

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO



**DE ENTRE OS “PRINCIPAIS MOTIVOS” NO ÂMBITO DA AÇÃO 6 DO
PLANO BEPS**

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Fiscal, sob a orientação do Exmo. Professor
Doutor Bruno Aniceto da Silva

Rita Helena da Fonseca Peres Sampaio de Andrade

Junho de 2020

Aos meus pais,

À minha irmã Joana,

Ao meu orientador,

Aos meus amigos,

Obrigada!

Índice

Lista de siglas e abreviaturas.....	4
I. Introdução – apresentação do tema	5
II. O nascimento da Ação 6 do Plano BEPS	8
i) A Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros.....	8
ii) A razão de ser da Ação 6 – O fenómeno do <i>treaty shopping</i>	9
iii) A Ação 6 – no que consiste este <i>standard</i> mínimo?.....	11
III. A <i>PPT rule</i>	14
i) O princípio orientador	17
ii) Aplicação da <i>PPT rule</i>	19
iii) A <i>PPT rule</i> e as cláusulas gerais anti abuso	21
IV. Um dos principais motivos.....	28
V. A relação do elemento subjetivo da <i>PPT rule</i> com o objetivo	42
VI. A importância crescente de uma <i>PPT rule</i> bem delineada	44
Bibliografia e jurisprudência	49

Lista de siglas e abreviaturas

ADT	Acordo para Evitar a Dupla Tributação
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CGAA	Cláusula geral anti abuso
DAC 6	Directiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de Maio
G-20	Grupo dos 20
Instrumento Multilateral	Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributárias e a Transferência de Lucros
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
PPT rule	<i>Principal Purpose Test</i> (Regra/Teste do Propósito Principal)
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

I. Introdução – apresentação do tema

Nos últimos anos, o Plano de Ação *Base Erosion and Profit Shifting* (doravante, Plano BEPS) tem ganho cada vez mais destaque e concretização. As empresas multinacionais e os grandes grupos económicos foram, pouco a pouco, ganhando uma confiança e uma maior sabedoria acerca do tema de modo a atingir das mais variadas e perspicazes formas consumir o fenómeno da erosão da base tributária e transferência/desvio de lucros, de forma artificial ou não, para os países com baixa tributação ou mesmo tributação inexistente, aproveitando para o efeito as lacunas normativas da legislação nacional dos países de cada Estado-Membro e até das Convenções Internacionais. Foi nesse sentido que nasceu o Plano BEPS, para prevenir e tentar impedir que continuassem a ser programados esquemas de planeamento fiscal com o propósito de usufruir das discrepâncias entre os diferentes sistemas fiscais, reduzindo artificialmente o lucro tributável ou deslocando-o para outras jurisdições com tributação mais favorável e onde nenhuma actividade (ou pouca) é realizada¹. O aproveitamento destas inconsistências entre legislações terá urgentemente que ser travado, mesmo que paulatinamente, procurando encontrar as falhas existentes na lei e criar situações hipotéticas de possível actuação dos grandes grupos económicos de forma a reduzir a sua carga fiscal ao máximo possível, para que, deste modo, seja possível fazê-los parar.

Apresentado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante, OCDE) a 12 de Fevereiro de 2013, este projeto visa desde logo identificar quais as situações típicas com as quais as grandes empresas se têm deparado intencionalmente de forma a não suportar um peso tão grande como lhes seria devido a nível fiscal, chegando a aliviar o mesmo a um nível nulo ou quase nulo, quais as medidas a tomar para prevenir que essas mesmas situações continuem a ocorrer e, por fim, quais os prazos determinados para a implementação das mesmas. Em forma de recomendação, estamos perante um planeamento com o objetivo principal, então, de conseguir uma harmonização da legislação tributária internacional, evitando as práticas abusivas de grandes empresas, algo de extrema relevância dado o impacto que as mesmas podem ter – e efetivamente, têm, não passando de modo despercebido – na angariação de receita por parte de cada Estado-Membro (sendo possível, nestes termos, presumir o peso que estas práticas terão para os Estados em que a tributação é elevada).

¹ OCDE, *General Report to the G20 Leaders*, 2014

Numa lógica de que o lucro deve ser imputado ao local onde a actividade económica se realiza, pretende-se impedir que a realização do oposto suceda, sendo para tal necessário ajustar a legislação interna de cada Estado-Membro e modificar a Convenção Modelo da OCDE de forma considerável, para que não seja aos grandes grupos económicos e empresas multinacionais fazer-se valer de qualquer vazio existente nas mesmas que faça com que seja possível considerar que determinado lucro é proveniente de um país no qual nenhuma actividade foi executada.

Contando, para a implementação de todas estas arrojadas soluções, com a participação directa dos Estados-Membros e do G-20 através de actividades do Comité dos Assuntos Fiscais e de redes regionais a estabelecer uma relação mais próxima entre os órgãos de política e de administração tributária, espera-se então diminuir ou mesmo findar com estas aplicações abusivas de legislações nacionais e convenções internacionais, – combatendo a retirada de capitais para os chamados paraísos fiscais – juntamente com o fim – ou, no limite, um contributo relevante para o mesmo – do fenómeno da evasão fiscal.

Encontrando-se o Plano BEPS dividido em 15 ações, a presente Dissertação tem, então, por objecto debater com maior profundidade a sua Ação 6, ação essa que tem como meta principal prevenir que os grandes grupos económicos utilizem de forma abusiva os Acordos para evitar a Dupla Tributação (doravante, ADTs). A palavra de ordem para esta ação será “substância”, na medida em que é o que se pretende atingir de forma cada vez mais estável, como adiante poderemos entender de forma mais minuciosa.

Neste sentido, começaremos por explicar de forma mais clara as ideias principais da Ação, dando relevo àquilo que a caracteriza e distingue de todas as outras, chegando para tal à regra do *principal purpose test* (doravante, *PPT rule*). Após uma breve contextualização do mesmo iremos aprofundar quais os requisitos necessários para que determinada situação passe no mesmo, sofrendo das respectivas consequências, estagnando porém nos verdadeiros requisitos em que pretendemos reflectir: os “principais motivos”. Considerados por muitos autores como o pressuposto mais controverso da *supra* regra referida, em torno dele tem nascido debate bastante, merecendo o mesmo especial cautela, na medida em que acreditamos que grandes inovações a seu respeito estejam a caminho.

Para terminar a Dissertação, iremos apresentar a nossa opinião relativamente ao tema em apreço e fazer uma breve interligação entre o nosso requisito principal e a última parte da norma

(o chamado “elemento objetivo”). Por fim, apresentaremos um dos que consideramos ser o motivo mais importante na actualidade para que a *PPT rule* deva estar bem delineada e traçada, concluído com a mesma esta exposição.

Palavras-chave: Ação 6; Plano *BEPS*, *PPT rule*, *Principal Purpose Test*, um dos principais motivos

II. O nascimento da Ação 6 do Plano BEPS

Em Fevereiro de 2013 foi apresentado, pela OCDE, o relatório BEPS e a Julho de 2013 as 15 Ações a incluir nesse mesmo projeto. Após a elaboração de Ações voltadas para o abordar dos novos desafios da economia digital (Ação 1), a neutralização de efeitos das assimetrias híbridas (Ação 2), o reforço de normas relativas a sociedades estrangeiras controladas (Ação 3), entre outras, eis que surgiu a Ação 6 do Plano BEPS. Tendo como principal objetivo evitar que os ADTs fossem utilizados de forma abusiva, o primeiro relatório quanto à mesma foi publicado a 16 de Setembro de 2014.

i) A Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros

É tanto na Ação 6 como na Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros (doravante, Instrumento Multilateral) que vemos ser concretizado o *principal purpose test*. O segundo instrumento foi o que levou ao aparecimento da Ação 15 e cuja divulgação do seu texto foi publicada a 24 de Novembro de 2016, sendo o mesmo assinado por Portugal e mais de 60 outros países e territórios a 7 de Junho de 2017. Realizado pela OCDE, está-se perante um documento com o preciso objetivo de facilitar a implementação das mais variadas medidas anti abuso em diversos Estados-Membros, medidas destinadas a acabar e/ou prevenir a erosão das bases tributárias e fenómenos de transferência de lucros para países com baixa tributação ou tributação inexistente. Assim, neste Instrumento Multilateral constam novos modos de aplicação dos ADTs; condições mínimas para prevenir a utilização abusiva dos mesmos; e, por fim, mecanismos de resolução de conflitos que se pretende que sejam mais eficientes e habilidosos do que os até àquele momento utilizados. É portanto o instrumento perfeito para a implementação das medidas contidas nas Ações do Plano BEPS, sendo também visto como o método mais célere e competente para a implementação dos *standards* mínimos que variadas Ações regulam e que devem ser cumpridos por todos os Estados Membros concordantes com o mesmo.

Aplicável apenas aos ADTs que sejam expressamente nomeados por ambos os Estados Contratantes, e apenas também àqueles assinados entre dois Estados que tenham concordado e

participado na assinatura do Instrumento Multilateral, este tem o propósito de os modificar, retificando disposições suas ou mesmo suplementando-as, devendo então este documento e cada ADT ser lidos e executados em conjunto.

Não obstante o exposto, prevê-se que o Instrumento Multilateral tenha algumas dificuldades de implementação. Sendo necessário um *matching* de escolhas entre os Estados Contratantes de cada Convenção de Dupla Tributação, acabará por haver um atraso nessa mesma efetivação na medida em que Estados terão que “ficar à espera” que outros se decidam para que possam também tomar uma decisão de acordo com eles. Contudo, no que respeita à *PPT rule*, note-se que as dificuldades de implementação não se afiguraram tão visíveis, na medida em que um número elevado de países e territórios – aproximadamente, 93 – já optou pela modificação das suas Convenções em conformidade com a mesma.

ii) A razão de ser da Ação 6 – O fenómeno do *treaty shopping*

Como já tivemos a oportunidade de mencionar anteriormente, procura-se, então, através de todas estas inovações, escapar, de entre distintas práticas abusivas, em especial das de *treaty shopping*, sendo estas as formas mais comuns no que respeita ao abuso dos ADTs por parte das grandes empresas. Sendo as mesmas “um esforço premeditado com o objetivo de tirar vantagens de uma rede de convenções fiscais internacionais e uma escolha cuidadosa daquela que se afigura mais favorável para um propósito específico”², incluem-se aqui todas as medidas necessárias a tornar determinada pessoa ou determinada entidade residente de um dos Estados Contratantes do ADT do qual se pretende obter o tal benefício, podendo tomar vários exemplos para ilustrar este tipo de práticas, desde os casos em que uma entidade de um país terceiro estabelece uma filial num país com um ADT para aproveitar os benefícios em relação aos rendimentos que obtenha no outro Estado Contratante decorrentes e regulados nessa mesma legislação; ou o caso dos instrumentos híbridos; ou os casos em que não se usa apenas uma entidade como intermediária mas sim várias e em várias jurisdições.

Assim, estando em causa um termo nunca definido em qualquer versão da CMOCDE nem explicado em qualquer um dos seus comentários, adotamos a definição de ROSEBLOOM,

² ROSEBLOOM, DAVID, *Tax Treaty Abuse: Policies and Issues*, Law and Policy in International Business, 1983

DAVID que define este fenómeno como a prática de “pedir emprestada” uma Convenção de Dupla Tributação, formando uma entidade num país com uma tributação mais favorável do que a do país da fonte/origem – isto é, o país onde o investimento deve ser feito e o rendimento em questão se deve considerar imputado³.

DANNON, ROBERT J. apresenta-nos, num dos seus artigos⁴, as duas modalidades principais de *treaty shopping*, as quais correspondem (i) às “empresas de conduta” (*Conduit cases*) e (ii) às “empresas de última hora” (*Last minute restructurings*).

Relativamente às empresas de conduta, poderemos ainda distinguir duas categorias: as que praticam esquemas de passagem directa, bem como as que se desenvolvem através de esquemas de passagem em salto (as também designadas “empresas trampolim”). Para exemplificar as primeiras, o autor refere casos em que um determinado rendimento (juros, royalties, entre outros) recebido por uma entidade interposta por um não residente no Estado da residência é imediatamente e (quase) inteiramente distribuído sob a forma de dividendos a não residentes sem direito a benefícios semelhantes no âmbito de uma convenção fiscal.

Para os casos de empresas trampolim, estamos perante situações em que há uma transferência de um rendimento favorecido por uma convenção fiscal para uma outra entidade, de forma a corroer a sua base tributável e não dar origem, habitualmente, a qualquer retenção na fonte.

