma que possa proporcionar algum alívio e certeza aos contribuintes. De acordo com a atual proposta sobre o teste objetivo dentro da regra PPT (objeto e propósito), esta não oferece a base apropriada para a sua interpretação. Pode concluir-se que o principal obstáculo da regra PPT é que parece ser adaptada apenas aos interesses das administrações fiscais. A regra do PPT proposta é subjetiva, ambígua e cria incerteza, o que poderia gerar dificuldades para negócios legítimos ou transações de boa-fé, dificultando a necessidade do contribuinte de confiar nas disposições do tratado.

No nosso entendimento, e considerando que o PPT será uma ferramenta indispensável contra o abuso de tratados fiscais, devido ao facto de que não é possível objetivar completamente todo o facto e circunstâncias que podem originar a evasão fiscal ou abuso de tratados fiscais de uma forma mais geral, ainda assim, a fim de reduzir o nível de incerteza, a regra deveria conter mais procedimentos objetivos de forma a ilidir a efetiva presunção pelas autoridades nacionais.

---

<sup>535</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 20.

<sup>536</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 53.

<sup>537</sup> CHAND, Vikram, “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 20.



O escopo gigantesco, o uso dos termos que estão abertos à interpretação subjetiva, a falta de clareza quanto ao destino dos esquemas atualmente existentes e a ausência de limites mínimos são alguns dos ingredientes mais preocupantes do PPT. A determinação se o objetivo principal ou um dos principais objetivos de um acordo é obter benefício fiscal é altamente subjetivo e aberto à interpretação. Pode potencialmente levar a que esquemas de planeamento tributário genuíno sejam abarcadas pelo PPT e isso pode levar a um litígio maciço, incerto e prolongado. Existe um receio válido de que o PPT colocará um alargado poder discricionário nas mãos das administrações tributárias e que várias transações genuínas também podem ser afetadas por esta norma. Para contrariar isso, ajudaria a densificação e harmonização do conceito de objetivo principal.

O PPT, se incluído numa CDT, prevalece sobre as GAAR vigentes, substituindo-os quando estes não alcancem o escopo do PPT<sup>538</sup>. De realçar que o PPT não deve ser aplicado em situações abusivas cobertas por SAAR. As normas nacionais anti abuso não devem ser utilizadas para combater o abuso de tratados fiscais, uma vez que podem entrar em conflito com a norma do PPT e podem redistribuir o direito de tributação e originar casos de dupla tributação e deste modo a aplicação torna-se menos certa e mais controversa<sup>539</sup>.

Ainda assim pode considerar-se que o MLI na problemática do abuso de Tratados fiscais foi um fracasso. Uma oportunidade para alcançar passos maiores, no entanto na hora da verdade todos os Estados negociantes não quiseram abdicar dos seus poderes tributários. Se não forem efetuadas mudanças maiores e mais profundas, o receado *global tax chaos* pode continuar. Ressalve-se que não se conclui um fracasso pela possível inadequação das normas à realidade tributária, mas sim pela oportunidade que foi concedida para que se fizessem progressos mais significativos na harmonização legislativa.

Por fim, se a proposta contida na Ação 6 do Plano de Ação BEPS resultará numa ferramenta eficaz para negar os benefícios do tratado em circunstâncias inadequadas, dependerá da capacidade dos Estados de emendar os seus tratados fiscais bilaterais e sua disposição de incluir tais disposições noutros processos de negociação. Embora a metodologia utilizada pelo MLI pretende garantir que as suas disposições se apliquem sempre com o mesmo efeito final, independentemente da diversidade das disposições dos tratados fiscais bilaterais

---

<sup>538</sup> GOMES, Marcus Livio, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018, p. 48.

<sup>539</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.3

existentes, tal previsivelmente não irá acontecer. Além do objetivo prático, o objetivo geral desta metodologia é garantir a padronização e flexibilidade que são a marca do MLI. Também sugere, necessariamente, uma visão que vai além da natureza bilateral do atual regime tributário internacional e que considera o MLI uma plataforma para se construir sobre um futuro regime multilateral. No entanto, há um preço a pagar por essa escolha, e não existem grandes dúvidas de que tanto os contribuintes quanto os Estados enfrentarão em breve muita incerteza devido a essa metodologia, conclamando os tribunais a resolver tais disputas de interpretação<sup>540</sup>.

