

Acordos de Dupla Tributação e Planeamento Fiscal Agressivo no Pós-BEPS: Sem Risco e Sem Certeza?

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Rafael Gama do Carmo Henrique

Lisboa, 10 de Julho de 2024

Dissertação de Mestrado de Fiscal

Sob a Orientação do Professor Doutor Miguel Correia

Índice

1-Introdução	4
a) Objeto da tese	4
b) Delimitação de conceitos	6
2 - Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo – o fenómeno do <i>treaty shopping</i>	8
3- Ação 6 BEPS.....	12
b) Standard mínimo da Ação 6 (título e preâmbulo; cláusula de limitação de benefício (LOB) e <i>PPT rule</i>)	13
c) <i>PPT rule</i> : âmbito objetivo e subjetivo	17
d) Princípio Orientador.....	19
4-Elemento Subjetivo	21
5-Elemento Objetivo	27
6-Comentário ao Artigo 29º/9 da CMOCDE e a Ligação com o Teste da “genuinidade”; Valor dos comentários?	35
7-Diretivas (ATAD 1 e Mãe-Filhas – “razões económicas válidas”)	41
8- Ónus da prova	44
9-Relação com a ATAD 3 (“teste da substância”).....	50
10- Conclusão.....	55
11-Bibliografia	57

Lista de Siglas e Abreviaturas

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*

ADT – Acordo para evitar a Dupla Tributação

CMOCDE – Convenção modelo da OCDE

CGAA – Cláusula geral anti abuso

MLI – *Multilateral Instrument*

PPT rule – Principal Purpose Test

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

1-Introdução

a) Objeto da tese

A presente dissertação aborda o fenómeno BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Na economia globalizada, o "planeamento fiscal agressivo" implementado por empresas com atividade em múltiplas jurisdições impede os governos de obterem receitas fiscais que, em situações normais, seriam arrecadadas. Este planeamento fiscal agressivo explora lacunas e incoerências nas legislações fiscais nacionais e internacionais, resultando numa erosão das bases tributárias.

No âmbito do projeto BEPS foram identificados dois fatores principais no agravamento da situação da erosão das bases tributárias¹.

O primeiro é a globalização, que levou as multinacionais a deslocalizarem-se para estados com condições fiscais mais vantajosas. Este fenómeno resultou no aumento da utilização de esquemas de planeamento fiscal agressivo. A ausência de harmonização no Direito Fiscal a nível internacional constitui um dos principais motores deste tipo de planeamento, permitindo que os contribuintes aproveitem estas fragilidades.

O segundo fator é o crescente interesse dos diferentes estados em atrair investimentos de multinacionais (no caso dos estados da fonte – estados nos quais são obtidos rendimentos) ou em evitar a sua saída (no caso dos estados de residência – estados nos quais se encontra localizada a sede ou direção efetiva do contribuinte). Isto intensificou a concorrência fiscal entre os países. A adoção de medidas que promovem a livre circulação de capitais e incentivam investimentos estrangeiros indiretos acentuou esta concorrência, exacerbando os desequilíbrios internos na OCDE².

No âmbito deste projeto, surge a *Principal Purpose Test rule* (doravante “PPT rule”), foco central do nosso estudo, como forma de combater o abuso das convenções fiscais. No entanto, na opinião de vários autores, a nova redação do artigo 29.º n.º 9 da CMOCDE é excessivamente lassa enquanto medida anti-abuso, não evitando eficazmente o aproveitamento excessivo dos

¹ Para uma panorâmica geral dos objetivos e das conclusões técnicas do projeto BEPS, já sobejamente estudado nos seus aspetos gerais e, nessa medida, não abordado nos seus aspetos genéricos nesta tese, cfr. <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html> (último acesso a 20 julho 2024).

² DOURADO, Ana Paula (2017) – Governação Fiscal Global. Coimbra: Almedina, pg.25.

benefícios fiscais conferidos pelos Acordos para Evitar a Dupla Tributação (doravante “ADTs”), em comparação com o previsto nas diversas Cláusulas Gerais Anti-Abuso (doravante “CGAA”) das Diretivas da UE e com o que tem vindo a ser entendido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “TJUE”) relativamente ao abuso de direito.

Especificamente, a crítica principal à PPT rule é que ela é mais ampla do que as CGAA existentes na Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 (doravante “Diretiva Anti Elisão”) e na Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011 (doravante “Diretiva Mãe Filhas”), porque não exige uma artificialidade explícita na estrutura das operações para negar os benefícios fiscais, nem que as operações careçam de substância económica para que os benefícios possam ser negados. A ausência deste requisito de artificialidade torna a *PPT rule* sujeita a uma maior subjetividade na interpretação por parte das autoridades fiscais, o que pode levar a uma aplicação excessivamente ampla e incerta³.

Além disso, a Comissão Europeia recomenda que, quando os Estados-Membros decidam incluir a regra PPT nos tratados fiscais, insiram também um teste explícito de "atividade económica genuína" para garantir maior clareza e segurança jurídica.⁴ Sem esta inclusão explícita, a regra PPT pode ser aplicada a situações de planeamento fiscal lícito onde, para além da motivação fiscal, exista também uma razão económica válida.

Assim, enquanto a regra PPT visa combater o abuso de tratados fiscais, a sua amplitude e a falta de requisitos claros podem levar a uma aplicação desproporcional e gerar incerteza jurídica para os contribuintes.

³ Weber, D. (2017). 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*, 10(1), pág 48-59.

⁴ Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais

b) Delimitação de conceitos

Não é nosso objetivo analisar a fundo os conceitos da elisão fiscal e da evasão fiscal. Alertamos somente o leitor para o facto da elisão fiscal (do latim: eliminar ou suprimir) se referir ao conjunto de atos realizados pelo contribuinte com o objetivo de reduzir ou eliminar o impacto fiscal de uma potencial obrigação tributária. Atualmente, existem duas posições sobre a elisão fiscal: uma defende a sua legitimidade por estar em conformidade com o sistema legal, enquanto a outra avalia a legitimidade a partir de uma análise de diversos fatores. Adotamos esta segunda vertente, mais crítica, que parte do princípio de que o simples facto de a elisão fiscal não violar diretamente nenhuma disposição legal não é suficiente para legitimá-la. É necessário considerar também os motivos subjacentes à obtenção desse benefício.

Também é importante destacar que, nas situações onde a conduta do sujeito passivo ocorre em conformidade apenas com a letra da norma, mas em descompasso com o seu objetivo, é muito comum a utilização do termo abuso de direito. Com efeito, parece-nos correto afirmar que o abuso de direito pode, em casos específicos, compor o campo da elisão fiscal. Até porque, ao longo da tese, vamos usar o termo abuso de tratado ou abuso de direito, uma vez que é o termo utilizado pela OCDE. A este propósito, notamos, com particular interesse, que Paolo Piantavigna⁵ defende que o abuso de direito é, em princípio, lícito, visto que o benefício fiscal do qual se pretende beneficiar é concedido dentro dos limites normativos. No entanto, não ocorre de acordo com o objetivo e propósito das normas. O autor complementa, afirmando que o abuso de direito é um comportamento *intra legem* (dentro da lei), mas não *secundum legem* (de acordo com a lei): esquemas abusivos são os arranjos que "estimulam os limites (internos)" da minimização de impostos.

Seguindo esta linha de raciocínio, temos que o conceito de planeamento fiscal agressivo também é um comportamento *intra legem* (dentro da lei), mas não *secundum legem* (de acordo com a lei).

A evasão fiscal, por outro lado, refere-se a condutas ilegais destinadas a reduzir a carga tributária de determinada operação. Como implica uma violação direta da lei, é considerada *contra legem* (contra a lei) e abrange outras áreas do direito, como o direito penal. Portanto, o

⁵ PIANTAVIGNA, P., Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. World Tax Journal, Fevereiro, 2017, p. 66.

comportamento evasivo do contribuinte gera consequências que vão além da sua responsabilidade tributária.⁶

O objetivo da Ação 6, conforme estabelecido nos parágrafos 22 e 23 do seu relatório final, é combater ambas as práticas de evasão e elisão fiscal, segundo o documento da OCDE.

⁶ MERKS, P., Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax planning, INTERTAX, Vol. 34 - Kluwer Law International, 2006

2 - Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo – o fenómeno do *treaty shopping*

Em fevereiro de 2013, a OCDE apresentou o relatório BEPS, e em julho do mesmo ano, delineou as 15 ações a serem incluídas nesse projeto. Entre elas, destacam-se, no âmbito desta dissertação, a Ação 6 e a Ação 15 do Plano BEPS.