Por fim, para os casos de empresas de última hora, tal como o próprio nome indica, DANON, ROBERT J. apresenta um exemplo simples e claro presente nos comentários ao artigo 1.º da CMOCDE, no qual uma pessoa singular residente num Estado e que no mesmo detenha uma participação substancial numa empresa, imediatamente antes de vender as suas acções, transfere a sua residência para um outro Estado, no qual as mais-valias decorrentes da venda das acções estão sujeitas a pouco ou mesmo imposto inexistente, alegando posteriormente que esses ganhos, a nível de tributação, são da competência exclusiva do segundo Estado, à luz do ADT celebrado entre as duas jurisdições em causa⁵.

³ ROSENBLOOM, DAVID, *Derivate Benefits: Emerging US Treaty Policy*, Intertax, 1994

⁴ DANON, ROBERT J., *The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It is a GAAR but Just a GAAR!*, Bulletin for International Taxation, 2020 (Volume 74), No. 4/5, 22 de Março de 2020

⁵ *OECD Model*, Comentários ao artigo 1.º, parágrafo n.º 56, 2017

Medidas para evitar este fenómeno em especial e outros de abuso deverão então ser abraçadas, tanto a nível da legislação doméstica de cada Estado-Membro assinante do Instrumento Multilateral, como a nível de legislação internacional, tanto para que se torne possível prevenir que os ADTs não obstem ou dificultem a aplicação da legislação nacional nesta matéria, como para prevenir também a sua própria aplicação abusiva.

iii) A Ação 6 – no que consiste este *standard* mínimo?

A ser uma das principais preocupações da OCDE e dos Estados-Membros que desde há muito tomavam várias abordagens de modo a desencorajar estes métodos abusivos e outros quanto ao abuso das convenções, tais como doutrinas domésticas, regras gerais anti abuso, o método do beneficiário efetivo, entre outros, sem muito sucesso, dado que a sua implementação acabava por se mostrar inconsistente tanto quanto à sua adoção como quanto à sua aplicação, a OCDE considerou que se devia adoptar novas estratégias tanto a nível de legislação interna de cada Estado-Membro como a nível das Convenções Internacionais. Quanto às primeiras, limitou-se a remeter para outras ações do Plano BEPS, mais apropriadas para o efeito. Já quanto às Convenções Internacionais foi necessário estabelecer um *standard* mínimo de proteção, possível de aplicar em todos os Estados-Membros.

No entanto, no que é que consiste esse *standard* mínimo?

De acordo com a OCDE cada Estado tem a possibilidade de adoptar uma das seguintes opções: (i) ou se aplica uma cláusula de limitação de benefícios detalhada, não aceitando o benefício decorrente dos Tratados em determinados casos, conjuntamente com outras medidas anti abuso que podem ser provenientes tanto de legislação doméstica como das próprias convenções internacionais destinadas a lidar com casos que até à altura não se viam visados/protegidos/antecipados nas convenções; (ii) ou se aplica a *PPT rule*, retirando o benefício já atribuindo nessas mesmas situações consideradas abusivas (artigo 7º/1 Instrumento Multilateral)⁶; (iii) ou, por fim, poder-se-á conciliar a aplicação da cláusula de limitação de benefícios numa sua versão simplificada com a aplicação da *PPT rule* (artigo 7º/8 e 13 Instrumento Multilateral). Deste modo, em determinados casos bem examinados e ponderados,

⁶ Note-se que Portugal optou por este método, não incluindo a cláusula de benefício discricionário, a qual teremos a oportunidade de mencionar adiante.

visar-se-á que o abuso por parte do agente económico seja conjurado ou, pelo menos, dissolvido.

De acordo com o relatório final da Ação 6, o ideal inicialmente seria incluir nos ADTs tanto uma cláusula de limitação de benefícios – cláusula essa baseada nas cláusulas das convenções com os Estados Unidos da América – que visaria limitar o âmbito de aplicação do ADT em causa às pessoas singulares e coletivas que passassem em determinados testes (testes com o preciso objetivo de garantir que os benefícios da Convenção eram apenas atribuídos aos seus destinatários previstos); e, de aplicação simultânea, assegurar também a inclusão da *PPT rule*, regra essa que poderia muitas vezes levar a que uma pessoa ou entidade, mesmo que passasse nos testes da cláusula de limitação de benefícios, visse o benefício em causa ser-lhe retirado por sua aplicação, podendo então considerar-se como uma espécie de “regra de segurança”, o último teste para o caso concreto, ou também como a regra instruída para abranger transações ou arranjos que as cláusulas de limitação de benefícios não conseguem alcançar por não abrangerem determinadas formas de abuso das convenções, determinadas situações de *treaty shopping*, dado os seus critérios substancialmente mais objetivos, sendo no entanto casos que merecem e devem ser analisados⁷.

No entanto, consta que, apesar de a conjugação das cláusulas de limitação de benefícios com a *PPT rule* ser considerada como a decisão ideal, uma maior margem de liberdade foi dada pela OCDE a cada Estado Membro na escolha a adotar, visando situações em que a legislação interna tornava desnecessária a aplicação da regra geral anti abuso que se considera a última.

Posto isto, podemos então afirmar que a aplicação de qualquer um destes métodos será como que uma “arma carregada” para as situações de abuso em que, por exemplo, uma empresa não residente estabelece determinada relação com uma empresa residente de forma a que essa mesma relação faça com que usufrua de benefícios à luz de determinado ADT, os quais inicialmente jamais lhe veria ser atribuídos, sendo igualmente, no caso de sucesso na implementação das medidas desta Ação, um considerável desmotivo para as grandes empresas multinacionais que verão as suas atuações abusivas com maiores obstáculos do que os que anteriormente previam. Qualquer uma das escolhas acabou por ser adotada pelos vários Estados

⁷ Tomemos, para este efeito, como exemplo, os casos de arranjos apenas localizados ou construídos em determinado Estado-Membro com o intuito único de obtenção de financiamento através deles.

que assinaram o Instrumento Multilateral, notando-se porém ao longo do tempo certa predominância e preferência dos mesmos pela adoção da regra do propósito principal.

Para além disto, foi ainda sugerido aos Estados-Membros que alterassem o preambulo dos seus ADTs, de forma a incluir no mesmo que o objetivo das mesmas será sempre o de evitar a dupla tributação mas sem que, com isso, se criem oportunidades para não tributação ou baixa tributação – levando a situações de evasão ou fraude fiscal – isto nos casos em que esta ressalva não estivesse já estabelecida nas mesmas.

Assim, após esta breve explicação daquilo em que consiste a Ação 6 e em que é que a mesma se desdobra, passaremos então para uma análise mais cuidada sobre em que é que consiste a *PPT rule*, antes de nos focarmos naquele que consideramos ser o pressuposto mais polémico da mesma.

III. A *PPT rule*

A *PPT rule* foi introduzida no artigo 7.º do Instrumento Multilateral, bem como no artigo 29.º da Convenção Modelo da OCDE de 2007 e, como já tivemos a oportunidade de referir, constitui um dos quatro *standards* mínimos apresentados no Plano *BEPS* a ser implementados pelos Estados que nele participem, dada a dificuldade que a OCDE reconhece em utilizar uma abordagem comum para todos os Estados-Membros, à semelhança do que também acontece com as Ações 5, 13 e 14 do Plano. Introduzido no instrumento acima referido a 1 de Julho de 2018 e a incorporar já em 1500 convenções, esta regra visa então desautorizar os benefícios das mesmas quando da análise da situação concreta, tendo em conta todas as circunstâncias que em seu torno giram, for possível concluir que a criação/transferência/etc. da montagem ou transação foi abusiva. De acordo com o relatório final da Ação 6, estamos perante uma regra que tenciona impossibilitar “a garantia dos benefícios das convenções em circunstâncias inapropriadas”.

Para além disto, há que ter sempre presente que esta regra geral anti abuso deve a todo o momento estar conforme ao Direito da União Europeia. Nesta lógica, recomendou a Comissão Europeia em Janeiro de 2016 que, de forma a garantir a segurança jurídica, tanto para os contribuintes como para as administrações fiscais e a fim de garantir essa mesma conformidade, esta regra, “baseada numa avaliação do objetivo principal, tal como sugerida no relatório final sobre a Ação 6, tem de ser harmonizada de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto ao abuso de direito”⁸, tendo para isto em conta o “papel importante de incentivo” que as convenções têm no comércio além fronteiras, não devendo através delas ser concebidas “oportunidades de isenção ou redução da tributação através da dupla tributação internacional ou de outras estratégias abusivas que apenas prejudicam os objetivos de tais convenções e as receitas fiscais dos Estados Contratantes”⁹. Nesta mesma Recomendação consta ainda que qualquer Estado-Membro deverá informar a Comissão sobre qualquer medida que tenha tomada para cumprimento da mesma, também como uma forma de garantia da segurança.

⁸ **Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão**, 28 de Janeiro de 2016, relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais, considerandos 6 e 7

⁹ *Idem*, considerando 1

Porém, retomando agora a análise da própria regra em si, estamos perante, em nossa opinião, uma verdadeira regra geral anti abuso que deverá ser considerada uma regra objectiva aquando da sua conciliação com o teste da razoabilidade, uma vez que segundo o mesmo terá que se ter em conta todos os factos e circunstâncias relevantes no momento da análise do caso concreto. Contudo, para além disto, também estaremos perante um teste “propositadamente aberto”¹⁰. Deixemos, por agora, pendente até que ponto não o será em demasia.

Para os países que optem pela adoção da *PPT rule* em conjunto com a de uma cláusula de limitação de benefícios, é com a primeira que vêm a última ser complementada, como já tivemos a oportunidade de referir a propósito das três possíveis opções a tomar pelos Estados de acordo com a Ação 6. Mesmo que esta considere para efeitos de beneficiação através das disposições do ADT a pessoa ou entidade em causa como qualificada para tal à luz dos seus testes, a *PPT rule* poderá sempre recusar o acesso às vantagens, retirando-as a quem pela cláusula de limitação de benefícios poderia alcança-las mas não à luz desta regra.

Assim, podemos desde já concluir que a *PPT rule* tem como objetivo fundamental “assegurar que as convenções sejam aplicadas em conformidade com o seu propósito, beneficiando trocas de bens e prestações de serviços, a circulação de pessoas e de capitais quando realizadas de boa-fé, sem que o objetivo principal seja o de assegurar a aplicação de um regime fiscal mais favorável”¹¹.

Note-se, porém, um problema claro que a aplicação da *PPT rule* pode acarretar: o facto de a mesma ser tão ampla poderá, efectivamente, gerar interpretações bastante dispares de país para país. Como defende PEETERS, BRUNO, “um conceito é vago quando uma falta de claridade existe no que diz respeito à aplicação do mesmo. Quanto mais o conteúdo de um conceito conseguir ser clarificado com base nas suas propriedades ou com base nas suas circunstâncias ou realidade, menos vago se torna” e “a juntar a isto, um termo pode ainda ser qualificado como indeterminado. É o caso do conceito demasiado geral para a situação factual em que se insere”¹² (tradução nossa). Parece-nos ser este o caso da *PPT rule*. A sua excessiva

¹⁰OCDE/G 20 *Base Erosion and Profit Shifting, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, Final Report, 2015

¹¹ **JOÃO DA SILVA COSTA, RITA**, *DA COMPATIBILIDADE DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA – Em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, 2018

¹² **PEETERS, BRUNO**, *European Supervision on the Use of Vague and Undetermined Concepts in Tax Laws*, in *EC Tax Review*, Vol. 22, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2013, pp. 112-114.

amplitude acaba por dar demasiada discricionariiedade aos Estados na interpretação desta regra, causando inconsistências e irreconciliabilidades, não obstante compreendermos que uma das suas principais características é, precisamente, ser genérica o suficiente para poder ser adaptada consoante as especificidades de cada jurisdição e as circunstâncias de negociação dos acordos fiscais. Porém, tendemos a concordar com AVERY JONES, J. & BAKER, P., que defende que este excesso de abrangência poderá gerar problemas de interpretação que irão “prejudicar todo o sistema de benefícios decorrentes de tratados”¹³. As matérias relacionadas com cláusulas anti-abuso serão, com certeza, aquelas que levantam maiores problemas de segurança jurídica e certeza na sua interpretação e aplicação dada a forma vasta como as mesmas são redigidas, não podendo garantir o mesmo grau de certeza nos resultados aos contribuintes, Estado e sistema judiciário que as explícitas disposições de direito comum que apenas reflectem um óbvio e único significado poderão, efectivamente, certificar¹⁴.

Estamos, então, perante regras que pretendem evitar o “planeamento fiscal inaceitável, antecipando-o, estando necessariamente em causa um teste impreciso na sua linguagem legal e que deve ser conjugado com um significativo e ponderado exercício de julgamento de conceitos”¹⁵.