Em princípio não haverá problemas na implementação da regra geral anti abuso do MLI, uma vez que a maior parte dos Estados já utiliza normas com o mesmo alcance ou alcances ainda mais avançados. No entanto, a vantagem prima pela harmonização das normas anti abuso e permitir que os Estados que não possuem nos tratados bilaterais nem nas jurisdições nacionais normas deste género com conceitos diferentes que obstem ao equilíbrio dos sistemas tributários, as possam introduzir nas suas bases normativas.

Acrescenta-se que, apesar de não se preverem consideráveis problemas de compatibilidade entre o PPT e as GAAR anteriores ao PPT, esta oportunidade deveria ter sido aproveitada para se conceber uma GAAR menos penalizadora e lesiva para os contribuintes, principalmente através da restrição de poderes às autoridades tributárias e na densificação dos conceitos inerentes ao PPT e às demais GAAR por forma a existir maior segurança e certeza jurídica.

---

<sup>540</sup> DOURADO, Ana Paula, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, Intertax, vol. 46, 2018, p.6.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNOLD, BRIAN J., '*Tax Treaties and Tax avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model*', Bulletin for International Taxation, 2004.
- BAKER, PHILIP, "*Double Taxation Conventions and International Tax Law*", Sweet & Maxwell, 1994.
- BAPTISTA MACHADO, JOÃO, *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 2000.
- BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives, Preventing Treaty Abuse*, Blum/Seiler (Eds), Preventing Treaty Abuse, 2016.
- BHARGAVA, Ansh, "*The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance Preventing Treaty Abuse*", Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.
- BLUM, Daniel W., *The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 2018.
- BORREGO, FELIX ALBERTO VEJA, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, EUCOTAX Series on European Taxation, Vol. 12 (The Hague: Kluwer Law International), 2006.
- BRAUNER, Yariv, "*MCBEPS: The First Multilateral Instrument That Never Has Been*", Intertax, vol. 46, 2018.
- BRAUNER, YARIV, "*National Report USA*" – in the *EU Third Countries – Direct Taxation*", Kluwer Law Internacional, 2007.
- BRAVO, N., «*The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Teatrics*», World Tax Journal, IBFD.
- CALIMAG, MARIA CARLA BRAVO, *Limitation on Benefits: Qualified Persons, Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.
- CAMAYO, MANUEL AUGUSTO CARRIÓN, *Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.
- CASALTA NABAIS, Direito Fiscal, 7.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2010.
- CHAND, VIKRAM, "*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*", Intertax, Vol.48, 2018.

COURINHA, GUSTAVO LOPES, “*A Residência no Direito Internacional Fiscal*”.

DE BROE, LUC, “*BEPS Action 6, Tax Treaty Abuse*”, Intertax, 2015.

DE BROE, LUC, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series, 2008.

DE BROE, LUC; LUTS, JORIS, ‘*BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*’, 2015, vol. 43, Intertax, Issue 2.

DOMINGUEZ, D., *Limitation on Benefits: Comparison Between the US LOB and the OECD LOB Proposed Under Action 6*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.

DOURADO, ANA PAULA, “*Agressive Tax Planning in the EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Agressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*”, Intertax, 2015.

DOURADO, ANA PAULA, “*Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*”, Intertax, vol. 46, 2018.

DOURADO, ANA PAULA, “*Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Direta*” Coimbra, Wolters Kluwer, 2010.

DOURADO, ANA PAULA, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018.

DOURADO, ANA PAULA, *Tax Mobility in European Union: Present and Future Trends, in Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, 2013.

ERNST & YOUNG, “*GAAR rising – Mapping tax enforcements evolution*”, 2013, EYGM Limited.

FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of International Court of Justice*, Volume 1, Grotius Publications, 1986 pp. 12.

GHOURI, A., *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2015.

GOMES, MARCUS LIVIO, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, Intertax, Vol.48, 2018.

GOVIND, SRIRAM; PISTONE, PASQUALE, «*The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*».