A Ação 6 tem como objetivo principal evitar que os Acordos de Dupla Tributação (ADTs) sejam usados de forma abusiva, um fenómeno conhecido como "*treaty shopping*", um conceito que será aprofundado mais adiante neste capítulo. Esta ação visa reforçar as regras para prevenir o abuso dos tratados fiscais, propondo a implementação de uma CGAA, conhecida como *PPT rule*, foco primário desta dissertação. O primeiro relatório sobre a Ação 6 foi publicado a 16 de setembro de 2014.

A Ação 15, por sua vez, serviu como medida para implementar a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros (doravante, "MLI"), onde se concretiza a *PPT rule*. Esta convenção facilita a aplicação das medidas propostas pelas diferentes ações do Plano BEPS ao permitir que mudanças sejam feitas nos ADTs existentes sem a necessidade de renegociar cada tratado individualmente. Assim, os Estados podem adotar rapidamente as novas normas internacionais e assegurar uma aplicação mais eficiente e uniforme das medidas de combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros.

Antes de avançarmos para a análise detalhada dos mecanismos e disposições específicos da Ação 6, é crucial compreender o conceito de *treaty shopping* e as diferentes formas de abuso dos tratados fiscais que esta ação procura mitigar, de forma a dar ao leitor uma perspetiva mais completa sobre o tema.

De acordo com o relatório final da Ação 6⁷, a OCDE identifica dois tipos principais de "*treaty abuse*"⁸:

- Tipo 1: Refere-se a casos em que um contribuinte tenta contornar as limitações previstas no próprio tratado, prática frequentemente designada como "*rule shopping*".
- Tipo 2: Casos em que uma pessoa utiliza os benefícios dos ADTs para contornar disposições da legislação fiscal nacional, fenómenos amplamente conhecido como "*treaty shopping*".

⁷ Action 6: Final Report (OECD 2015), página 21.

⁸ O termo "treaty abuse" é utilizado nesta dissertação devido à sua utilização frequente pela OCDE na Ação 6 do BEPS, o qual foi traduzido por nós como abuso de tratado.

Na primeira categoria, estamos perante situações em que alguém pretende contornar regras específicas de um determinado ADT. Este tipo de abuso ocorre quando um residente de um Estado Contratante realiza transações com o objetivo de cumprir os critérios necessários que lhe permitam usufruir dos benefícios de determinadas disposições do ADT, que são mais favoráveis do ponto de vista fiscal. Os académicos definem genericamente este tipo de abuso como a utilização de um ADT de forma mais favorável do ponto de vista fiscal por pessoas que já têm direito a benefícios do ADT, mas que procuram aplicar disposições mais vantajosas (geralmente as regras de distribuição) em vez de outras menos favoráveis. Em todos os casos de "*rule shopping*", a OCDE assume que o principal objetivo para a realização de tais transações é a obtenção de um benefício ao abrigo de uma disposição do ADT que normalmente não se aplicaria se a transação fosse realizada de uma forma típica. A concessão do benefício pertinente do ADT nessas circunstâncias seria considerada inadequada, por isso estamos perante um abuso de tratado.

Na segunda categoria, considerada a forma mais comum de abuso de tratado, temos situações em que alguém utiliza os benefícios dos ADTs para contornar disposições da legislação fiscal nacional, prática conhecida como *treaty shopping*.

Conforme indicado nas FAQ⁹ (*Frequently Asked Questions*) da OCDE sobre o BEPS e o MLI e no Relatório Final da Ação 6, a OCDE descreve o *treaty shopping* de forma muito geral e ilustrativa, definindo-o como o mecanismo pelo qual uma pessoa, residente de um terceiro Estado, tenta aceder indiretamente aos benefícios de um ADT entre dois Estados Contratantes¹⁰.

Segundo o autor Courinha, esta modalidade de planeamento fiscal caracteriza-se: “pelo recurso ao elemento de conexão subjetivo de que as Convenções fazem depender a sua aplicação: a residência”¹¹.

Assim, através da manipulação deste elemento, o contribuinte consegue aceder a benefícios fiscais do ADT, que lhe estariam vedados em circunstâncias normais.

Não tendo o contribuinte residência em nenhum dos Estados Contratantes, este tipo de abuso frequentemente envolve a criação de empresas intermediárias, como "*letterboxes*", "*shell companies*" ou "*conduits*" (expressões anglo-saxónicas), localizadas em jurisdições com redes

⁹ <https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-frequently-asked-questions.pdf>, ponto 30, pg. 7.

¹⁰ Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, parágrafo 17.

¹¹ COURINHA, Gustavo Lopes (2015) – A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo Das Convenções, col. “Teses de Doutoramento”, Coimbra: Almedina.

de ADTs mais favoráveis. Estas empresas, que geralmente existem apenas no papel, têm pouca ou nenhuma substância ou atividade económica real nas jurisdições onde são estabelecidas.

No entanto, como esta definição ficou um pouco aquém, adotaremos a definição de David Rosebloom¹². Ele descreve o *treaty shopping* como a prática de "pedir emprestada" uma Convenção de Dupla Tributação, estabelecendo uma entidade num país com tributação mais favorável do que a do país da fonte/origem do investimento e do rendimento a ser imputado.

Como resposta a estas situações de abuso, a Ação 6 propôs-se a alterar a Convenção Modelo da OCDE (doravante, "CMOCDE"), nomeadamente incluindo um *minimum standart* para combater o *treaty shopping*, ponto que iremos desenvolver mais à frente.

Embora o Relatório Final da Ação 6 utilize uma linguagem neutra quanto ao *treaty shopping*, as referências nas FAQ sobre o BEPS sugerem que tanto o MLI quanto o Relatório Final da ação 6 abordam especificamente o *treaty shopping* abusivo, em que não existe uma substância económica (tais esquemas não estão envolvidos no exercício de uma verdadeira atividade económica no seu Estado de residência).

Queremos dar especial enfoque a este ponto e alertar o leitor de que este será um ponto de particular relevo no desenvolvimento da nossa dissertação.

Assim, o *treaty shopping* a que nos referimos é o que permite que indivíduos ou entidades evitem a aplicação de determinadas regras fiscais nacionais através da utilização abusiva de ADTs, resultando em situações de dupla não tributação ou tributação reduzida.

A própria OCDE, no contexto da Ação 6, optou por não estabelecer uma definição específica e detalhada de *treaty shopping* abusivo, uma decisão que suscitou críticas por parte de muitos académicos. Esta escolha até pode ser compreendida ao considerarmos as divergências nas perspetivas sobre o próprio conceito de *treaty shopping* que existe nos diferentes países e jurisdições, o que dificulta a formulação de uma definição precisa e ao mesmo tempo abrangente.

Além disso, um conceito muito específico poderia limitar a aplicação e a eficácia da Ação 6, pois restringiria a capacidade de abordar uma variedade de práticas abusivas em diferentes contextos.

¹² Rosebloom David, Tax Treaty Abuse: Policies and Issues, Law and Policy in International Business, 1983

Assim, em jeito de conclusão, estratégias de "treaty shopping" abusivo envolvem um esforço deliberado para se beneficiar de uma rede de ADTs, selecionando cuidadosamente a mais vantajosa para um objetivo específico. Essas estratégias incluem todas as ações necessárias para tornar uma pessoa ou entidade residente de um dos Estados Contratantes do ADT em questão, a fim de obter os benefícios fiscais desejados.

Assim, de acordo com o Relatório Final da Ação 6, a *PPT rule* tem como objetivo evitar a utilização abusiva dos tratados em geral através de: (i) *treaty shopping*; (ii) *rule shopping*; e (iii) elisão e evasão à legislação nacional. Tal implica que o papel da *PPT rule* na prevenção do abuso do tratado ao abrigo do MLI seja alargado.

Ao contrário do primeiro tipo de abuso de tratados (*rule shopping*), o *treaty shopping* envolve a evasão da própria lei doméstica o que levanta a questão da própria interação entre a *PPT rule* e as CGAA domésticas (como iremos analisar adiante).

Como referimos anteriormente, a doutrina frequentemente distingue entre estes dois tipos de abuso de tratados. No entanto, para o âmbito de aplicação da Ação 6, trataremos todas como *treaty shopping*. Com efeito, a própria OCDE optou por tratar ambas as práticas sob a designação abrangente de *treaty shopping*, uma vez que esta abordagem unificada permite uma aplicação mais ampla e eficaz da *PPT rule*, uma vez que ambas as práticas buscam, fundamentalmente, obter benefícios fiscais indevidos.