Por fim, quanto à interpretação desta regra, apesar de a regra comum para a interpretação de conceitos das convenções ser a da utilização do significado que a lei doméstica do Estado que a está a aplicar utilizaria, foram vários os Estados que vieram a aceitar, nesta matéria, a interpretação através de um significado internacional autónomo, sendo o mesmo considerado tendo em conta o significado comum que os Estados dariam ao termo em causa, apresentando-se, para nós, sem qualquer sombra de dúvida a saída mais adequada – e a única – para a interpretação da *PPT rule* (uma vez que, ao aplicá-la, estamos perante a presença de mais do que um Estado Membro e cada Estado poderá e provavelmente terá significados não coincidentes com os outros para o mesmo conceito). Assim, para fazer uma interpretação tanto

¹³ AVERY JONES, J. & BAKER, P., *The Multiple Amendment of Bilateral Double Taxation Conventions*, Journals IBFD, 2006

¹⁴ Leia-se ainda, WEBER, DENNIS, *Abuse of Law in European Tax Law: An overview and some recent trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2*”, IBDF European Taxation, Julho de 2013, p. 313 – “De acordo com o Advogado-Geral (Bot, no acórdão *Glaxo Wellcome*) a norma anti-abuso deverá ser restrita o suficiente para transacções entre um grupo se for para ser considerada proporcional”. Ademais, “é difícil afirmar o quão ampla (ou o quão restrita) devem ser as regras anti-abuso, se se pretende que estejam em conformidade com o direito comunitário” (tradução nossa).

¹⁵ ELLIFFE, CRAIG, *The Meaning Of The Principal Purpose Test: One Ring To Bind Them All*, World Tax Journal, 2019

da aplicação da *PPT rule* como de cada um dos seus pressupostos e conceitos que os constituem, terá que haver, em nossa opinião, uma versão consensual dos Estados Contratantes para que seja possível aplicarem a determinado caso a regra constante das suas convenções para o possível afastamento de benefícios decorrentes das mesmas em determinado caso.

i) O princípio orientador

Sem prejuízo do anteriormente exposto, é natural que a primeira questão que se suscita no pensamento de alguém que se encontra a analisar qualquer matéria relacionada com práticas abusivas seja: “mas quando é que se pode considerar que há um abuso?”

A OCDE fornece-nos, então, uma resposta através do chamado “princípio orientador” para estas situações. Será necessário que se verifiquem dois elementos, o subjetivo e o objetivo, para que uma situação seja considerada como abusiva. Primeiramente, há que verificar que o propósito principal da montagem ou transação em causa era, efectivamente, o de garantir uma tributação mais favorável com a sua constituição (elemento subjetivo). Quanto ao elemento objetivo, este equivale à verificação de que a obtenção dessa mesma tributação para seu benefício era contrário ao objeto e fim das disposições da Convenção em causa¹⁶.

Estes dois elementos estão também presentes em diversas regras gerais anti abuso de diversos Estados, sendo este princípio orientador na opinião de diversos autores (com a qual concordamos) e confirmado também no relatório da Ação 6 considerado como uma verdadeira regra geral anti abuso para as convenções¹⁷.

Assim, se a *PPT rule* não for aplicada/incorporada em nenhuma das convenções, o próprio princípio orientador poderá sempre ser aplicado de modo a negar benefícios decorrentes das mesmas, logo que se verifiquem os dois elementos do mesmo.

Não confundamos, porém, este princípio orientador com a própria *PPT rule*. Tendo o primeiro sido referido nos Comentários da OCDE em 2003, aplica-se apenas na falta da segunda em determinado ADT, de acordo com o relatório da Ação 6 BEPS e os Comentários de 2017

¹⁶ **Comentários da Convenção Modelo da OCDE**, Parágrafo 9.5, 2003

¹⁷ **CHAND, VIKRAM**, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, INTERTAX, Volume 46, 2018

da OCDE. Estando todos os elementos *supra* referidos satisfeitos e não se aplicando a mesma, o *guiding principle* poderá tomar protagonismo. Isto não obstante alguns autores, como é o caso de CHAND, VIKRAM¹⁸, considerarem que o mesmo só deverá ser aplicado a factos abrangidos por Convenções concluídas depois de Janeiro de 2003, data em que o mesmo foi apresentado pela primeira vez; e também apenas na falta de aplicação de outra regra anti-evasão aplicável.

Neste sentido, podemos afirmar que “o estatuto e função do princípio orientador perderá logicamente importância com a introdução da *PPT rule* tanto no texto da Convenção Modelo da OCDE como no Instrumento Multilateral”¹⁹.

Adicionalmente, WEBER, DENNIS resume ainda quais considera ser os requisitos principais para que se possa fazer uma presunção legal do conceito de “abuso”. Num total de três pressupostos, o autor refere que primeiramente a necessidade da presença de um elemento objectivo, sempre possível de ser identificado por uma terceira parte, de forma a que seja possível validar que a transacção em questão representa, num todo ou em parte, um arranjo puramente artificial, que não reflecte uma realidade económica, com vista a escapar ao imposto normalmente devido sobre o rendimento em causa (um elemento que, em nossa opinião, se revelará um verdadeiro teste de genuinidade, teste do qual iremos abordar adiante a relevância que consideramos possuir para efeitos de aplicação da regra do propósito principal).

O segundo requisito manifesta-se como sendo bastante ajuizado, tendendo a concordar com o mesmo, na medida em que deverá ser dada a oportunidade ao contribuinte de provar que o arranjo em causa foi efectivamente realizado com alguma justificação comercial, podendo fazê-lo sem qualquer restrição administrativa indevida.

Por fim, aquando da conciliação dos dois primeiros requisitos, se se concluir pela artificialidade do arranjo, estando-se então perante uma situação abusiva, a requalificação deverá estar limitada à proporção do benefício do qual o contribuinte se fez valer na medida em que exceda o que teria efectivamente acontecido caso não tivesse sido realizado o arranjo

¹⁸ CHAND, VIKRAM, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, INTERTAX, Volume 46, 2018

¹⁹ DANON, R.J., *Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No.1

puramente artificial. Assim, a consequência para o contribuinte pela sua atuação abusiva não deverá ser uma penalização, mas uma obrigação de reparação²⁰.

ii) **Aplicação da *PPT rule***

Tendo em conta esta condição aparentemente subsidiária e não obstante as diferenças entre o princípio orientador e a *PPT rule* (nomeadamente e de extrema importância para a nossa Dissertação o facto de o princípio orientador se referir a um “principal motivo” enquanto a regra do propósito principal se refere de forma mais abrangente a “um dos principais motivos” como requisito necessário para a aplicação da mesma), podemos notar também que esta reflete muito o princípio referido. Para adoptar esta regra em determinada situação terá que estar em causa um benefício (entendendo-se por “benefício” qualquer dedução, isenção, diferimento ou reembolso – enfim, qualquer melhoria da condição fiscal do sujeito passivo, derivada da aplicação de determinado ADT, comparativamente com a situação real inicial, a situação em que o mesmo se encontraria caso não lhe visse ser aplicado aquele acordo ou a legislação nacional aplicável à luz do mesmo); tem que ser razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias presentes no caso concreto, que a obtenção do benefício era um dos principais motivos da montagem ou transação da qual o mesmo resultou, direta ou indiretamente (estando aqui o elemento subjetivo atrás referido); e, por fim, tem que se estabelecer que o benefício obtido estava de acordo com o objeto e fim das disposições relevantes da Convenção (constando já, aqui, o elemento objetivo).

Ao analisar o elemento subjetivo desta regra podemos também reparti-lo em duas metades de compreensão essencial. Há que ser feito tanto o teste da razoabilidade como o próprio teste do propósito principal. Alguns autores referem-se, ainda, ao teste do resultado, uma vez que se mostra necessário verificar se a obtenção do benefício resultou “direta ou indiretamente” de determinada montagem ou transação. No entanto, focar-nos-emos apenas no teste da razoabilidade e do propósito principal, por uma questão de simplificação e atenção em manter o foco no objecto da nossa tese, sendo o teste do resultado irrelevante para efeitos da reflexão que pretendemos gerar com esta exposição.

²⁰ **WEBER, DENNIS**, *Abuse of Law in European Tax Law: An overview and some recent trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2*, IBDF European Taxation, Julho de 2013

O teste da razoabilidade suscita diversas dúvidas por parte da doutrina. A principal remete-nos para o princípio da segurança jurídica e em que medida esse teste é contrário àquele. É uma questão de extrema importância uma vez que, a ser a contrariedade confirmada, a *PPT rule* não poderia de modo algum ser incorporada na legislação dos Estados-Membros nem através do Instrumento Multilateral, nem através dos ADTs.

Outra dúvida será a de saber se as autoridades fiscais não darão demasiado arbítrio, com esta regra, às autoridades fiscais, não estando então de acordo com a legislação europeia.

Não nos alongaremos muito mais, por agora, a propósito destas questões, uma vez que as abordaremos mais a fundo adiante ao analisar outro tema bastante pertinente relativa a esta regra: a necessidade de “um dos principais motivos” da montagem ou transação em causa ser a obtenção do benefício de tributação mais favorável ou mesmo não tributação.

Por fim, note-se ainda a propósito da execução da *PPT rule* que, ao ser a mesma aplicada, alguns Estados viram a possibilidade de incluir no número seguinte ao desta regra, no artigo onde a mesma consta e já referido *supra*, que no Estado Contratante em que tiver sido negado o benefício da Convenção “caberá à autoridade competente tratar aquela pessoa ou entidade como titular do mesmo ou de diferentes benefícios relacionados com o rendimento em causa, se esses mesmos benefícios tivessem sido concedidos na ausência da montagem ou transação que levaram à aplicação da regra”²¹. É a esta cláusula que se deu o nome de “cláusula de benefício discricionário”.

Os critérios para determinar que os benefícios teriam efetivamente sido concedidos na ausência da montagem ou da transação ficarão à consideração das autoridades competentes, as quais igualmente receberão o pedido de garantia dos mesmos. Terão, tal como se tem como pressuposto essencial para aplicação da *PPT rule*, que analisar todos os factos e circunstâncias relevantes antes de se chegar a uma decisão e consultar também a autoridade competente do outro Estado Contratante caso o pedido tivesse sido feito por um residente desse mesmo outro Estado²².

²¹ OCDE/G 20 Base Erosion and Profit Shifting, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, Final Report, 2015

²² *Idem*.

No entanto, há que ter em conta que a aplicação desta cláusula trará, obviamente, vantagens e desvantagens, sendo a principal desvantagem o atraso na aplicação da Convenção que a mesma poderá trazer e a maior complexidade na forma como esta cláusula poderá ser aplicada pela administração tributária, dada a consulta que se afigura necessária entre as administrações dos dois Estados para que se possa efectivamente conceder o benefício²³.

iii) A *PPT rule* e as cláusulas gerais anti abuso

A par com a *PPT rule*, têm sido introduzidas no ordenamento jurídico cláusulas gerais anti abuso, tanto a nível nacional como internacional, de modo a tentar evitar ao máximo a elisão fiscal, o desvio ao pagamento de tributos que os contribuintes podem, de modo estratégico, alcançar. Assim, neste ponto iremos focar-nos em algumas cláusulas gerais anti abuso, tomando como exemplo as cláusulas presentes na Directiva mães e filhas (Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011) e na Directiva juros e royalties (Directiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003), bem como na Directiva Anti-Elisão (Directiva 2016/1164/UE de 12 de Julho de 2016), de modo a podermos fazer notas as semelhanças que existem e de que modo as diferentes cláusulas gerais anti abuso poderão auxiliar-nos a encontrar uma solução para as críticas que apresentamos a propósito da *PPT rule* e da sua incompletude a nível prático – opinião essa que iremos deixar para um momento posterior, considerando que, por uma questão de organização, ao leitor interessa primeiramente familiarizar-se com as diferentes regras que temos a nível de combate do abuso por parte dos contribuintes, de modo a conseguir, em momento posterior, identificar o que nos parece faltar na *PPT rule* comparativamente com as suas semelhantes. Começaremos por abordar as cláusulas isoladamente, de modo a podermos concluir, antes de uma análise mais aprofundada da regra do propósito principal, quais os pontos essenciais em comum entre si, e quais aqueles que deveriam complementar a última.

A Directiva Anti-Elisão (*Anti Tax Avoidance Directive*) está integrada no pacote anti-elisão²⁴, juntamente com um conjunto de recomendações em matéria de Convenções para

²³ **MOSQUERA, IRMA**, *The Principal Purpose Test (PPT), the BEPS Inclusive Framework and MLI*, 2019, disponível em <https://www.ciat.org/the-principal-purpose-test-ppt-the-beps-inclusive-framework-and-mlt>

²⁴ Note-se que este pacote anti-elisão foi apresentado a 28 de Janeiro de 2016 pela Comunidade Europeia, visando integrar um conjunto de propostas com o objetivo de dar uma resposta de forma coordenada a todos os Estados-Membros da União Europeia, justamente tendo em conta o recente Plano de Ação BEPS, tendo como finalidades (i) abonar a favor da tributação efectiva na União Europeia; (ii) aumentar e garantir uma maior existência de transparência fiscal entre os mesmos; e (iii) afirmar como certas condições de concorrência equitativas entre os referidos Estados.