HELMINEL, MARJAANA, “*Branch report of Finland: Double Non-Taxation*”, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (eds), 2016.

ILUYIMADE, B.O., “*The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law*”, in Harvard ILJ Volume 16, 1975.

JENKS, W., *Conflict of Law-Making Treaties*, 30 British Yearbook of International Law, 1953.

JIANG, QUNFANG, “*Treaty Shopping and Limitations on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*”, Bulletin for International Taxation, 2015.

KARL, W., Conflicts between Treaties, in Encyclopedia of Public International Law (Vol. VII), 2001.

KEMMEREN E., "Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?" EC Tax Review, 2014, p. 192

KEMMEREN, Eric, "Where is EU Law in the OCDE BEPS Discussion?".

KEREKES, BARNABÁS MÁRK, "Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History Preventing Treaty Abuse", Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.

KOK, R., *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*, Intertax Volume 44, 2016.

KOLUNDŽIJA, SLOBODANKA, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.

KOSTERS, BART, "Tax Planning, Treaty Shopping and the Tax Administration's Response", Bulletin for International Taxation (Asia-Pacific) (2009) p. 13.

KUŹNIACKI, BŁAŻEJ, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, Intertax, Vol. 48, 2018.

KUŹNIACKI, BŁAŻEJ, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, Intertax, Vol. 48, 2018.

LANG, MICHAEL, «Introduction to the Law of Double Taxation Conventions», Linde, Verlag GmbH, 2014.

LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes international, 2014, p.656

LEITÃO, LUÍS MENEZES, "Evasão e Fraude Fiscal Internacional", Estudos de Direito Fiscal, Almedina, 1999.

LENKAUSKAS, EDVINAS, "The Borderlines between the concept of tax avoidance and other similar concepts", Social Science Research Network (2014)

LUKJANENKO, LARISSA POLESI, *LoB – Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.

MALACRIDA, FEDERICO ZARI, *Meaning and Concept of "Treaty Abuse" in DTA Law*, Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, p. 3

MARQUES, ANDRÉ SANT'ANA, «Os Mecanismos de Combate ao Treaty Shopping - As Cláusulas de Limitação dos Benefícios», AAFDL Editora, 2017

MILLER, ANGHARAD; OATS, LYNNE, "Principles of International Taxation", 2012

MOLINA, FRANCISCO JAVIER, "Double Non Taxation", Preventing Treaty Abuse, Linde, Blum/Seiler (eds), 2016

NIKOLAKAKIS, ANGELO, “*Historical Perspectives on Abuse of Tax Treaties*”, Essay on Tax Treaties: A Tribute to David A. Ward, IBFD, 2012 p. 345

OCDE, Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

OCDE, *Explanatory Statement To The Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting*.

OCDE, G20, «*BEPS General Report*», 2015.

OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*.

OCDE, *Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting*.

OECD, G20, *Action 6 Final Report, BEPS: BEPS: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*.

PALMITESSA, ELIO ANDREA, “*Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures*”, Intertax, Vol.48, 2018, p. 59.

PEREIRA, Manuel, *Fiscalidade*, Almedina, 2005.

RIBEIRO, JOÃO SÉRGIO “*Treaty Abuse and BEPS*”, *International taxation: New Challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017

RIBEIRO, JOÃO SÉRGIO, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018.

ROCHA, JOAQUIM FREITAS, “*Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação.*”, 2012.

SAFRIN, S., “*Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements*”, American Journal of International Law, p. 623 (2002).

SALDANHA SANCHES, “*Os Limites do Planeamento Fiscal – Substancia e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*”, Coimbra Editora, 2006

SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010

VOGEL, KLAUS, «*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*», 4ª Edição, Wolters Kluwer, 2015

VRANES, E., *The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory*, European Journal of International Law, 2006.

WEBER, Dennis, “*The New Common Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*”, Intertax, 2016.

WEEGHEL, STEF VAN, “*The improper use of tax treaties*”, The Hague, 1998, Kluwer

XAVIER, ALBERTO, "*Direito Tributário Internacional*", 2ª Edição, Almedina, 2018

XAVIER, ALBERTO, Manual de Direito Fiscal, FDL, Lisboa, 1981.