3- Ação 6 BEPS

a) Nascimento da Ação 6 BEPS e implementação através do MLI (art. 7º)

No Relatório Final da Ação 6 do BEPS, a OCDE identificou o *treaty shopping* como uma das principais áreas de preocupação do Projeto BEPS. Além disso, enfatizou que o objetivo comum das disposições propostas pela CMOCDE, tais como a *PPT rule* e as cláusulas de limitação de benefícios (doravante, “cláusulas LOB”), era promover a adoção generalizada de salvaguardas adequadas para prevenir esses abusos.

Atualmente, a *PPT rule* é considerada o padrão multilateral mínimo para combater o abuso dos ADTs. A sua popularidade como mecanismo anti abuso deve-se em grande parte ao sucesso do MLI¹³.

Como referido anteriormente, em fevereiro de 2013, a OCDE lançou o projeto BEPS, que incluiu 15 ações distintas, cada uma visando aspectos diferentes da erosão da base tributária e da transferência de lucros. Entre estas, a OCDE considerou que quatro padrões mínimos são fundamentais: Ação 5 (combate a práticas fiscais prejudiciais), Ação 6 (prevenção de abusos de tratados), Ação 13 (orientações sobre a Declaração País-por-País) e Ação 14 (melhoria dos mecanismos de resolução de disputas).

A Ação 15 introduziu o Instrumento Multilateral (MLI), uma ferramenta essencial para a implementação efetiva das recomendações do BEPS, incluindo as da Ação 6.

O MLI serviu para implementar os padrões mínimos de forma coordenada e eficiente, permitindo que mudanças em tratados bilaterais sejam realizadas sem a necessidade de renegociação individual de cada tratado. Isso garante uma aplicação uniforme e rápida das normas anti abuso, contribuindo para a integridade e equidade do sistema fiscal internacional¹⁴.

¹³ Para o presente ponto de situação, atualizado a 27 de junho de 2024, cfr. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-ml/beps-ml-signatories-and-parties.pdf/_jcr_content/renditions/original/beps-ml-signatories-and-parties.pdf (último acesso a 20 de julho 2024).

¹⁴ A implementação do MLI no âmbito do projeto BEPS inclui a "BEPS Matching Database". Esta base de dados é uma ferramenta valiosa para verificar as posições de cada Estado em relação ao MLI. Ela permite aos utilizadores verificar se um ADT específico é um "Acordo Fiscal Coberto" e se os Estados reciprocamente aderiram ao MLI. Cfr. <https://www.oecd.org/en/data/tools/beps-ml-matching-database.html> (último acesso a 20 de julho 2024).

b) Standard mínimo da Ação 6 (título e preâmbulo; cláusula de limitação de benefício (LOB) e PPT rule)

Como referimos anteriormente, a ação 6 é um dos standards mínimos do BEPS, o que significa que qualquer país que faça parte do processo inclusivo do BEPS tem que implementar a Ação 6. Mas esta Ação, apesar de ser um standard mínimo, tem diversas opções, que se traduzem em medidas de implementação obrigatória e medidas opcionais.

Para enquadrar o leitor nas discussões dos diferentes pontos que serão abordados a seguir, consideramos importante referir o corpo de texto da *PPT rule*. Assim, para este efeito, o artigo 29.º da CMOCDE e o artigo 7.º, n.º 1 do MLI estipulam que::

- *“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 do património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida”.*

Em primeiro lugar, vamos falar do título e do preâmbulo que a Ação 6 impõe como medida obrigatória no âmbito do combate ao *treaty shopping*, uma vez que o mesmo irá influenciar a maneira como a própria *PPT rule* deve ser interpretada.

O título e o preâmbulo dos ADTs, conforme estipulado no MLI, têm como objetivo, além de delinear as intenções e o propósito subjacente ao ADT em questão, definir os objetivos gerais do tratado e esclarecer que os ADTs visam não apenas eliminar a dupla tributação, mas também prevenir oportunidades para tributação reduzida ou não tributação por meio de evasão ou fraude fiscal, incluindo práticas de *treaty shopping*. Esses elementos clarificam a intenção de que os ADTs não devem ser utilizados para criar situações de dupla não tributação ou de tributação reduzida.

Assim, todos os signatários do MLI foram obrigados a alterar ou incluir o preâmbulo nos seus tratados fiscais atuais e futuros com a seguinte redação:

"Pretendendo eliminar a dupla tributação no que respeita aos impostos abrangidos pela presente Convenção sem criar oportunidades de não tributação ou de tributação reduzida através de fraude ou evasão fiscal (designadamente através de construções abusivas que visem a obtenção dos desagravamentos previstos na presente Convenção para benefício indireto de residentes de terceiras jurisdições"¹⁵

Adicionalmente, conforme estipulado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (doravante, “CVDT”): *"um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o significado comum a ser atribuído aos termos do tratado no seu contexto e à luz do seu objeto e propósito"*. Esta norma sublinha a necessidade de uma interpretação dos tratados fiscais que esteja alinhada com as intenções explicitadas no preâmbulo, reforçando o compromisso dos Estados com os objetivos do projeto BEPS.

Assim, apesar do propósito principal dos ADTs ser melhorar o comércio internacional entre os Estados Contratantes, e o seu primeiro propósito operacional ser eliminar a dupla tributação, o novo preâmbulo adiciona expressamente um segundo propósito operacional, que é prevenir a evasão fiscal.

Com esta adição, fica claro que a eliminação da dupla tributação não deve ocorrer em todas as circunstâncias, mas apenas em situações apropriadas, ou seja, quando a aplicação do tratado para eliminar a dupla tributação não resulta numa não tributação ou numa tributação reduzida por meio de evasão fiscal.

No entanto, a mera adição do novo preâmbulo não é suficiente para recusar a concessão de benefícios do tratado em casos de evasão fiscal. Para isso, é necessária uma norma jurídica que alinhe o propósito e o contexto do tratado com o novo preâmbulo.

A *PPT rule* cumpre esta função, estabelecendo uma ligação entre o novo preâmbulo e a regra em causa. Por um lado, a *PPT rule* dá substância ao novo preâmbulo, e por outro, o preâmbulo influencia a forma como os seus elementos devem ser interpretados¹⁶. Em particular, o impacto interpretativo do novo preâmbulo pode ajudar a identificar o que deve ser considerado um “benefício ao abrigo da Convenção fiscal”, quais são os “factos e circunstâncias relevantes” e perceber o que a OCDE quis dizer com “um dos principais objetivos”.

¹⁵ Artigo 6 n.º1 do MLI.

¹⁶ Comentário 173 ao artigo 29º n.º9 da CMOCDE.

Por exemplo, o novo preâmbulo sugere que o resultado efetivo da aplicação de um tratado deve ser considerado, além do resultado formal. Se a aplicação resultar numa dupla não tributação efetiva (benefício do tratado) através da evasão fiscal, então a concessão deste benefício nessas circunstâncias (dupla não tributação efetiva) é suscetível de ser contestada ao abrigo da *PPT rule*. Em contrapartida, quando o tratado é aplicado para eliminar a dupla tributação efetiva com o efeito de uma única tributação, a concessão deste benefício não deve ser contestada pela *PPT rule*.

O parágrafo 174 dos Comentários ao artigo 29.º n.º 9 da CMOCDE vem corroborar este entendimento ao estabelecer que um Estado Contratante pode negar os benefícios de uma convenção fiscal se, após considerar todos os factos e circunstâncias relevantes, for razoável concluir que um dos principais objetivos de um arranjo ou transação, foi a obtenção de um benefício ao abrigo do tratado fiscal. A intenção desta disposição é assegurar que as convenções fiscais sejam aplicadas em conformidade com o propósito para o qual foram celebradas, ou seja, fornecer benefícios em relação a trocas legítimas de bens e serviços e à movimentação de capitais e pessoas, em oposição a arranjos cujo principal objetivo é garantir um tratamento fiscal mais favorável.

Assim, tal como a dupla tributação é vista como uma barreira inadequada ao comércio internacional, a evasão fiscal é considerada um incentivo inadequado.

Portanto, o objetivo último dos ADTs é eliminar a dupla tributação sem incentivar a dupla não tributação ou a evasão fiscal. Isto é algo que deve ser tido em consideração no decorrer desta dissertação para compreender os saltos lógicos que pretendemos dar ao interpretarmos tanto o elemento subjetivo quanto o objetivo da *PPT rule*.

Desta forma, fica claro que o objetivo do novo preâmbulo é evitar tanto a dupla tributação como a dupla não tributação, assegurando que as disposições do tratado sejam aplicadas para facilitar o comércio e os investimentos legítimos, em vez de permitir abusos fiscais.