Evitar a Dupla Tributação, dado os actuais acordos entre os Estados-Membros permitirem, de diversos modos, o já referido anteriormente planeamento fiscal agressivo (“treaty shopping”). O estudo sobre o planeamento fiscal agressivo implica uma análise crítica de todas as falhas, todas as lacunas e disparidades entre as legislações dos Estados-Membros que poderão ser aproveitadas pelas empresas multinacionais nos tempos que correm, de modo a permitir que as propostas apresentadas no Plano BEPS não sejam aplicadas de forma descoordenada, não dando consequentemente aso a novas lacunas e distorções no mercado único da União Europeia, bem como assimetrias que possibilitem a sua exploração pelas sociedades que pretendem enganar a tributação. Assim, com os principais objetivos de vetar o aproveitamento destas lacunas, retomar a confiança na igualdade entre os sistemas fiscais dos diversos Estados-Membros e garantir que o imposto é pago no local onde a riqueza é gerada, à semelhança das outras regras gerais anti abuso, o artigo 6.º da Directiva *supra* referida defende que, para calcular a matéria colectável de determinada empresa, deverão ser ignoradas as montagens ou os conjuntos de montagens que, ao ter como “finalidade principal ou uma das finalidades principais obter uma vantagem fiscal que fruste o objecto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” não seja considerada genuína, analisados todos os factos e momentos que envolvem aquela montagem em concreto.

Desde logo podemos notar alguma semelhança entre esta regra anti-abuso e a *PPT rule*, na medida em que, não obstante a segunda não ser uma regra de cálculo, estão em causa (i) arranjos puramente artificiais que têm como (ii) uma das finalidades principais a obtenção de um benefício fiscal (iii) que fruste o objecto ou finalidade da legislação aplicável.

No entanto, o número 2 deste artigo 6.º densifica em que medida é que uma montagem ou conjunto de montagens poderão ser considerados como não sendo genuínos: “na medida em que não seja posta em prática por razões económicas válidas que reflectam a realidade económica”.

Antes de aprofundarmos a *ratio* deste número, exploremos sem demora a presença de regras gerais anti abuso noutras legislações internacionais.

Tanto a Directiva aplicável às sociedades-mães e afiliadas de Estados Membros distintos (Directiva 2011/96/UE do Conselho) como a Directiva aplicável ao pagamento de juros e royalties entre empresas relacionadas desses mesmos Estados regulam situações que implicam

também a necessidade de aplicação de cláusulas gerais anti abuso, sendo que estão regulamentadas em cada uma delas, tendo um conteúdo idêntico.

A aplicação desta norma geral anti abuso visa a reunião de determinados pressupostos, designadamente estar-se perante (i) uma montagem ou série de montagens; (ii) a obtenção de vantagens fiscais como o ou um dos motivos principais para a/s mesma/s (elemento subjetivo); (iii) não ser realizado, com essa/s montagem/ns, o objetivo, a razão de ser, das directivas (elemento objetivo); (iv) a não genuinidade do esquema em causa.

Ora, olhando para estes requisitos, conseguiremos notar desde logo que, até ao ponto (iii), a *PPT rule* encontra-se até bastante completa. Terá efectivamente que estar equacionada uma “montagem ou transação”, a mesma terá que ter como um dos principais propósitos a obtenção de determinada vantagem fiscal e, por fim, o único escape para que, não obstante a verificação destes requisitos, o benefício seja concedido, esteja previsto que a concessão do mesmo nessas circunstâncias está efectivamente em conformidade com o objecto e fim das disposições relevantes do ADT.

Porém, note-se que, no tocante ao ponto (iv) – genuinidade do esquema em causa – na *PPT rule* não se afigura possível encontrar qualquer referência a uma necessidade de manifestação de “substância” da montagem ou transação em causa.

Assim, poderemos notar que nestas directivas, ao ser feita a menção à genuinidade das montagens, estamos perante um sinónimo de “razões económicas válidas”. Alternativamente, vemos também reconhecido pela jurisprudência do TJUE a expressão “artificialidade” ou “arranjos puramente artificiais”. Adiante poderemos reflectir um pouco sobre este conceito aquando da menção do Acórdão *Cadbury Schweppes*, porém por agora anotemos apenas a existência deste conceito de “genuinidade”, o qual segundo DOURADO, ANA PAULA foi adoptado pelas Directivas no sentido de uma montagem ser genuína quando é constituída por “razões económicas válidas que reflectem a realidade económica”²⁵.

Observando os comentários à Convenção Modelo sobre o Rendimento e o Capital feitos pela OCDE, especificamente no que respeita ao artigo 29.º/9, podemos questionar-nos sobre a presença de um teste de genuinidade no respectivo parágrafo 181.

²⁵ DOURADO, ANA PAULA, *Governança Fiscal Global*, 2ª edição revista e actualizada, Agosto de 2018

Neste, a OCDE afirma que não deverá ser considerado como um “principal propósito” um benefício decorrente de uma convenção fiscal quando for razoável concluir que não seria uma principal contrapartida nem justificava a constituição de uma montagem ou transacção a obtenção do mesmo. Neste mesmo sentido, “quando um acordo estiver indissociavelmente ligado a uma actividade comercial principal e a sua constituição não foi motivada por considerações de obtenção de um benefício, será improvável que o seu objectivo principal seja a obtenção desse benefício” (tradução nossa)²⁶.

Apesar de notarmos nestes comentários uma postura de certa forma defensiva de que não deveremos negar a consideração de um benefício como principal propósito para uma montagem/transacção na medida em que os factos e as circunstâncias do caso concreto revelam que as mesmas foram constituídas com a finalidade de beneficiar de vantagens fiscais à luz das convenções fiscais²⁷, comparemos os seguintes exemplos pela mesma mencionados.

Exemplo A: a TCO (empresa residente do Estado T), detém acções da SCO (empresa cotada na bolsa de valores do Estado S). O Estado T não tem uma convenção fiscal com o Estado S. Por conseguinte, qualquer dividendo pago pela SCO à TCO está sujeito a uma retenção na fonte sobre os dividendos de 25 por cento em conformidade com a legislação nacional do Estado S. Ao abrigo da convenção fiscal Estado R - Estado S, não existe, contudo, qualquer retenção na fonte sobre os dividendos pagos por uma empresa residente num Estado Contratante e que seja propriedade, a título lucrativo, de uma empresa residente no outro Estado. A TCO celebra um acordo com a RCO (instituição financeira independente residente no Estado R), nos termos do qual a TCO cede à RCO o direito ao pagamento de dividendos que foram declarados mas ainda não foram pagos pela SCO.

Neste exemplo, a OCDE defende efectivamente que, apenas pelos factos apresentados, será razoável concluir pela aplicação da *PPT rule*, dado que um dos principais motivos foi a

²⁶ *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full version, p. 1461.

²⁷ Para tal, exemplifica a OCDE: “a taxpayer resident of State A enters into a conduit arrangement with a financial institution resident of State B in order for that financial institution to invest, for the ultimate benefit of that taxpayer, in bonds issued in a large number of States with which State B, but not State A, has tax treaties. If the facts and circumstances reveal that the arrangement has been entered into for the principal purpose of obtaining the benefits of these tax treaties, it should not be considered that obtaining a benefit under one specific treaty was not one of the principal purposes for that arrangement”, *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full version, pp. 1461 e 1462

obtenção da vantagem fiscal decorrente do ADT entre o Estado R e o Estado S, sendo isto contrário ao objecto e propósito da convenção em causa.

Tendemos a concordar com a aplicação da *PPT rule* neste caso, na medida em que estamos perante um único motivo (e não “um dos motivos”) apresentado para a constituição da transacção em causa, o qual, tendo apenas em consideração os factos apresentados, não terá sido suplantado por outros motivos de ordem económica ou comercial.

Exemplo C: a RCO (empresa residente no Estado R), empresa que se dedica à produção de dispositivos electrónicos, vê a sua actividade em rápida expansão. Considerando a possibilidade de estabelecer uma fábrica num país em desenvolvimento por forma a beneficiar de custos de fabrico mais baixos, identifica três países diferentes que considera ideais para o efeito. Proporcionando os três ambientes económicos e políticos semelhantes, após considerar o facto de o Estado S ser o único destes países com o qual o Estado R tem uma convenção fiscal, opta então pelo mesmo para a constituição do seu estabelecimento estável.

No caso em apreço, verificamos que a OCDE rejeita a aplicação da *PPT rule*, considerando que não será razoável concluir que a obtenção de uma vantagem fiscal à luz do ADT em causa é um dos principais motivos para o estabelecimento da fábrica pela RCO no Estado S, mencionando que os mesmos são apenas (i) a expansão da actividade da RCO e (ii) os custos de produção mais baixos no país do estabelecimento da fábrica.

Aqui, em nossa opinião, notamos uma postura por parte da OCDE bastante mais moderada do que aquela que resulta da letra da *PPT rule*. Desta resulta que deverá ser negado o benefício quando um dos principais motivos que levaram à constituição de montagem/transacção seja a obtenção do mesmo, o que no exemplo acima referido nos parece ser o caso, na medida em que a decisão final de opção pelo Estado S foi efectivamente a inexistência de uma convenção fiscal entre os dois Estados em causa.

Assim, relativamente a este exemplo fica a crítica pessoal de que não resulta da letra da *PPT rule* nenhuma regra de aferição entre os motivos que deverão ser considerados como “os principais motivos” ou apenas “um dos motivos”, deixando uma grande margem de discricionariedade aos Estados para concluírem por si mesmos – e de acordo com as motivações que possam ter para tal, as quais não terão que ser justificadas – se querem, ou não, negar o benefício da convenção.

Aqui e como suporte da nossa opinião, tanto como um Estado poderá optar por, à semelhança da OCDE no exemplo em apreço, negar a aplicação da *PPT rule* por termos outros motivos que não apenas os fiscais, considerando os mesmos como “os principais” em detrimento dos segundos, também os Estados poderão optar pelo caminho inverso, aplicando a regra anti abuso assim que esteja presente o mais pequeno motivo fiscal, argumentando de forma a concluir que é um dos principais para a constituição de determinada montagem ou transacção.

Neste sentido, afirma LANG, MICHAEL, “consequentemente, se o contribuinte conseguir provar que o acordo que escolheu tem também outros motivos para além dos fiscais, a autoridade fiscal pode argumentar que é suficiente para a aplicação do nº 9 do artigo 29º do CMOCDE se o mesmo também pretendia a obtenção de um benefício fiscal. Mesmo que o contribuinte possa apresentar o motivo como estando fora da legislação fiscal, tal não tem de ser suficiente”²⁸ (tradução nossa).

Finalmente, no último exemplo apresentado pela OCDE nos comentários ao artigo 29.º/9 à Convenção Modelo sobre o Rendimento e o Capital (“Exemplo F”), notamos uma referência pela mesma ao referido anteriormente teste da genuinidade (à semelhança da GAAR presente na Directiva “Anti-Elisão”), em nossa opinião.

No caso em apreço encontramos-nos perante um grupo de sociedades, as quais aparentam desempenhar efectivamente uma actividade económica e condução ativa dos negócios. Aqui, a OCDE foca-se na RCO, sociedade filha da TCO, a qual, entre outras funções, trata da coordenação de financiamento entre as empresas em causa, manutenção de um sistema centralizado de contabilidade de gestão de caixa para a empresa mãe e suas subsidiárias, e é ainda responsável pelo desembolso ou recebimento de quaisquer pagamentos em dinheiro exigidos por transacções entre suas afiliadas e partes não relacionadas. Ademais, gere os riscos associados ao negócio (por exemplo, através da celebração de contratos de taxa de juros e contratos de câmbio estrangeiros conforme necessário de modo a gerenciar os riscos decorrentes de desajustes nos fluxos de caixa de entrada e saída) e dispõe de um número total de 50 funcionários (incluindo escriturários e outros funcionários administrativos).

Assim, aos olhos da OCDE, realizando a RCO um negócio com funções económicas substanciais, usando ativos e assumindo riscos reais, assumindo ainda actividade significativa

²⁸ LANG, MICHAEL, *The Signalling Function of Article 29(9) of the OECD Model – The “Principal Purpose Test”*, Bulletin for International Taxation, 2020 (Volume 74), No. 4/5

com a TCO e as outras sociedades do grupo, não estaríamos aqui perante um arranjo puramente artificial, não devendo ser negado o benefício fiscal decorrente de um qualquer empréstimo que a TCO concedesse à RCO com o objectivo de evitar uma potencial retenção na fonte derivada do mesmo.

Tendemos a concordar inteiramente com esta análise da OCDE, porém note-se que a mesma não resulta da letra da norma anti abuso presente no artigo 29.º/9 CMOCDE.