Além da implementação do novo preâmbulo, os Estados sujeitos a implementar os standards mínimos da Ação 6 devem optar por uma de três formas de combater o abuso dos ADTs:

- **Primeira opção:** Combinar a *PPT rule* com uma cláusula LOB numa versão simplificada. Esta opção está prevista nos artigos 7º nº17 alínea c) do MLI¹⁷

¹⁷ Esta opção combina a regra PPT com variações dos primeiros parágrafos do artigo 29º (n.º 1 a n.º 8), conforme descritas nos Comentários. Essa abordagem permite uma certa flexibilidade na implementação de medidas anti abuso, ajustando-as às necessidades e circunstâncias específicas dos Estados Contratantes.

- **Segunda opção:** Aplicação somente da regra PPT, art. 7 n°15 al. b)¹⁸.
- **Terceira opção:** Implementação de uma cláusula de limitação de benefícios detalhada, juntamente com uma regra contra montagens *conduit*¹⁹.

Inicialmente, a OCDE considerava ideal a inclusão da primeira opção nos ADTs, combinando a cláusula de limitação de benefícios, que limitaria a aplicação do ADT a entidades que passassem em determinados testes, com a *PPT rule*, atuando como uma "regra de segurança" adicional. Esta abordagem pretendia garantir que os benefícios dos ADTs fossem atribuídos apenas aos seus destinatários legítimos e prevenir situações de *treaty shopping* que poderiam não ser abrangidas pela cláusula de limitação de benefícios.

No entanto, a OCDE também deu liberdade aos Estados Membros para escolherem a opção ou instrumento que considerassem mais adequado para os seus tratados fiscais, reconhecendo a diversidade das situações fiscais e legais entre os diferentes países.²⁰

De acordo com a Quinto Relatório de Revisão pelos Pares sobre *treaty shopping* da OCDE²¹, Portugal tem 77 ADTs em vigor, conforme reportado na sua resposta ao questionário de Revisão pelos Pares. Desses ADTs, quarenta e três cumprem o padrão mínimo. Portugal assinou o MLI em 2017 e depositou o seu instrumento de ratificação a 28 de fevereiro de 2020, listando os acordos que ainda não estavam em conformidade²². O MLI entrou em vigor para Portugal a 1 de junho de 2020. Com a entrada em vigor das disposições do MLI, os acordos modificados passaram a cumprir o padrão mínimo exigido.

Relativamente a estes países, é necessário ter atenção porque, não existindo "match" nas disposições do MLI, os ADTs ainda têm a versão anterior em vigor, o que pode significar uma lacuna na rede de tratados portugueses. Isso pode permitir que certos acordos continuem a ser utilizados de uma forma que não cumpra plenamente o padrão mínimo estabelecido pelo BEPS, potencialmente criando oportunidades para práticas de *treaty shopping* e evasão fiscal que os

¹⁸ Portugal escolheu esta opção.

¹⁹ Sociedades construídas numa jurisdição e que estão sujeitas a isenção de todo o rendimento que recebem do estrangeiro – artigo 7º n°15 al. a).

²⁰ OCDE. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances. Action 6: 2015 Final Report. Paris: OCDE Publishing, 2015, parágrafo 23

²¹ Prevention of Tax Treaty Abuse – Fifth Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive framework on Beps: Action 6

²² Portugal indicou na sua resposta ao questionário de Revisão pelos Pares que foram tomadas medidas (além do MLI) para implementar o padrão mínimo nos seus acordos com o Brasil, Cabo Verde, Alemanha e Moçambique. Portugal está a implementar o padrão mínimo através da inclusão do preâmbulo e da PPT. Relativamente a estes países, é necessário ter atenção porque, não existindo "match" nas disposições do MLI, os ADTs ainda têm a versão anterior em vigor, o que pode significar uma lacuna na rede de tratados portugueses.

novos preceitos do MLI visam combater. Portanto, é crucial monitorizar e, se necessário, renegociar esses tratados para assegurar que todos os acordos fiscais de Portugal estejam alinhados com os standards mínimos do BEPS e protejam eficazmente contra abusos fiscais.

Assim, fica claro que a *PPT rule* surge como a "regra-rainha" do standard mínimo definido pela Ação 6. Não é surpreendente que todos os atuais signatários do MLI tenham decidido adotar esta regra nos seus tratados fiscais para atender a esta norma mínima, enquanto apenas 12 optaram por complementar a PPT com a regra LOB do MLI²³. A escolha da PPT não é apenas a maneira mais fácil de atender ao padrão mínimo do Relatório Final da Ação 6, mas também é provavelmente vista pelas administrações fiscais dos signatários como a opção preferível, pois oferece mais poder discricionário do que a regra LOB, que é mais detalhada e complexa.

Esta discricionariedade será o ponto a desenvolver no próximo capítulo desta dissertação.

c) PPT rule: âmbito objetivo e subjetivo

Atentemos, agora de forma mais detalhada, na *PPT rule*, conforme estabelecida no art. 7º/1 do MLI e no art. 29º/9 da CMOCDE, e já anteriormente trazida à colação:

- *“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 do património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos (elementos subjetivo) de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições (elementos objetivo) relevantes da Convenção fiscal abrangida”.* (sublinhados nossos)

A aplicação da *PPT rule*, ao contrário do que acontece com a regra LOB²⁴, não é mecânica, mas subjetiva e ambígua. Por isso mesmo, um dos problemas que se tem levantado é o facto da

²³ Quando um Estado escolhe aplicar a regra PPT e outro Estado opta pela regra LOB, a PPT é aplicada de forma simétrica.

²⁴ Por exemplo, a regra LOB pode estipular que apenas entidades que tenham uma certa percentagem de acionistas residentes no país signatário ou que realizem atividades comerciais substanciais se podem qualificar para benefícios fiscais. Além disso, o teste de propriedade e rendimento exige que mais de 50% das ações da entidade sejam detidas por residentes qualificados do país signatário e que menos de 50% da renda bruta da entidade seja paga ou acumulada como deduções a residentes não qualificados. Esses critérios são claros e aplicáveis de maneira uniforme, o que reduz a subjetividade na sua aplicação

PPT rule poder ser aplicada de forma muito mais ampla e inconsistente entre os diferentes países.

Adicionalmente, o amplo âmbito da *PPT rule* e a imprecisão dos termos utilizados, que incluem expressões como "razoável concluir", "um dos principais objetivos" e "de acordo com o objeto e a finalidade das disposições relevantes", introduzem um grau significativo de incerteza na sua aplicação. Esta falta de precisão na terminologia desafia a clareza legal e pode dificultar a previsibilidade dos resultados em casos concretos, aspetos críticos em contextos de direito fiscal internacional. É imperativo, portanto, refinar a terminologia utilizada na *PPT rule* para melhorar a sua eficácia e garantir que a sua aplicação seja tão objetiva e uniforme quanto possível. Além disso, sugeriremos uma redação diferente para o próprio artigo, de modo a clarificar melhor os critérios de aplicação, e discutiremos os elementos que devem ser analisados tanto para o âmbito subjetivo quanto para o âmbito objetivo.

Relativamente ao âmbito de aplicação da *PPT rule*, um benefício previsto no ADT não será concedido se *“for razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios”*. Esta é uma condição *sine qua non* para recusar o benefício da convenção, pois, se esta condição for cumprida, o benefício só poderá ser negado se o contribuinte não conseguir demonstrar que a concessão desse benefício, tendo em vista os factos e circunstâncias relevantes, estaria em conformidade com o objetivo das disposições pertinentes da convenção fiscal.

Assim, ambas as partes da PPT - a primeira, referente aos 'principais objetivos', e a segunda, relativa à 'conformidade com o objetivo das disposições relevantes da convenção fiscal' - são essenciais para a decisão sobre a concessão ou negação dos benefícios da convenção – devem ser consideradas um **princípio orientador** tal como prevê o parágrafo 61 ao Comentários ao Artigo 1.º da CMOCDE.

- Parágrafo 61 do comentários ao art.1º da CMOCDE – *“(…)Um princípio orientador é que os benefícios de uma convenção de dupla tributação não devem estar disponíveis quando um dos principais objetivos ao entrar em certas transações ou arranjos for assegurar uma posição fiscal mais favorável e obter esse tratamento mais favorável nessas circunstâncias seria contrário ao objetivo e à finalidade das disposições relevantes. Esse princípio aplica-se independentemente das disposições do parágrafo 9 do Artigo 29, que apenas o confirmam”* (tradução nossa)

Desta forma, e de acordo com o entendimento de Robert J. Danon²⁵, uma abordagem eficaz para implementar a *PPT Rule* requer a distinção entre: **âmbito subjetivo** e **objetivo**.

Aprofundaremos a discussão sobre ambas as componentes mais adiante. Agora começaremos pelo princípio orientador vertido nos Comentários à CMOCDE, uma vez que, como verificámos, o Artigo 29.º/9 apenas vem confirmar e reforçar esse princípio. Esta abordagem permitirá uma compreensão mais profunda dos fundamentos subjacentes à *PPT Rule* e das suas implicações práticas, fornecendo uma base sólida para a subsequente discussão dos aspetos subjetivo e objetivo da sua aplicação.

d) Princípio Orientador

Como temos vindo a analisar, o objetivo desta dissertação é compreender quando é que podemos considerar que existe uma situação de abuso fiscal a nível da aplicação de um ADT. A OCDE forneceu uma resposta a esta questão através do chamado “princípio orientador”. Este princípio serviu como uma base normativa para identificar e combater situações de abuso fiscal, garantindo que os benefícios dos tratados fiscais fossem utilizados de acordo com o seu verdadeiro propósito.

O princípio orientador foi introduzido pela OCDE no comentário de 2003, no parágrafo 9.5, como uma ferramenta para determinar a existência de abuso fiscal. Esta premissa estabelece que os benefícios de um tratado não devem ser concedidos a um contribuinte quando se verificar que uma das principais finalidades de uma construção ou arranjo foi garantir uma posição fiscal mais favorável (elementos subjetivo) e que essa posição seria contrária ao objetivo e propósito das disposições relevantes do tratado fiscal (elemento objetivo).

O princípio orientador partilha muitos elementos com as CGAA encontradas em diversas legislações nacionais, o que permite considera-lo uma verdadeira CGAA dos tratados. Esta interpretação, como mencionado por Chand (2018)²⁶, é confirmada pelo relatório da Ação 6 do BEPS e pelos comentários de 2017 à CMOCDE.

²⁵ 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.

²⁶ Chand, Vikram, The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis, INTERTAX, Volume 46, 2018

Portanto, mesmo que um tratado fiscal específico não incorporasse explicitamente a *PPT rule*, o princípio orientador poderia ser aplicado para negar os benefícios do tratado, desde que todos os elementos do princípio fossem satisfeitos.

Este princípio pode ser aplicado a tratados fiscais concluídos após janeiro de 2003²⁷, porque foi nesse momento que a OCDE introduziu formalmente este conceito nos seus Comentários.

Não confundamos, porém, este princípio orientador com a própria *PPT rule*. O princípio orientador, referido nos Comentários da OCDE em 2003, aplica-se apenas na falta da *PPT rule* em determinado ADT, de acordo com o relatório da Ação 6 do BEPS e os Comentários de 2017. Assim, apesar da relação entre os dois (uma vez que os elementos do princípio orientador também estão refletidos na *PPT rule* e ela ser construída com base no princípio orientador) a *PPT rule* deve ser vista como uma materialização do princípio orientador. Neste sentido, podemos afirmar que o estatuto e a função do princípio orientador perderão importância com a introdução da *PPT rule* tanto no texto da Convenção Modelo da OCDE como no Instrumento Multilateral. Conforme indicado por Chand, embora os tribunais tenham referido os Comentários da OCDE de 2003 em casos de abuso, não discutiram ou comentaram sobre o princípio orientador até à data, o que demonstra a sua pouca relevância prática e a necessidade de transpor o princípio para um artigo específico.

Aproveitamos para sinalizar ao leitor que o princípio orientador será referido ao longo da tese em diversos capítulos, uma vez que irá servir como elemento de interpretação tanto sistemático como histórico no contexto da *PPT rule*.

²⁷ Na visão de Chand (referido anteriormente), o princípio orientador só pode ser aplicado a tratados fiscais concluídos após janeiro de 2003, uma vez que foi introduzido apenas naquele ano. Tendemos a concordar com esta posição, uma vez que os tratados fiscais anteriores a essa data não foram negociados com base neste princípio e, portanto, aplicá-lo retroativamente poderia ser juridicamente contestável. Assim, a aplicação do princípio orientador a tratados celebrados após 2003 garante que ambas as partes contratantes estavam cientes e concordaram com a inclusão deste mecanismo anti abuso no momento da celebração do tratado.

4-Elemento Subjetivo

Em relação à componente subjetiva da *PPT rule*, a sua análise envolve a necessidade de que, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, a obtenção do benefício seja um dos principais objetivos da estrutura ou transação.

Assim, é óbvio que o contribuinte não pode evitar a aplicação deste elemento subjetivo simplesmente afirmando que a “*disposição ou transação não foi realizada ou organizada para obter os benefícios da Convenção*”²⁸. Da mesma forma, as autoridades fiscais não podem sustentar a aplicação deste elemento comparando a transação real com uma transação alternativa que poderia ter resultado em impostos mais elevados. Portanto, para determinar os “propósitos” ao entrar na disposição ou transação, é necessário realizar uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias que envolvem a transação/disposição²⁹.

Esta primeira parte da *PPT rule* contém termos gerais e vagos como “*benefícios ao abrigo da Convenção Fiscal*”; “*era um dos principais objetivos de uma construção ou transação*”; “*todos os atos e circunstâncias relevantes*”.

Em primeiro lugar, devemos procurar entender o que se considera um “benefício”. Os comentários ao artigo 29º/9 (comentário 175) indicam que o termo “benefício” inclui todas as restrições à tributação aplicadas pelo Estado de origem, como reduções de impostos, isenções, adiamentos ou reembolsos, nos termos dos Artigos 6 a 22 da Convenção. Isso também abrange a proteção oferecida aos residentes e nacionais de um Estado Contratante nos termos dos Artigos 23 e 24, bem como quaisquer outras restrições semelhantes.

Em segundo lugar, deve-se entender o que significa ‘estrutura ou transação’. Este termo abrange todas as criações, cessões, aquisições, transferências 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 residente³⁰.

²⁸ Paragrafo 179 ao comentário ao artigo 29/9.

²⁹ Paragrafo 178 ao comentário ao artigo 29/9.

³⁰ Paragrafo 177 ao comentário ao artigo 29/9.

Por último, o termo “todos os factos e circunstâncias relevantes” não está definido nos Comentários, o que dá aos Estados margem de manobra para interpretar o termo com base nas suas próprias leis e jurisprudência, conforme o artigo 3.º, n.º 2, do Modelo da OCDE³¹.

Desta forma, se após uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias relevantes, tendo em conta as definições de “benefício” e “estrutura ou transação”, se concluir que um dos principais objetivos da transação era obter o benefício, então o mesmo deve ser negado. No entanto, o contribuinte tem a oportunidade de comprovar que o benefício está de acordo com o "objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida", situação que será abordada no capítulo seguinte.

Por agora, é importante entender o que significa "um dos principais objetivos". A opinião da OCDE é que a obtenção do benefício "não precisa de ser o único ou dominante propósito de uma disposição ou transação em particular. É apenas necessário que a obtenção do benefício seja um dos principais objetivos³²”

A OCDE sustenta a sua visão através de um exemplo dos comentários - exemplificando com um caso em que uma pessoa deseja vender uma propriedade por diversos motivos. Contudo, se essa pessoa se tornar residente de um dos Estados Contratantes de uma Convenção, tendo como um dos principais objetivos obter os benefícios que os residentes dos Estados Contratantes usufruem pelo ADT – por exemplo, facilitar a venda do bem ou reinvestir o produto da alienação – isso seria suficiente para a aplicação da regra PPT e, por conseguinte, para a negação do benefício previsto na convenção³³.

Este exemplo ilustra como a aplicação da regra PPT pode ser suscetível a interpretações duvidosas. Neste cenário, a mera alteração da residência fiscal de uma pessoa pode ser considerada suficiente para que a Autoridade Tributária interprete a situação como uma atuação abusiva, cumprindo assim o critério de "*um dos principais objetivos*". Isto acontece porque a regra apenas exige que seja "razoável" concluir que esse era o objetivo subjacente à atuação. Assim, a flexibilidade interpretativa inerente à PPT pode levar a conclusões que, embora razoáveis, podem também ser questionáveis.

Através deste exemplo, a OCDE transmite uma mensagem clara aos seus destinatários: se houver duas razões igualmente importantes para estabelecer um acordo ou realizar uma

³¹ No entanto, esta interpretação deve ser coerente com o Relatório Final da Ação 6 e o Comentário ao PPT.