Ademais, note-se ainda que a Comissão Europeia sugeriu ainda, em tempos, que os Estados Membros optassem pela inclusão da *PPT rule* nas suas convenções fiscais, e que incluíssem nas mesmas o teste da genuinidade das transacções.

Assim, não obstante parecer-nos que a OCDE concorda com a necessidade de incluir numa norma anti abuso das convenções fiscais uma realidade que imponha aos Estados Membros a análise e avaliação da genuinidade das transacções e montagens, é um facto que a mesma não consta da letra da lei sendo que, no limite, poderemos apenas encontra-la nos comentários feitos à Convenção Modelo.

Considerando o exposto, e não sendo os comentários vinculativos, por mais que os mesmos possam, por vezes, defender a necessidade de existência de um teste de genuinidade para combater os casos de atuações abusivas na aplicação das convenções fiscais, por agora os Estados não se encontram obrigados a respeitá-lo e aplicá-lo, pelo que optamos pela defesa da inclusão do mesmo na norma de uma forma clara, de modo a que não se dê – ao tentar evitar o abuso das convenções por parte dos contribuintes – uma exagerada discricionariedade aos Estados, a qual não deverá também ser tolerada.

Note-se, ainda, a este propósito que não é só a nível de legislação internacional que encontramos a noção de razões económicas válidas presente em cláusulas gerais anti abuso. A nossa CGAA nacional, no artigo 38.º da Lei Geral Tributária, apresenta-se também muito semelhante as regras acima referidas e, adicionalmente e à semelhança da regra da Directiva “Anti-Elisão”, reflecte ainda no seu número 3, alínea a), em que medida deverá uma construção ou série de construções não ser considerada genuína, notando desde logo e à semelhança da opinião da Professora Doutora ANA PAULA DOURADO acabada de referir, a adopção da definição proposta pelo Direito Europeu: “na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflectam a substância económica”.

IV. Um dos principais motivos

DANON, ROBERT J.²⁹ e outros autores defendem (tendendo nós a concordar) que deve ser feita uma separação entre duas componentes da *PPT rule* para que a mesma possa efetivamente ser posta em prática: a subjectiva e a objectiva, à semelhança do princípio orientador que já tivemos a oportunidade de brevemente analisar. Da segunda falaremos mais adiante, referindo-nos à análise que deverá ser feita para considerar se o benefício atribuído a algum agente económico se encontra em conformidade com o objeto e fim das disposições relevantes da Convenção. Caso a resposta seja afirmativa, não será aplicada a regra. Caso seja negativa, a redução, isenção, reembolso ou dedução será desfeita, como se a Convenção entre os dois países em causa não lhes fosse aplicável.

No entanto, relativamente à componente subjectiva desta regra anti abuso, a mesma prende-se com a necessidade de que, para aplicação da mesma, a obtenção do benefício em causa seja um dos principais motivos da montagem ou transação da qual o mesmo resultou (assumindo como “montagem ou transação” “todas as criações, cessões, aquisições, transferência de rendimento ou direito de propriedade do local do qual o rendimento advém; estabelecimento, aquisição e manutenção de determinada pessoa da qual deriva o rendimento em determinado Estado, casos de qualificação dessa pessoa como residente do Estado Contratante e todos os passos que a mesma tomar com o propósito de se tornar residente”³⁰). Assim, será lógica a imposição em fazer uma análise através de um teste de razoabilidade, tendo em conta todas as circunstâncias e factos relevantes que girem em torno da montagem/transação e, conjuntamente, fazer também o próprio *principal purpose test*³¹. Apesar de dois elementos distintos da regra do artigo 7º do Instrumento Multilateral, estão emparelhados um ao outro de forma inabalável, devendo ser analisados em conjunto, tal como afirma WEBER, DENNIS³².

Quanto ao teste da razoabilidade há ainda, antes de entrarmos na discussão propriamente dita em torno da expressão “um dos principais motivos”, que fazer um breve exame do mesmo.

²⁹ DANON, ROBERT J., *Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No.1, online

³⁰ **Comentários ao artigo 29º da Convenção Modelo da OCDE**, parágrafo 177, 2017

³¹ WEBER, DENNIS, *The reasonableness test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU principle of legal certainty and the EU abuse of law case law*, Erasmus Law Review, 2017

³² *Idem*.

O nome do teste parece-nos, desde logo, inquietante e, de certo modo, preocupante. É exigido apenas que seja “razoável” concluir, sem qualquer grau de certeza, que o elemento subjetivo da *PPT rule* se encontra satisfeito. Ou seja, é necessário apenas que seja plausível considerar que a obtenção do benefício era um dos principais motivos da montagem/transação em causa, tendo em conta todos os factos e circunstâncias.

KEMMEREN, E.C.C.M, para além de notar também a falha na incerteza gerada pela expressão “se for razoável concluir”, também questiona a desconformidade com a jurisprudência do TJUE relativamente ao significado da expressão “um dos principais motivos”³³. É assim que passamos, então, à análise e observação crítica do objeto da nossa Dissertação. Veremos de seguida até que ponto está correta a redação da *PPT rule*, ao referir que é apenas necessário que “um dos principais motivos” de uma montagem ou transação seja a obtenção de uma vantagem fiscal prevista numa Convenção e da qual à partida jamais se beneficiaria. Toda a conclusão razoável *supra* referida, baseada em critérios objetivos referentes aos factos e circunstâncias em causa, gira em torno de um benefício que terá que se concretizar se tem como “um dos principais motivos” a obtenção de determinada vantagem/benefício fiscal, sendo a análise dos propósitos de extrema importância para a aplicação da regra *PPT*.

Apesar de parecer estarmos perante um requisito simples de compreender e consideravelmente óbvio, existem inúmeros debates em torno do mesmo, o que será compreensível na nossa opinião.

Para lançamento do tema, deixemos a nota de que a opinião da OCDE a propósito do mesmo é a de que a obtenção do benefício “não precisa de ser o único ou dominante propósito de um arranjo ou transação em particular. É apenas preciso que seja um dos principais motivos a obtenção do mesmo”³⁴ (tradução nossa).

Assim, a OCDE defende esta posição no *Action 6 Final Report* e ilustra-a com um caso no qual começa por afirmar que uma pessoa poderá querer vender uma propriedade pelos mais variados motivos. No entanto, se anteriormente à transação, a mesma se torna residente de um dos Estados Contratantes de uma Convenção com um dos principais propósitos de obter os benefícios que os residentes de qualquer um dos Estados Contratantes beneficiariam por força

³³ KEMMEREN, E.C.C.M., *Where is EU Law in the OECD BEPS discussion*, EC Tax Review, 2014

³⁴ *Action 6 Final Report*, p. 58, parágrafo 12, Parte B.

da Convenção em causa – *i.e.* no exemplo específico, a facilitação da venda do bem em causa ou o reinvestimento do produto da alienação – esse facto já seria suficiente para que a *PPT rule* devesse ser aplicada e, conseqüentemente, o benefício decorrente da convenção negado.

Neste caso, encontramos-nos perante um dos casos mais evidentes em que a aplicação da *PPT rule* poderá ser claramente perigosa, na medida em que o facto de uma pessoa individual alterar a sua residência para outro Estado poderá, em nossa opinião, bastar para comprovar que esta actuação não deveria ser considerada como abusiva à luz das convenções fiscais, na medida em que seria uma situação demasiado excessiva, *i.e.* que poderia acarretar inúmeras implicações a nível pessoal para um indivíduo o facto de o mesmo considerar a sua mudança para um outro país longe de todos os seus interesses vitais apenas com o simples propósito/a mera vontade/intenção de beneficiar de uma vantagem decorrente da aplicação de uma convenção fiscal.

Assim, antes de tudo, conciliando o teste da razoabilidade com o teste do propósito principal, como já foi referido anteriormente, para que a *PPT rule* seja aplicada tem que ser feita uma análise dos factos e circunstâncias da situação concreta. Não basta nem as autoridades constatarem que, à primeira vista, é evidente que um dos principais motivos é a obtenção do benefício, como também não basta que o pagador do imposto refira meramente que não teve qualquer intenção em obter uma vantagem fiscal decorrente de uma Convenção.

Logicamente, se ao analisar a situação tendo em conta todos estes critérios, se chegar à conclusão de que o principal motivo, dominante ou mesmo único era a obtenção do benefício, então não haverá qualquer dúvida de que o elemento subjetivo está satisfeito e, conseqüentemente, o benefício deverá ser retirado. Aqui, o único escape do pagador do imposto será provar que, mesmo tendo como principal motivo essa obtenção, o mesmo estava de acordo com os objetivos e fins das disposições relevantes da Convenção em causa (elemento objetivo da *PPT rule*).

Já se, ao fazer a análise factual e circunstancial, se chegar à conclusão de que, de entre todos os motivos em causa, estavam motivos económicos, comerciais e efetivamente também fiscais, coloca-se, pois, a dúvida de saber se o elemento em avaliação está ou não satisfeito. Podemos estar perante vários “principais motivos”. Atendendo à própria letra da lei, parece-nos claro que a resposta será afirmativa. No entanto, é também clara a margem de discricionariedade que a mesma dará, nesses termos, às autoridades fiscais na solução para os casos em apreço.

Na opinião de CHAND, VIKRAM³⁵, se a análise factual permitir chegar à conclusão de que os motivos não fiscais se sobrepõem aos motivos fiscais para determinada montagem ou transação, então será possível poupar o pagador do imposto da aplicação da *PPT rule*, devendo o caso concreto estar fora do escopo de aplicação da norma e o benefício ser mantido pelo mesmo. Tendemos a concordar não podendo deixar, no entanto, de fazer algumas ressalvas.

Ao ter presente no artigo 7º do Instrumento Multilateral que a obtenção do benefício deve ser “um dos motivos principais” da montagem ou transação em causa, a tendência será para que a mesma seja aplicada em todas as situações em que efetivamente o estabelecimento de, por exemplo, uma sociedade-filha num país diferente do país da sociedade-mãe a propósito de uma negociação com uma sociedade estabelecida num terceiro país, tenha uma tributação mais favorável que no segundo Estado. Consideramos a opinião de DE BROE, LUC³⁶ a mais adequada a adotar. É importante zelar pela necessidade de proteger a angariação de receita por parte dos Estados, porém a regra não deve ser aplicada cegamente, ao ponto de prejudicar também grupos multinacionais que não deveriam ser prejudicados. Consideramos também e assim que, estando em causa vários motivos para o estabelecimento de determinada montagem em determinado país, será efetivamente difícil provar que, de entre todos eles, um dos principais era mesmo a obtenção do benefício. Para favorecimento da angariação de receitas conseguimos perceber o intuito deste requisito: na via das dúvidas assume-se que basta que exista o motivo da obtenção de tal vantagem fiscal, sendo a mesma então retirada a quem a obteve.

Porém, é quase um desafio não criticar, de certo modo, esta proteção dos Estados, na nossa opinião considerada excessiva e desproporcional na medida em que pode desfavorecer quem de direito não deveria sê-lo. Se o pagador do imposto comprovar que, de entre todas as razões para o estabelecimento de determinada sucursal em determinado Estado, estavam presentes tanto a obtenção do benefício como também todo um conjunto de razões económicas válidas para tal, não será de certo modo facciosa a retirada do benefício? Isto é, como será possível garantir, com toda a certeza, que a intenção foi a de obter a vantagem e a mesma não foi só uma benesse que o estabelecimento da sociedade-filha pelos outros motivos trouxe ao grupo? Que critérios utilizar para afigurar dessa mesma intenção? Julgando de uma enorme complexidade alcançar uma conclusão a esse propósito, sendo praticamente (senão, completamente)

³⁵ CHAND, VIKRAM, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, INTERTAX, Volume 46, 2018

³⁶ DE BROE, LUC, *Tax Treaty and EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS action 6*, in Institute for Tax Law, 2017

impossível confirmar com a máxima certeza qual a intenção e o verdadeiro fundamento de determinada montagem ou transacção, consideramos perigosa a retirada de um benefício somente com base no facto de “um dos motivos” ter sido a obtenção do mesmo (estando em causa, como refere LEE, CHUL HUN³⁷, um possível cenário de “abuso de uma disposição anti abuso”). Para o efeito, tendemos a concordar com a opinião do Advogado-Geral Maduro no acórdão *Halifax*, no qual refere que, de modo a entender uma montagem ou transacção como sendo, ou não, artificial, deverá olhar-se não para a intenção da pessoa que desempenha a actividade, mas sim para a intenção da actividade em causa³⁸, não obstante afirmar que “é verdade que esses elementos objectivos revelarão que a pessoa ou as pessoas envolvidas tinham, muito provavelmente, a intenção de abusarem das normas de direito comunitário. Mas essa intenção não é decisiva para a apreciação do abuso”.