³² Comentário 180 ao artigo 29º/9.

³³ Comentário 180 ao art. 29º/9.

transação, sendo uma delas de natureza fiscal, manifestada na procura de um benefício da convenção, e a outra uma razão comercial não fiscal (como a expansão da atividade para novos mercados onde existe uma grande procura pelos serviços da empresa), pode-se perder os benefícios da convenção ao abrigo da *PPT rule* porque, neste cenário, um dos objetivos principais é obter benefícios da convenção.

Assim, se chegarmos à conclusão de que existem vários “objetivos principais”, tais como objetivos não fiscais e objetivos fiscais, com base numa interpretação literal, pode argumentar-se que, desde que “um dos principais objetivos” seja obter o benefício fiscal, mesmo que a transação tenha vários “objetivos principais”, o elemento subjetivo está satisfeito.

Esta perspetiva parece ignorar a realidade de que, numa economia globalizada, a consideração fiscal é uma parte inerente da tomada de decisões empresariais. A eficiência fiscal, mesmo não sendo o objetivo principal, é uma componente inevitável e legítima da gestão empresarial.

Assim, penalizar contribuintes por integrarem considerações fiscais nas suas decisões empresariais legítimas, quando baseadas em substância económica e propósitos comerciais válidos, não parece razoável. Tal abordagem poderia desincentivar investimentos e atividades económicas transfronteiriças legítimas, indo contra os objetivos dos tratados fiscais de promover o comércio e investimento internacionais. O principal objetivo de um tratado fiscal deverá ser promover o comércio internacional, enquanto a resolução de questões de dupla tributação e dupla não tributação/tributação reduzida são objetivos secundários.

Além disso, é importante destacar que a redação atual da regra PPT parece estar fortemente enviesada contra pequenas jurisdições. De acordo com um relatório da KPMG Irlanda, os contribuintes que realizam transações ou estabelecem arranjos em pequenas jurisdições, devido à natureza inerente dessas economias, terão muito mais dificuldade em satisfazer o critério de "um dos principais objetivos" da PPT do que os contribuintes que o fazem em grandes jurisdições, simplesmente devido às externalidades inerentes a economias de diferentes dimensões. Isto parece discriminatório contra as pequenas jurisdições e acrescenta uma desvantagem económica adicional a este tipo de economias, que irão ver o nível de investimento nas suas economias reduzido.

A verdade é que uma empresa, ao escolher uma pequena jurisdição, considera tanto as razões fiscais quanto as não fiscais. As razões não fiscais podem incluir a estabilidade política, a eficiência do sistema regulatório e legal, a disponibilidade de pessoal qualificado e os custos operacionais mais baixos. Estes fatores também influenciam significativamente a decisão de

optar por uma pequena jurisdição e devem ser levados em linha de conta na determinação se a razão fiscal foi ou não o objetivo essencial ou predominante da transação.

Assim, numa primeira análise, identifica-se um limiar preocupantemente baixo para o conceito de abuso de tratado, conforme sugerido pela expressão “*um dos objetivos principais de qualquer arranjo ou transação*”. A essência e o objetivo principal dos tratados fiscais, conforme indicado, são promover a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas entre jurisdições, abordando, entre outros aspetos, a eliminação da dupla tributação. Dito de outra forma, os estados estabelecem tratados fiscais primordialmente para oferecer incentivos aos contribuintes para realizar negócios ou investir em diversos Estados – tanto no Estado de residência do investidor ou do empresário quanto no Estado onde o negócio está sendo expandido ou o investimento realizado – criando oportunidades que, na ausência do tratado, não existiriam. Sem estas circunstâncias, os tratados fiscais perderiam a sua funcionalidade. Caso a definição de abuso de tratado seja excessivamente ampla dentro da estrutura da regra anti abuso, tal como é aplicada pelo PPT, poderia resultar na invalidação dos tratados ao invés de promover um equilíbrio entre a eliminação da dupla tributação e a prevenção do abuso de tratado.

Por fixar um limiar tão baixo numa primeira análise, a *PPT rule* tem sido alvo de crítica e estudo aturado por diversos autores.

Na opinião de Chand, se a investigação factual levar à conclusão de que “*os objetivos não fiscais*” superam os “*objetivos fiscais*”, então o contribuinte não satisfaz o elemento subjetivo e, portanto, deve estar fora do âmbito da *PPT rule*. Como iremos ter a oportunidade de ver mais à frente, os comentários parecem esclarecer explicitamente esta posição, afirmando que o elemento subjetivo não é aplicável quando o objetivo principal não é obter um benefício ao abrigo do tratado.

O comentário 181 ao parágrafo 29.º/9 refere que: “*Quando uma disposição está intrinsecamente ligada a uma atividade comercial principal e a sua forma não foi impulsionada por considerações de obtenção de um benefício, é improvável que o seu objetivo principal seja considerado como a obtenção desse benefício.*” (tradução nossa).

Assim, quando os objetivos não fiscais são os principais motores da transação, não se pode argumentar que “um dos principais objetivos” é obter um benefício fiscal. Portanto, o elemento subjetivo deve ser interpretado de forma “restritiva”, no sentido em que, se a transação ou

disposição em questão tiver justificações económicas ou comerciais que superam a vantagem fiscal obtida, então este elemento não está cumprido.

Numa outra visão, Blażej Kuźniacki³⁴ defende que só se pode falar de abuso de tratado se a intenção única (*sole intention*) ou essencial (*essential intention*) da construção ou transação for obter o benefício fiscal. Este autor fundamenta a sua visão através de um exame que pode ser inferido por analogia da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) sobre o abuso dos tratados da UE (ponto que também iremos analisar adiante).

Segundo estes autores, o teste de "um dos principais objetivos" parece ser demasiado baixo para negar os benefícios dos tratados quando comparado com os padrões internacionais sobre abuso de tratados e para satisfazer o teste de proporcionalidade sob a lei da UE (exemplo que iremos analisar mais detalhadamente ao analisar as cláusulas gerais anti abuso presentes nas diretivas da UE).

Na opinião de Blażej Kuźniacki, ao equilibrar as intenções de evasão e não evasão, as autoridades fiscais deveriam estabelecer se a intenção da organização ou transação era primordial e essencialmente evitar a tributação. Isso implica que deve haver uma probabilidade de 80%-90% de que o propósito principal seja evitar a tributação, em vez de apenas uma probabilidade de 50%.

Não tendemos a concordar com esta posição, até porque vai contra os princípios do processo e procedimento tributário, que iremos analisar mais à frente. Não obstante, sublinhamos desde já que no âmbito do procedimento administrativo cabe à Administração Tributária o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito ao imposto e à liquidação, designadamente da existência do facto tributário. Acreditamos que serão raros os casos em que a Autoridade Tributária não considerará "razoável concluir" que um dos objetivos da transação era obter o benefício. Isso pode, numa situação limite, deturpar esta etapa.

Assim, acreditamos que as autoridades fiscais não devem concluir que um arranjo ou transação constitui um abuso de tratado pelo simples facto de existir um benefício fiscal obtido.

Blażej Kuźniacki³⁵ refere que devem ser considerados outros fatores, além do benefício fiscal. Este autor refere que um dos fatores mais importantes para equilibrar as razões fiscais e não

³⁴ Blażej Kuźniacki, The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application.

³⁵ Blażej Kuźniacki, The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application.

fiscais é a magnitude do benefício fiscal em comparação com o benefício não fiscal. Exemplifica que, se um contribuinte obtém um benefício fiscal de 70 milhões de dólares ao mesmo tempo que poupa 1 milhão de dólares em custos administrativos (benefício não fiscal), parece razoável concluir, após considerar todos os factos relevantes, que a estrutura ou transação foi realizada principalmente para evitar a tributação.

Assim, somos de opinião que ao substituir a expressão da *PPT rule* "um dos principais objetivos" por "objetivo essencial ou predominante", grande parte das incertezas será removida e os contribuintes interessados em gerir negócios e/ou investir em ou através de pequenas jurisdições terão novamente a capacidade de aceder a tratados fiscais³⁶.

O próprio comentário 178 ao artigo 29.º, n.º 9, refere que: *“No entanto, quando um arranjo só pode ser razoavelmente explicado por um benefício que surge de uma convenção, pode-se concluir que um dos objetivos principais desse arranjo era obter o benefício”*. (tradução nossa).

Isto pode ser interpretado como uma indicação de que o PPT só deve ser aplicado se o objetivo de uma transação ou acordo for exclusiva ou predominantemente obter um benefício do tratado.

No entanto, esta interpretação não consegue ser uma interpretação sustentada tendo em conta outras referências da OCDE, outras partes do Relatório Final da Ação 6 afirmam claramente que a referência a "um dos objetivos principais" no PPT significa que a obtenção do benefício ao abrigo de um tratado fiscal *"não precisa de ser o objetivo único ou dominante de um determinado acordo ou transação"*. Pelo contrário, *"basta que pelo menos uma das finalidades principais tenha sido a obtenção do benefício"*³⁷

Em suma, para alcançar a conformidade básica entre o PPT e as normas internacionais sobre abuso de tratados, a redação do PPT deveria ser alterada, substituindo a frase "um dos objetivos principais" por "finalidade essencial ou predominante". Essa mudança ajudaria a garantir uma interpretação mais alinhada com as normas internacionais e a fornecer uma diretriz mais clara para a aplicação do PPT em casos de potencial abuso de tratado.

³⁶ Uma outra solução que poderíamos considerar interessante seria a criação de um painel consultivo, por país, vinculativo ou não, que analisaria se estão preenchidos os requisitos da PPT sempre que a Autoridade Tributária pretenda recorrer a esta regra.

³⁷ Action 6: Final Report (OCDE 2015), parágrafo 11.

5-Elemento Objetivo

A *PPT rule* inclui um elemento objetivo crucial, que consiste em avaliar se o benefício em questão está de acordo com o objetivo e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida.

Embora alguns autores, como Robert J. Danon, como referimos anteriormente, se refiram a esta segunda parte do teste como "teste objetivo" – em contraste com a primeira parte, considerada subjetiva – esta denominação não parece ser a mais correta, uma vez que este teste apresenta desafios práticos, devido à falta de objetividade clara. Muitas vezes, é difícil definir um objetivo específico para as disposições das convenções. Por exemplo, as regras de distribuição: o facto do seu objetivo geral ser simplesmente atribuir direitos de tributação para evitar a dupla tributação, não proporciona uma orientação suficientemente detalhada e específica.

De facto, parece ser uma tarefa mais difícil fazer prova da segunda parte da *PPT rule* do que da primeira. No entanto, o âmbito objetivo da *PPT rule* é extremamente importante, pois serve como uma cláusula de escape para o contribuinte. Mesmo que seja provado que um dos principais objetivos da transação foi obter um benefício fiscal, se esse benefício estiver de acordo com o objetivo e a finalidade da convenção fiscal, esse benefício não pode ser negado.

Assim, é importante frisar que, normalmente, em estruturas de abuso de tratados, um contribuinte residente pretende beneficiar, nomeadamente, de:

- 1- Limites de tempo, como o limite dos doze meses previsto para projetos relacionados com a construção – artigo 5º n.º3 da CMOCDE;
- 2- Limiares de participação, no sentido de que acionistas substanciais podem beneficiar da taxa de retenção na fonte de 5% sobre dividendos - artigo 10.º n.º2 al. a);
- 3- De forma mais geral, das regras distributivas contidas nos artigos 10.º a 13.º (em situações de *treaty shopping*), muitas vezes em combinação com as disposições de alívio da dupla tributação (Artigo 23.º) e/ou com as disposições da lei interna.

No meio académico, discute-se se este critério deve ser analisado tendo em conta o objetivo da disposição específica do tratado aplicável ou em referência ao tratado como um todo.

No opinião do autor Chand³⁸, a verdade é que, se o critério for analisado de acordo com a disposição específica do tratado, num esquema de abuso de tratados, um contribuinte residente, por norma, irá sempre respeitar as condições formais dos tratados fiscais, tais como os limites de tempo, limiares de participação ou a regra distributiva relevante. Portanto, a transação ou arranjo do contribuinte em cada transação de evasão fiscal estará de acordo com o objetivo e a finalidade das disposições relevantes.

Isto deve-se ao facto de que as práticas abusivas de tratados pelos contribuintes cumprem formalmente as condições impostas pelas disposições relevantes do tratado para alcançar o seu efeito – a não tributação completa ou parcial dos rendimentos por um ou ambos os estados contratantes – mas fazem-no de uma maneira que contradiz o propósito subjacente dessas disposições.

Se essa abordagem for adotada, não há dúvida de que o elemento objetivo da *PPT rule* se tornará redundante, pois o contribuinte irá sempre satisfazer o elemento objetivo. Tal abordagem, que se concentra numa interpretação literal dos termos comuns do tratado, deve ser rejeitada³⁹

Assim, a interpretação que iremos adotar nesta dissertação é a de que o objetivo e a finalidade da disposição relevante do tratado não devem ser os únicos aspetos considerados, o objetivo deve ser visto em referência ao tratado como um todo.

O artigo 31.º n.º1 da CVDT estabelece que um tratado deve ser interpretado "*de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz do seu objeto e finalidade*". Em outras palavras, o sentido comum dos termos usados nos tratados não deve ser interpretado literalmente (ou isoladamente), mas sim à luz do "contexto" e do "objeto e finalidade" do tratado em questão. Sendo que o artigo 31.º n.º2 da CVDT esclarece que o "contexto" inclui todo o tratado, incluindo o seu preâmbulo e anexos.

Assim, como vimos anteriormente, o "*objeto e o fim*" do tratado, interpretado à luz do novo título e preâmbulo, apesar de o propósito principal dos tratados fiscais ser melhorar o comércio internacional entre os Estados Contratantes, e o seu primeiro propósito operacional ser eliminar a dupla tributação, o novo preâmbulo adiciona explicitamente um segundo propósito operacional, que é prevenir a evasão fiscal.

³⁸Chand, Vikram, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, INTERTAX, Volume 46, 2018 .

³⁹ R. Kok, "The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6," 44 Intertax 5, pp. 407-412 (2016).

Dessa forma, o artigo 31.º n.º2 da CVDT exige que um intérprete do tratado aplique o tratado de acordo com a finalidade para a qual foi celebrado, ou seja, para fornecer benefícios em relação a trocas de bens e serviços genuínas e movimentos de capitais e pessoas, mas respeitando o seu "novo" objetivo operacional que é prevenir a evasão fiscal.

Esta interpretação ganha força ao lermos o comentário 174 ao artigo 29.º n.º 9 da CMOCDE, onde é referido que *“a disposição visa garantir que as convenções fiscais se apliquem de acordo com o propósito para o qual foram celebradas, ou seja, proporcionar benefícios em relação a trocas genuínas de bens e serviços e movimentos de capital e pessoas, em oposição a acordos cujo objetivo principal é garantir um tratamento fiscal mais favorável”* (tradução nossa).

Agora, seguindo com a nossa análise do requisito objetivo, a OCDE tentou densificar este requisito através dos exemplos presentes nos Comentários à CMOCDE.

No primeiro exemplo temos uma empresa residente no Estado R que decide aumentar a sua participação numa subsidiária no Estado S até 25%, principalmente para beneficiar de uma taxa mais baixa estipulada no artigo 10.º n.º 2 alínea a) do Tratado entre o Estado S e o Estado R.

Apesar de um dos principais objetivos da transação ser claramente a obtenção do benefício dessa taxa mais baixa, os Comentários concluem que a concessão desse benefício não seria contrária à disposição específica do tratado, uma vez que o artigo 10.º n.º2 alínea a), estabelece um limiar arbitrário de 25% para determinar quais acionistas têm direito ao benefício da taxa mais baixa. É consistente com essa abordagem conceder os benefícios desta alínea a) a um contribuinte que genuinamente aumenta a sua participação numa empresa para satisfazer esse requisito.

Este exemplo é claro porque se trata de um caso de limiar de participação, onde os critérios para obter o benefício estão claramente definidos. O problema surge quando estamos no âmbito das regras distributivas, que não possuem limiares objetivos. Relativamente às contidas nos artigos 10.º a 13.º (dividendos, juros e royalties, respetivamente), a determinação da finalidade das disposições pode ser mais complexa, uma vez que não há limiares objetivos facilmente identificáveis. A interpretação dessas regras pode variar e levar a diferentes conclusões sobre a intenção do contribuinte e o objetivo e finalidade dessas disposições.

Os exemplos apresentados no parágrafo 32 ao comentário ao artigo 29.º n.º 9 da CMOCDE podem ser classificados em três grupos distintos:

- 1 Primeiro grupo: Este grupo contém exemplos onde os benefícios do ADT poderiam ser negados ao abrigo da regra PPT, principalmente porque as transações do contribuinte não têm substância económica ou finalidade comercial. Exemplos: A e B.
- 2 Segundo grupo: Inclui exemplos de transações que poderiam beneficiar do ADT, uma vez que possuem substância económica e foram conseguidas por uma razão comercial válida. Exemplos: C, D, F, G, H, I, K, L e M.
 - Relativamente a este ponto é importante abordarmos o “teste da genuinidade”, um tema que será analisado mais à frente nesta dissertação.
- 3 Terceiro grupo: Abrange casos específicos onde a OCDE analisa especificamente se o benefício em causa é conforme ao objeto e ao fim das disposições relevante do ADT. Exemplos: E e J.