Ademais, se estivermos mesmo perante um caso em que o benefício foi apenas uma mera e accidental regalia que a retirada/transferência/criação da montagem gerou, qual seria a explicação válida para o grupo económico em causa não poder desfrutar da mesma, dado que a poupança fiscal é, naturalmente e quase sempre, uma das principais preocupações existentes num projecto de negócio³⁹?

Neste sentido, WEBER, DENNIS defende que as leis de direito comunitário devem ter duas características que entendemos também como essenciais: ser conhecidas e previsíveis. Assim, refere que “uma das consequências disto será a possibilidade que o contribuinte terá para escolher os meios fiscais que se afigurem mais favoráveis para si a nível de direito comunitário”⁴⁰. Para tal, ilustra esta ideia abordando também o acórdão *Halifax*⁴¹, referindo que a Sexta Directiva não exige que um contribuinte, ao escolher entre duas transacções, opte por aquela que envolva o pagamento de um montante mais elevado de IVA. Neste sentido, o

³⁷ LEE, CHUL HUN, *Principal Purpose Test Needs Time*, The Michigan Journal of International Law, 2017

³⁸ MADURO, M. POIARES, *Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro*, parágrafo 70 – “Esta conclusão de artificialidade não se deve basear numa apreciação das intenções subjectivas daqueles que reivindicam o direito. A natureza artificial de certos acontecimentos ou operações deve logicamente ser determinada com base num conjunto de circunstâncias objectivas verificadas em cada caso particular”.

³⁹ A este propósito, tenha-se em conta uma grande crítica que é realizada à *PPT rule* e que consideramos que se poderá reconduzir a este pressuposto em específico: o facto de a aplicação desta regra poder transmitir uma violação das liberdades fundamentais na União Europeia. Vide VANISTENDAEL, FRANS, *Is Tax Avoidance the same thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?*, 3, Bulletin for International Taxation, 70, 2016

⁴⁰ WEBER, DENNIS, *Abuse of law in European Tax Law: An overview and some recent trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1*, IBDF European Taxation, Julho de 2013.

⁴¹ TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*

princípio da segurança jurídica implicará que, se um contribuinte puder previsivelmente beneficiar de determinada vantagem fiscal, deverá poder fazer-se valer da mesma (estando então apto a estruturar a sua actividade de modo a limitar as suas obrigações fiscais), a menos que se demonstre que se está perante uma situação abusiva, a partir da qual já não deverá beneficiar dela.⁴²

Face ao exposto e como já referido mas merecendo, com certeza, reforço por nossa parte, a angariação de receita pelos Estados é de extrema relevância, sendo daí que nascem estas regras anti abuso e até a lógica do Plano BEPS, mas parece-nos haver uma desconfiança generalizada para todos os casos em que, de entre muitos benefícios, nos deparamos com um a nível fiscal, nomeadamente ainda pelo facto de haver sempre o tal teste de “razoabilidade” a ser utilizado e nunca um teste de “certeza”. Mais uma vez, parece-nos que aqui está uma lógica de, perante dificuldades de afirmações dogmáticas, o benefício deve ser retirado. Ora, independentemente de estarmos a falar de empresas multinacionais, que se prevê que não tenham grandes dificuldades a nível monetário, os benefícios das Convenções têm que ser concedidos a quem a eles têm direito e a única situação em que nos parece admissível a retirada dos mesmos corresponde aos casos em que há uma total confiança de que o objetivo da montagem ou da transação foi efetivamente a redução da carga fiscal.

A este propósito, há que ter em conta que a OCDE, num dos seus Comentários⁴³, refere que “se a montagem estiver inextricavelmente ligada à atividade comercial principal e não houve qualquer consideração para a formação da mesma respeitante à obtenção de benefícios a nível fiscal, será improvável que o seu principal propósito seja obter aquele benefício”. Esta afigurar-se-á como a base da defesa da nossa posição. Há a notar neste comentário uma postura por parte desta Organização evidentemente mais moderada do que a expressa na letra da *PPT rule*.

Como solução para as críticas relativas a este requisito, há opiniões de alguns autores que consideram que seria mais apropriado que a obtenção do benefício fosse “o único motivo” para a existência daquela montagem/transação. Discordamos por completo. Mais uma vez, há que pensar na situação de forma mais ajuizada. Enquanto a redação atual pode favorecer de forma exagerada o Estado, a adoção deste critério poderia favorecer demasiado o agente económico. A saber que não poderiam ter apenas o motivo fiscal para o estabelecimento em determinado

⁴² *Idem*, p. 251.

⁴³ **Relatório Final CMOCDE 2015**, parágrafo 26

Estado, certamente as empresas conseguiriam aprontar outros motivos económicos e comerciais considerados válidos para justificar a criação da montagem/transação e ofuscar o tal motivo cuja existência determinaria o desfazer do benefício em causa.

Tendo isto em conta, parece-nos que nenhuma das duas redações referidas se afigura a mais adequada para constar da *PPT rule*. Refletimos então numa lógica de encontro de um meio-termo entre as duas. Considerando a primeira redação, de certa forma, muito suscetível de se tornar injusta e a segunda muito possível de defraudar, achamos que seria adequado arranjar critérios para considerar que a obtenção do benefício é, de entre todos os motivos presentes no caso concreto, o principal. Não é “um dos principais”, não é “o único”. É aquele que, de entre todos, se sobrepõe claramente. O que da forma mais óbvia, mais evidente e sem qualquer sombra de dúvida foi a razão daquela montagem ou daquela transação. Assim, não poderemos simplesmente acomodar-nos com o facto de ser altamente complexo provar qual dos motivos é que teve mais peso para a criação de determinada montagem ou realização de determinada transação. O Direito tem que se mostrar exato e diligenciar pela justiça, não lhe podendo bastar simplesmente aceitar a opção que lhe parece mais acessível, mais cómoda de optar. Cada caso deverá ser analisado na sua individualidade e os critérios devem ser tão mais apertados quanto mais frágil e mais prejudicial uma situação se possa tornar, o que não há dúvida de que, nestes casos, pode efetivamente acontecer. Como já referimos acima, não podemos considerar que, por estarem maioritariamente em causa empresas multinacionais com grandes estruturas e rendimentos, a retirada de um benefício fiscal decorrente de uma Convenção “não lhes fará grande diferença”. O lucro será proporcional ao rendimento, o valor do imposto a pagar também, prejudicando a aplicação da *PPT rule* tanto a maior empresa multinacional como prejudicaria os mais pequenos investidores. O valor dos impostos será diferente, já o prejuízo, na prática, não.

Apesar de não estarmos perante um caso de aplicação da *PPT Rule*, a lógica subjacente que defendemos faz-nos muito recordar o Acórdão *Cadbury Schweppes*⁴⁴. Num caso de aferição de (in)compatibilidade de uma norma de Direito Interno com uma norma de direito da União Europeia relativa ao estabelecimento de filiais na Irlanda, país com baixo nível de tributação, o TJUE acabou por referir um teste subjetivo (teste da intenção) que deveria ser feito, apesar de o desconsiderar ao longo da sua deliberação, e um teste objetivo, no qual mais se focou. Neste, havia que ter em conta que, para aferir se se estava perante um arranjo puramente artificial,

⁴⁴ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*

tinha que se ter em atenção três componentes: havia que observar se, no mesmo, existiam (i) trabalhadores, (ii) equipamentos e (iii) se havia uma instalação ou instalações próprias para a prática da atividade. Considerando o critério insuficiente, achamos que deveria existir uma componente quantitativa mínima que o gerisse (afinal, bastaria então colocar um trabalhador numa pequena sala para que, de acordo com a solução apresentada, já não se estivesse perante qualquer arranjo puramente artificial).

Porém, tendemos a concordar plenamente com a posição do Advogado-Geral Philippe Léger e a inspirar-nos nela para a solução do tema desta Dissertação. Desvalorizando também o teste objetivo nas suas várias componentes, substituí o mesmo para aferir da artificialidade de determinado arranjo, pela necessidade de verificar se as filiais estavam efetivamente implantadas na Irlanda e se lá se realizava uma verdadeira atividade real e efetiva e se as prestações lá realizadas tinham algum interesse para o grupo. Parecendo-nos um critério mais complicado de falsear pelas empresas, a dificuldade que a mesma teria em disfarçar a realização (ou não) da atividade naquele Estado parece-nos notoriamente maior do que estabelecer uma instalação com pessoal ou equipamento.

Neste sentido, anuímos que um critério semelhante ao do Advogado deveria ser adotado para verificar se a *PPT rule*, caso a caso, deveria ser objecto de aplicação. Deverá ser executada uma notória separação de todos os motivos apresentados pelo grupo económico para a montagem/transação em causa que geraram a aplicação do benefício por força da Convenção e, um a um, verificar se esforços estão a ser feitos na mesma para que os objetivos dos motivos sejam alcançados. Há que verificar se a atividade está em movimento, se é “real e efetiva”, contínua também, se não é uma “atividade de aparência” e se os seus resultados são efetivamente interessantes para os fins dos motivos apresentados.

Em caso afirmativo, a regra não deverá ser aplicada e o benefício deverá ser concedido. Teremos aqui a prova de que há algo que se sobrepõe à obtenção do benefício da Convenção e que são realizados esforços que não seriam, no caso em que obter o benefício fosse o principal motivo da montagem/transação. A motivação primária não seria, de todo, esse acontecimento. Já em caso negativo, a vantagem deve ser desfeita, ser retirada ao beneficiário, concluindo-se, então, que os motivos económicos, comerciais, entre outros apresentados, não são, nada mais, nada menos, do que formas de abafar a verdadeira motivação: a de a empresa ver a sua carga fiscal reduzida.

Posto isto, desde que a montagem ou transação realizadas em determinado Estado Contratante tenham justificações comerciais e económicas válidas que superem em peso a vantagem fiscal obtida, então o elemento subjetivo não se poderá conseguir preenchido.

Por fim, refira-se, ainda, o quão necessário é que o enfoque não seja apenas feito na questão do “principal” propósito mas também do significado da palavra “propósito”. Na esteira do trabalho de ELLIFFE, CRAIG⁴⁵, “propósito” não se deve afigurar como sinónimo de “intenção”. O caminho que o primeiro conceito pretende tomar é o de saber qual o objetivo final que determinado arranjo ou transação pretende prosseguir. Nesse sentido, ELIFFE, CRAIG dá o exemplo do caso *Plimmer* e conclui que, quando um tribunal procura um propósito nesta matéria, deverá examinar o objetivo global por detrás da transação ou arranjo, e não necessariamente aquilo que o contribuinte pretende, aquilo que o mesmo “intenciona”.

Assim, analisemos agora a questão da aplicação da *PPT rule* e consequentes dificuldades que a mesma poderá suscitar numa vertente prática, contrapondo com a forma de aplicação que consideramos que seria mais adequada, com a análise dos seguintes casos:

- a. A multinacional A, com sede e direcção efectiva no país B, estabelece uma sucursal em C por meramente por uma questão de investimento do seu negócio nesse país. Meses depois, a sucursal C realiza uma transação com a empresa multinacional D, estabelecida no país E, sem qualquer conhecimento de que o Acordo para evitar a Dupla Tributação entre o país B e o país E seria claramente mais favorável do que o regime aplicável pelo Acordo para evitar a Dupla Tributação entre o país A e o país E;
- b. A multinacional A, com sede e direcção efectiva no país B, estabelece uma sucursal em C, tendo pleno conhecimento de que o Acordo para evitar a Dupla Tributação entre o país C e o país E estabelece um regime claramente mais favorável do que o Acordo para evitar a Dupla Tributação entre B e E. Meses depois, a sucursal C realiza uma transação com a empresa D, estabelecida no país E;
- c. A multinacional A, com sede e direcção efectiva no país B, estabelece um sucursal em C por questões de investimento do seu negócio nesse país, tendo pleno conhecimento de que o Acordo para evitar a Dupla Tributação entre o país C e E estabelece um regime claramente mais favorável do que o Acordo para evitar a Dupla Tributação entre B e E.

⁴⁵ ELLIFFE, CRAIG, *The Meaning Of The Principal Purpose Test: One Ring To Bind Them All*, World Tax Journal, 2019

Meses depois, a sucursal C realiza uma transação com a empresa multinacional D, estabelecida no país E.

Ora, no primeiro caso, podemos notar que a empresa A estabeleceu uma sucursal por motivos considerados como “razões económicas válidas”. Neste sentido, a provar que esta multinacional apenas estabeleceu a sua sucursal no país C por esses motivos, não havendo lugar a qualquer motivo fiscal, poderíamos concluir que a *PPT rule* nem chegaria a ser aplicável neste caso, não gerando qualquer retirada de eventual benefício fiscal decorrente da aplicação do Tratado.

O segundo caso apresenta já uma contextualização diferente, na medida em que a multinacional A determina a localização da sua sociedade-filha tendo a inteira noção de que o estabelecimento da mesma no país C iria gerar, ao realizar uma transação com a multinacional presente no país E, a aplicação de um regime claramente mais favorável do que aquele que resultaria de uma transação realizada entre o país A e o país E. Adicionalmente, não só tinha este conhecimento, como também o estabelecimento da sucursal no país C seu deveu exactamente a esse facto, não havendo qualquer outra razão económica válida para o mesmo.

Neste caso, não obstante não ser o caso mais crítico de aplicação da *PPT rule* em nossa opinião, podemos já notar algumas deficiências da antiga redação da mesma, utilizadas por diversos Estados-Membros: a redação do “único motivo”, em vez da redação actual “um dos principais motivo”.

Há que ter em conta, antes de tudo, que ao estabelecer uma nova sucursal num país dar-se-á um “começar do zero” neste lugar. Assim, não obstante o principal motivo da empresa multinacional ser o de obter uma vantagem fiscal decorrente da aplicação de um Acordo para evitar a Dupla Tributação, à semelhança do acórdão *Cadbury Schweppes*, será relativamente fácil atribuir substância a este novo estabelecimento. Posto isto, bastará um pouco de “imaginação” aos responsáveis pela fixação de estabelecimentos noutros Estados-Membros para que possam argumentar fortemente que a vantagem fiscal decorrente da aplicação do Tratado não foi o único motivo para estabelecer a sucursal em determinado país. Bastará, então, apresentar substância para aquela sociedade, designadamente colocar pessoal na mesma, equipamentos, entre outros, de modo a ser impossível concluir com a máxima certeza que a obtenção da vantagem fiscal foi o único motivo para a determinação de determinado estabelecimento em determinado Estado-Membro.

Assim, sem máxima certeza, não se deverá aplicar a *PPT rule*, como já tivemos a oportunidade de constatar anteriormente, criticando a expressão “ser razoável concluir” também presente nesta cláusula geral anti abuso, designadamente por qualquer estabelecimento de montagem ou transação ser uma manifestação de exercício das liberdades fundamentais à qual todos os Estados-Membros têm o direito de aceder, podendo então dar-se casos em que a *PPT rule* não é aplicável, quando efectivamente o deveria ser. Neste sentido, resta-nos deixar à consideração do leitor, em que medida a aplicação desta regra constitui, ou não, uma segurança para os Estados-Membros que podem aplicá-la.

No entanto, esta segunda hipótese prática não só poderá fazer notar as insuficiências da redação da *PPT rule* referente ao “único motivo” como também, efectivamente, à redação actual referente a “um dos principais motivos”. A jurisprudência do TJUE têm vindo a discutir muito o termo “razões económicas válidas” e até que ponto é que as razões fiscais não se poderão incluir no mesmo, em diversos acórdãos tais como o *Foggia*, *Leur Bloem* e *Pelati*.

No acórdão *Foggia*, no qual se assiste a um caso de reestruturação societária, designadamente através da incorporação de três sociedades gestoras de participações sociais do mesmo grupo da sociedade *Foggia SGPS*, sociedade que as veio a adquirir, questiona-se a possibilidade de a última dever ter ou não autorização para deduzir os prejuízos fiscais ainda não deduzidos e apurados dos seus eventuais lucros tributáveis, respeitantes às três sociedades incorporadas.

Ora, o tribunal veio a deferir o pedido de autorização para duas das sociedades incorporadas, não autorizando para a terceira, com o fundamento de que a operação de fusão em causa não teria qualquer interesse económico para a SGPS, designadamente pelo facto de que a mesma “deixara de ter uma carteira de participações, não tinha praticamente obtido rendimentos da sua actividade e apenas tinha investido em títulos. Por outro lado, apresentou na declaração fiscal de 2002 uma menos-valia fiscal de cerca de 2 milhões de euros, sem se entender a razão desta menos-valia.”⁴⁶ Note-se que esta consideração irá ao encontro das aceções referidas e defendidas pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Leur-Bloem*, no qual consta que “O conceito de razão económica válida, na aceção do artigo 11.º da Directiva 90/434, deve ser interpretado

⁴⁶ TJUE, 10.11.2011, C-126/10, *Foggia – SGPS*

como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas”⁴⁷.

Assim, questiona-se o alcance da expressão “razões económicas válidas” no artigo 11.º da Directiva 90/434/CEE aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, e do conceito “reestruturação ou racionalização das actividades” de sociedades enquanto tais. Neste acórdão, o Tribunal refere que, desde que a obtenção da vantagem fiscal não seja única e exclusivamente o propósito da reestruturação em causa, não deverá ser aplicado o artigo 11.º da referida Directiva e, conseqüentemente, retirado o benefício. Neste sentido, leia-se o parágrafo 35, no qual é referido que “conseqüentemente, uma operação de fusão assente em diversos objetivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada.”⁴⁸

Posto isto, o Tribunal acaba por concluir que deverá ser realizada uma “análise global” da situação concreta, tendendo a afirmar que, no caso da terceira sociedade incorporada poderia haver uma presunção de que não estavam em causa razões económicas válidas na medida em que esta última, à data da fusão, não exercia qualquer actividade nem detinha qualquer participação financeira, limitando-se apenas a transmitir para a *Foggia* SGPS “prejuízos fiscais elevados e de origem indeterminada”, não obstante o efeito positivo que a referida operação poderia consubstanciar a nível económico e em termos de estrutura de custos.

A nós, parece-nos que qualquer razão económica válida deverá corresponder a qualquer razão que gere menores gastos a nível financeiro, nos quais se deverão incluir os motivos fiscais. Assim, afigura-se demasiado vago e excessivo que, por uma multinacional aproveitar, de entre outras e variadas razões económicas válidas, o facto de uma dessas razões ser fiscal, para estabelecer uma sociedade-filha num Estado-Membro, lhe veja ser retirado esse benefício, na medida em que o mesmo será também económica e igualmente válido considerando os outros motivos que levaram ao “nascimento” do mesmo.

Resta-nos, então, concluir que a expressão “razões económicas válidas” poderá não vir a suprir as insuficiências decorrentes da *PPT rule* na medida em que razões puramente fiscais

⁴⁷ TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem*

⁴⁸ *Idem*.

poderão ser consideradas como tais, dado terem o mesmo objetivo que qualquer outra que não seja de ordem tributária: a poupança económica, o aumento da produtividade a nível das empresas e a consequente diminuição de gastos financeiros.

Nesta dissertação, pretendemos então duvidar da noção de “razões económicas válidas” como solução possível para complementar a aplicação da *PPT rule* nos termos acima propostos, na medida em que não consideramos que razões fiscais devam, de modo algum, ser desconsideradas como tal. Assim, propomos uma abordagem menos drástica do que a utilização da expressão “único motivo” e menos vaga e abrangente do que a expressão “um dos principais motivos”. Não obstante, não descartaremos por completo a expressão acima referida, na medida em que propomos uma abordagem defensora de que a vantagem fiscal decorrente da aplicação do Tratado deverá ser “um dos principais propósitos e o preponderante” para determinada montagem ou transação. Como tal, visa-se uma análise mais a fundo das razões que levaram às mesmas: não bastará um estabelecimento estável ter pessoal, não bastará também ter equipamentos. Deverá, então, ter um número considerável de pessoal, equipamento em condições e em número bastante, consubstanciando, assim, substância suficiente para conseguirmos demonstrar que a obtenção da vantagem fiscal não foi o motivo preponderante⁴⁹.

Posto isto, passamos assim para a última hipótese prática, sendo que resultando da fixação de um estabelecimento estável a obtenção de benefícios fiscais decorrentes da aplicação do ADT entre o Estado C e o Estado E, deveria ser feita uma análise aprofundada sobre todas as razões económicas válidas que tinham levado ao estabelecimento dessa sociedade-filha no Estado C, apenas podendo concluir que o benefício deveria ser retirado na medida em que a substância desta sociedade não se mostrasse suficiente para colmatar o facto de haver uma

⁴⁹ A propósito da nossa abordagem relativamente a estarmos perante uma situação abusiva apenas e só quando a obtenção de uma vantagem decorrente de uma convenção fiscal for “o motivo **preponderante**” de determinada montagem ou transacção, leia-se ainda **WEBER, DENNIS**, *Abuse of law in European Tax Law: An overview and some recent trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1*, IBDF European Taxation, Julho de 2013, *online*. Aqui, o autor parece concordar com a nossa opinião, na medida em que aborda casos como *Part Service* (**TJUE**, 21.02.2008, C-425/06), no qual é defendido que se o objectivo **essencial** de uma transacção for a obtenção de uma vantagem fiscal, mesmo havendo outras vantagens de ordem económica e, consequentemente, não fiscal, poderemos considerar estar perante uma situação de abuso. “Por conseguinte, não estamos necessariamente perante uma situação de abuso apenas quando o que se pretende com uma transacção é **exclusivamente** a obtenção de um benefício fiscal”.

vantagem fiscal a ser aproveitada. Sobrepondo-se a mesma à razão de ser e consequente concretização da mesma para aquela sociedade em causa, não obstante ser uma razão económica válida em nossa opinião, o benefício fiscal deverá ser retirado.

V. A relação do elemento subjetivo da *PPT rule* com o objetivo

De forma a complementarmos o máximo possível esta exposição, julgamos ainda necessário fazer uma breve interligação entre o pronto analisado elemento subjetivo da *PPT rule* e o seu elemento objetivo, na medida em que este defende que o benefício concedido nos termos já analisados poderá efectivamente ser um dos principais motivos de determinada montagem ou transação caso esteja previsto que a concessão do mesmo se encontra em conformidade com o objecto e fim das disposições da Convenção em causa. Aqui podemos afirmar estar perante uma possibilidade de escape para o pagador do imposto, que poderá fugir à aplicação desta disposição e não lhe ver retirado o benefício concedido por determinada Convenção se obtiver uma prova de que a última parte da mesma se aplica ao seu caso concreto.

Estando, então, o elemento subjetivo satisfeito, resta apenas verificar se o pagador do imposto se pode fazer salvaguardar pela última parte da disposição. Aqui, o mesmo teria que provar que conceder o benefício nas circunstâncias do caso concreto estaria “em conformidade com o objeto e fim das disposições relevantes da Convenção”.

A Comissão Europeia sugeriu ainda aos Estados-Membros que adicionassem ao elemento objetivo da norma “ou a menos que esteja em causa uma atividade económica genuína” como elemento alternativo à conformidade com as disposições. Parece-nos, porém, que não seria necessário fazê-lo se a nossa opinião relativamente ao elemento subjetivo e exposta *supra* fosse adotada e os critérios para avaliar quais os principais motivos de determinada montagem ou transação fossem apertados, contendo precisamente entre eles uma análise da atividade económica em causa para muitos efeitos, incluindo de genuinidade da mesma. Já se não houvesse nenhuma alteração neste sentido de menor abertura, menos arbítrio por parte das autoridades competentes, na aplicação da norma, aí sim a sugestão da Comissão Europeia mereceria enorme atendimento, devendo ficar escrito como tomada de garantia que, perante uma atividade económica genuína, jamais deveria ser ponderada a possibilidade de aplicação da *PPT rule*⁵⁰.

⁵⁰ “A proibição do abuso não deverá ser relevante em situações em que a actividade económica desempenhada puder ter uma outra explicação para além da mera realização de uma vantagem fiscal”, **TJUE**, 22.12.2010, C-103/09, *Weald Leasing*

Levanta-se a questão de saber quando é que efetivamente a obtenção de determinado benefício se encontra ou não de acordo com o objeto e fim das disposições de determinada Convenção. No entanto, não sendo este o propósito da presente Dissertação, limitamo-nos apenas a referir este elemento de forma breve e relacionando-o com o elemento subjetivo, verdadeiro objeto de análise. Assim, parece-nos apenas relevante demonstrar que estamos perante esta possibilidade de fuga do pagador do imposto à aplicação da nossa já tão referida *PPT rule*, devendo o próprio demonstrar através da argumentação e de motivos que tenha a apresentar que, efetivamente, o benefício que lhe foi concedido, tal como a montagem criada ou transação realizada, não se encontram de forma alguma contrários às disposições da Convenção em causa, defendendo qualquer que seja a posição relativa a quais são verdadeiramente os objectos e fins das Convenções.

VI. A importância crescente de uma *PPT rule* bem delineada

Não obstante esta Dissertação ter como principal objetivo a crítica e análise de um dos pressupostos mais controversos da *PPT rule*, importa para tal compreender o porquê de estarmos perante uma regra sensível, na medida em que a sua aplicação poderá gerar graves consequências nos contribuintes. As consequências, em si mesmas, foram anteriormente objecto de análise, porém neste ponto gostaríamos de fazer notar o aumento do alcance das mesmas.

Os mecanismos de comunicação de potenciais esquemas de planeamento fiscal agressivo estão cada vez melhor regularizados, sendo possível verificar o aumento, ao longo do tempo, da legislação aplicável aos mesmos nesse sentido. Olhe-se, pela actualidade de que este tema se reveste, para a mais recente transposição da Directiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de Maio (doravante, “DAC 6”) para o ordenamento jurídico português.

Esta Directiva visa implantar uma obrigação de comunicação sobre mecanismos indiciadores de potencial risco de evasão fiscal. Para que os mecanismos sejam considerados como reportáveis, de entre outros pressupostos e em certos casos, os mesmos terão que passar o teste do propósito principal, teste esse bastante semelhante ao da *PPT rule*.

Neste teste defende-se que deverão ser reportados os esquemas de planeamento fiscal nos quais se demonstre que determinado benefício/vantagem fiscal (o que, para além da redução, eliminação ou diferimento temporal de um imposto, incluirá também a utilização de prejuízos fiscais ou a obtenção de um benefício fiscal) não seria alcançável no todo ou em parte, sem a utilização de um determinado mecanismo.

Assim, há que ponderar a vantagem fiscal proporcionado por determinado mecanismo conjuntamente com todas as outras vantagens que o mesmo possa proporcionar que não a nível fiscal, de modo a perceber se essa mesma vantagem é ou não considerada como o benefício ou um dos benefícios principais.

Estando perante testes que, na nossa opinião, serão muito – e, até, demasiado – subjetivos, dependerá muito da situação concreta se a mesma se revela passível de ser analisada à luz dos mesmos.

No âmbito da DAC 6 e do teste do benefício principal, seguem breves exemplos de aplicação do mesmo, de modo a percebermos melhor a que tipo de situações se aplica:

- Casos de recuperação de imposto de selo em empresa Sociedade Gestora de Participações Especiais (“SGPS”), através de determinado mecanismo;
- Caso de uma empresa mãe A (País A) possuidora de duas empresas subsidiárias B e C (País B). Ao invés de B que continua a obter lucro, C é uma empresa deficitária. Acabando as suas actividades deficitárias por ser descontinuadas, a empresa A transfere as acções de B para C. Posteriormente, C é fundido a jusante em B;
- Caso de variadas empresas de um grupo que possuem acções numa subsidiária. A participação destas empresas revela-se aquém dos requisitos para serem beneficiadores do *participation exemption*. Assim, o grupo estabelece uma empresa *holding* numa jurisdição com menor exigência de participação accionaria para beneficiar do regime atrás referido. Posteriormente, os accionistas transferem as suas acções para a nova *holding* constituída;

No primeiro caso, à partida não haverá outra vantagem que não a vantagem fiscal, visando a operação única e exclusivamente a recuperação do imposto. Assim, estamos perante uma situação que deverá ser reportada.

No segundo caso, à partida também se poderá verificar que, sendo o fim principal de uma empresa o ser liquidada, se se provar que a transferência das acções e posterior fusão de C em B foi com o único propósito de a primeira não ser liquidada, também deverá a situação ser liquidada, por cumprir os pressupostos de aplicação do *main benefit test*.

No terceiro caso também poderíamos, apenas com a informação disponibilizada, acreditar que o mesmo preenchia os requisitos necessários para ser uma operação reportável à luz do teste do benefício principal da DAC 6. Porém, não seria de uma dificuldade especial acrescida justificar a constituição de uma *holding* em determinada jurisdição (exemplo: porque não criar uma *holding* na Alemanha apenas por uma questão de eventuais investimentos nesse país?).

Ao demonstrar que a empresa acima referida apresenta substância, que há outros motivos para a sua constituição que não um motivo puramente fiscal, seria bastante acessível a possibilidade de estes mecanismos não terem que ser reportados (exemplo: empresas que resolveram criar a *holding* tinham outros negócios e, para tal, queriam autonomizar a gestão de participações sociais, tendo passado as mesmas para essa empresa de visando o desenvolvimento de forma mais estruturada e autónoma delas).

Ora, as hipóteses práticas acima referidas visam, desde logo e para além de demonstrar o tipo de casos em que o teste do benefício principal é utilizado, demonstrar que, se não houver razões económicas válidas os mecanismos devem e têm que ser comunicados. Assim, estamos perante a comunicação exacta dos esquemas aos quais a *PPT rule* se aplica, esquemas que têm como objetivo o combate ao planeamento fiscal agressivo e o aproveitamento de vantagens fiscais através de determinada ação do sujeito passivo.

Para além disto, nota-se no teste do benefício principal uma das principais deficiências, em nossa opinião, da *PPT rule*: em nenhum destes casos se questiona qual a motivação de determinada operação. O foco é, única e exclusivamente, na obtenção da vantagem fiscal como um dos principais motivos da mesma. Assim, não se procurando a intenção do agente, em nossa opinião até se poderão dar casos de obtenção de benefícios de forma accidental.

Neste sentido, considerando que os mecanismos de comunicação dos esquemas de planeamento fiscal potencialmente agressivo estão a ser desenvolvidos e reúnem os mesmos requisitos que a *principal purpose test*, parece-nos de elevada importância que a mesma esteja bem delineada, na medida em que, aumentando os mecanismos de comunicação, aumentarão os casos em que deverão ser avaliados os esquemas em causa à luz da *PPT rule* enquanto cláusula geral anti abuso. Quantas mais situações em que a mesma poderá ser potencialmente aplicável existirem, maior será o perigo de, numa lógica de defesa dos contribuintes, os mesmos serem afectados e verem-lhe ser retirados benefícios decorrentes dos ADTs. Assim, não bastarão critérios de razoabilidade nem probabilidades, esta cláusula deverá ser o mais rápido possível solidificada, de modo a que não incorra em nenhum perigo nem para os contribuintes, nem para os próprios Estados-Membros, e de modo a que as liberdades fundamentais e a segurança jurídica sejam garantidas, tendo sempre em consideração que poderá haver sempre e em qualquer caso, uma série de circunstâncias contributivas para que a situação em concreto não esteja relacionada ou, no limite, não esteja por completo, a questões puramente fiscais.

VII. Conclusões

Sendo o principal objetivo desta Dissertação a análise da actual redação da *PPT rule* atribuída pelo Plano BEPS, podemos já afirmar que a mesma merece ser repensada e afinada.

De entre todos os temas de discussão que esta norma poderia gerar em cada um dos pressupostos que a compõem, temas os quais não nos focámos nesta exposição, nos quais se encontram questões como o que se poderá considerar como “benefício”; o que significa verdadeiramente uma “montagem”, assuntos nos quais achamos que poderiam tanto como o apresentado ser objecto de uma tese e análise profundas, resolvemos focar-nos na enormíssima necessidade que é a revisão do pressuposto “um dos principais motivos”. Prende-se esta atenção especial como o facto de tanto entendermos a necessidade de uma localização exacta e acertada das operações, como de não haver um fechar de olhos tão brusco às condições para os contribuintes realizarem determinada transação ou construírem determinada montagem, de modo a achar-se um equilíbrio entre uma protecção dos Estados enquanto mercedores da receita que lhes é justamente devida pela aplicação abusiva de determinado Tratado, e uma protecção dos sujeitos passivos que não devem ver qualquer penalização apenas pelo facto de se determinar quase cegamente que não devem beneficiar de certa vantagem decorrente da aplicação de uma convenção para evitar a dupla tributação entre dois Estados-Membros. Olhando às hipóteses práticas apresentadas anteriormente, conseguimos notar a fragilidade de que a redação atual da *PPT rule* se reveste, e a enorme necessidade de alterar a mesma, designadamente pelas consequências que a sua aplicação pode gerar tanto da perspectiva do contribuinte, como da perspectiva dos Estados-Membros.

Neste sentido não poderemos olhar para o facto de ser realizada determinada montagem/transação de uma forma desde logo negativa e preconceituosa, aceitando que constituirá muitas e válidas vezes como um dos propósitos principais do agente criador uma redução, isenção, etc., *i.e.* uma beneficiação em prol de um potencial privilégio a nível fiscal tanto com a aplicação de legislação interna como e/ou a aplicação de legislação internacional.

Apostamos, assim, numa posição mais moderada, em que o benefício decorrente da aplicação do ADT não será nem o único motivo de uma das já supramencionadas actuações do sujeito passivo, como também não será apenas um deles. Poderemos, então, negar a vantagem decorrente da aplicação da legislação internacional caso a mesma seja o motivo preponderante, o qual sem qualquer sombra de dúvida e analisado de forma profunda e detalhada corresponderá

à função principal da instalação de determinado estabelecimento ou consumação de determinada operação no escolhido Estado-Membro.

Conclui-se, então, que para adoptar a postura defendida pela presente Dissertação, critérios apertados deverão ser assimilados para que a ação do sujeito passivo passe ou chumbe no assim proposto “teste do propósito preponderante”, nomeadamente observando a actividade que é efectivamente desempenhada, se é que existe verdadeiramente uma, se há um esforço permanente para a realização da mesma, bem como outros critérios que se possam afigurar, à luz da análise de cada Estado contratante, essencial para que uma montagem ou transação se considere legítima.

Neste sentido, no futuro esperamos que outra abordagem possa ser tomada no que diz respeito a esta norma, propondo a seguinte redação da mesma, no artigo 7.º do Instrumento Multilateral:

Proposta de nova redação da norma:

“Artigo 7.º - Prevenção do uso abusivo das convenções fiscais

- 1. Não obstante as disposições de uma Convenção fiscal abrangida, não serão concedidos benefícios ao abrigo da Convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era o principal e o objetivo preponderante de uma construção ou transação da qual resultem, directa ou indirectamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objecto e fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida.”***

Bibliografia e jurisprudência

Bibliografia:

EVERY JONES, J. & BAKER, P., *The Multiple Amendment of Bilateral Double Taxation Conventions*, Journals IBFD, 2006

CHAND, VIKRAM, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, INTERTAX, Volume 46, 2018

CHAND, VIKRAM, *The Guiding Principle and The Principal Purpose Test*, International Taxation, Volume 12, 2015

DANON, R.J., *Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No.1, *online*

DANON, ROBERT J., *The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It is a GAAR but Just a GAAR!*, Bulletin for International Taxation, 2020 (Volume 74) No. 4/5

DE BROE, LUC, *Tax Treaty and EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS action 6*, Institute for Tax Law, 2017

DOURADO, ANA PAULA, *Governança Fiscal Global*, 2ª edição revista e actualizada, Lisboa, Almedina, Agosto de 2018

DUFF, DAVID, *Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test – Part 1*, Canadian Tax Journal, 2018

DUFF, DAVID, *Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test – Part 2*, Canadian Tax Journal, 2018

ELLIFFE, CRAIG, *The Meaning Of The Principal Purpose Test: One Ring To Bind Them All*, World Tax Journal, 2019

JOÃO DA SILVA COSTA, RITA, *DA COMPATIBILIDADE DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA – Em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, 2018

KEMMEREN, E.C.C.M., *Where is EU Law in the OECD BEPS discussion?*, EC Tax Review, 2014

LEE, CHUL HUN, *Principal Purpose Test Needs Time*, The Michigan Journal of International Law, 2017

MADURO, M. POIARES, *Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro*

MOSQUERA, IRMA, *The Principal Purpose Test (PPT), the BEPS Inclusive Framework and MLI*, 2019, Documento Digital disponível em <https://www.ciat.org/the-principal-purpose-test-ppt-the-beps-inclusive-framework-and-mlt>;

OCDE/G 20 Base Erosion and Profit Shifting, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, Final Report, 2015

PEETERS, BRUNO, *European Supervision on the Use of Vague and Undetermined Concepts in Tax Laws*, EC Tax Review, 2013

ROSENBLOOM, DAVID, *Derivate Benefits: Emerging US Treaty Policy*, Intertax, 1994

ROSEBLOOM, DAVID, *Tax Treaty Abuse: Policies and Issues*, Law and Policy in International Business, 1983

VAN WEEGHEL, STEF, *A Deconstruction of the Principal Purposes Test*, World Tax Journal, 2019

VANISTENDAEL, FRANS, *Is Tax Avoidance the same thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?*, 3, Bulletin for International Taxation, 70, 2016

VILELA, HÉLDER, *A Proposta da Ação 6 do Plano BEPS da OCDE: problemas de compatibilidade com o Direito da União*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016

WEBER, DENNIS, *Abuse of law in European Tax Law: An overview and some recent trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1*, IBDF European Taxation, Julho de 2013;

WEBER, DENNIS, *Abuse of Law in European Tax Law: An overview and some recent trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2*”, IBDF European Taxation, Julho de 2013;

WEBER, DENNIS, *The reasonableness test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU principle of legal certainty and the EU abuse of law case law*, Erasmus Law Review, 2017

Lista jurisprudencial:

TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem*

TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*

TJUE, 10.11.2011, C-126/10, *Foggia – SGPS*

TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*

TJUE, 22.12.2010, C-103/09, *Weald Leasing*

TJUE, 21.02.2008, C-425/06, *Part Service*