Nesta secção, iremos analisar especificamente os exemplos E e J para entender melhor o elemento objetivo da *PPT rule*.

O autor Chand⁴⁰ argumenta que será necessário uma análise em duas etapas para averiguar o “objeto e o fim das disposições relevantes”. Numa primeira etapa, o contribuinte deve determinar o objeto e o fim das disposições relevantes à luz dos objetivos prosseguidos pelo tratado fiscal, como se de uma análise jurídica se tratasse. Numa segunda etapa, o contribuinte deve provar que a transação ou arranjo respeita o objeto e o fim das disposições relevantes em causa, aplicando a análise jurídica aos factos em questão. Isto inclui verificar se, no caso concreto, o benefício obtido através da transação está alinhado com o objetivo e a finalidade da disposição relevante, conforme determinado na primeira análise.

Relativamente ao exemplo E temos o seguinte cenário: “A RCO é uma empresa residente no Estado R e, nos últimos 5 anos, deteve 24% das ações da empresa SCO, residente no Estado S. Após a entrada em vigor de um tratado fiscal entre os Estados R e S (cujo Artigo 10.º é idêntico ao Artigo 10.º da CMOCDE), a RCO decide aumentar para 25% a sua participação nas ações da SCO. Os factos e circunstâncias revelam que a decisão de adquirir estas ações adicionais foi tomada principalmente para obter o benefício da taxa de imposto mais baixa prevista no Artigo 10.º n.º 2 alínea a) do tratado” (tradução nossa).

Os factos indicam que o contribuinte satisfaz o elemento subjetivo, visto que o principal objetivo de aumentar a sua participação na empresa SCO era beneficiar da taxa reduzida prevista no Artigo 10.º n.º 2 alínea a).

⁴⁰ CHAND, VIKRAM, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*.

Assim, na primeira etapa, é preciso analisar: i) o objeto e o fim do Artigo 10.º, n.º 2, alínea a), que é fornecer uma taxa de retenção na fonte mais baixa para acionistas substanciais; ii) o objetivo e a finalidade dos tratados, que são: a) alocar direitos de tributação e eliminar a dupla tributação com o objetivo de promover investimentos transfronteiriços; e b) prevenir a evasão fiscal, em particular o *treaty shopping*⁴¹.

Na segunda etapa, deve-se avaliar se o contribuinte agiu de acordo com: i) o objeto e o fim do artigo 10.º, n.º 2, alínea a), considerando o cumprimento do requisito de detenção mínima imposto por essa disposição, ou seja, possuir mais de 25% das ações; ii) o objeto e o fim dos tratados tributários, verificando se que: a) cumpriu a intenção dos tratados, que é promover o investimento transfronteiriço; b) a transação não representa um esquema de evasão fiscal, pois trata-se de um aumento de participação "genuíno" e não "artificial" – é necessário que o contribuinte aumente genuinamente a sua participação na empresa em questão para satisfazer este requisito.

Portanto, a *PPT rule* não se aplicaria, uma vez que o contribuinte conseguiria estabelecer que o objetivo principal de procurar o benefício fiscal estava dentro do objetivo, espírito e finalidade das disposições que conferem o benefício fiscal.

Relativamente ao Exemplo J temos o seguinte cenário: “*A RCO é uma empresa residente no Estado R. Submeteu com sucesso uma proposta para a construção de uma central elétrica para a SCO, uma empresa independente residente no Estado S. Espera-se que este projeto de construção dure 22 meses. Durante a negociação do contrato, o projeto é dividido em dois contratos diferentes, cada um com a duração de 11 meses. O primeiro contrato é celebrado com a RCO e o segundo contrato é celebrado com a SUBCO, uma subsidiária recém-criada e totalmente detida pela RCO, residente no Estado R. A pedido da SCO, que queria garantir que a RCO seria contratualmente responsável pela execução dos dois contratos, os acordos contratuais são tais que a RCO é solidariamente responsável com a SUBCO pelo cumprimento das obrigações contratuais da SUBCO no contrato SUBCO-SCO*” (tradução nossa)

⁴¹ É importante que o leitor não perca de vista que, de acordo com o novo preâmbulo, as convenções fiscais têm um novo objetivo, que é prevenir a evasão fiscal.

Os factos indicam que a RCO satisfaz o elemento subjetivo, visto que um dos principais propósitos (ou o único propósito) da RCO para entrar num acordo com a SUBCO é obter um benefício fiscal, uma vez que o artigo 5.º, n.º 3, da CMOCDE refere que se o contrato de construção durar menos de 12 meses, não há constituição de um estabelecimento estável e, consequentemente, não há tributação no Estado da Fonte.

Este é o ponto central do problema levantado pelo exemplo J, onde a tentativa de evitar a criação de um estabelecimento estável é evidente.

Assim, os factos indicam que a RCO satisfaz o elemento subjetivo, visto que um dos principais objetivos (ou o único objetivo) da RCO entrar num acordo com a SUBCO é obter um benefício fiscal.

De acordo com a teoria de Chand⁴² mencionada anteriormente, na primeira etapa, é preciso analisar: i) o objeto e o fim do artigo 5 n.º3, que é fornecer um limite temporal de doze meses antes de um contribuinte despoletar um estabelecimento estável de construção; ii) o objeto e o fim dos tratados tributários, que são: a) alocar direitos de tributação e eliminar a dupla tributação com o objetivo de promover investimentos transfronteiriços; e b) prevenir a evasão fiscal.

Num segundo momento, deve-se avaliar se o contribuinte agiu de acordo com: i) o objetivo e a finalidade do artigo 5, n.º3, ao não realizar a sua atividade por mais de doze meses; ii) o objetivo e a finalidade dos tratados tributários, verificando se o contribuinte: a) cumpriu a intenção dos tratados tributários, que é promover o investimento transfronteiriço; e b) a transação não representa um esquema de evasão fiscal.

No entanto, será difícil para a RCO provar que a sua transação representa uma transação "genuína"/"legítima", pois uma análise objetiva dos factos indicaria a presença de um alto grau de "artificialidade". Portanto, a *PPT rule* aplicar-se-ia, uma vez que o contribuinte não conseguirá estabelecer que o benefício fiscal estava dentro do objetivo, espírito e finalidade das disposições que conferem o benefício fiscal.

Nos comentários, as conclusões da OCDE vão exatamente neste sentido, ao afirmar que um dos principais objetivos da divisão do contrato de construção em dois contratos com a duração de 11 meses era obter a vantagem prevista no n.º 3 do artigo 5.º ou, mais precisamente, contornar o estatuto de estabelecimento estável no Estado S, evitando assim a tributação dos lucros efetivamente atribuídos às obras naquele Estado. Logo, a concessão do benefício do tratado

⁴² CHAND, VIKRAM, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*.

nestas circunstâncias seria contrária ao objeto e ao fim do n.º 3 do artigo 5.º. Assim, o benefício seria negado pela *PPT rule*.

No entanto, considerámos importante fazer uma pequena comparação dos próprios exemplos E e J e, após a nossa análise, verificámos que existem várias razões pelas quais a situação no Exemplo J é diferente da situação no Exemplo E.

Primeiro, não havia motivo para dividir um contrato de construção de 22 meses em dois contratos de 11 meses, exceto para contornar o limite de tempo previsto no artigo 5.º, n.º 3. Segundo, a criação da SUBCO não tinha outra finalidade além de evitar a aplicação do artigo 5.º, n.º 3. Terceiro, a criação de responsabilidades solidárias da RCO com a SUBCO perante a SCO apenas reforça este entendimento. Por último, tal acordo não contribuiu para a economia dos Estados em geral; nem o Estado R nem o Estado S beneficiaram economicamente com este arranjo. Pelo contrário, o Estado S perdeu os seus direitos de tributação sobre os rendimentos que, de outra forma, seriam tributados lá de acordo com o artigo 5.º, n.º 3, em conjugação com o artigo 7.º, n.º 1 e 2. Nenhuma destas razões está presente no Exemplo E.

Além disso, o mecanismo e o efeito dos critérios previstos no artigo 10.º, n.º 2, alínea a), no Exemplo E, e no artigo 5.º, n.º 3, no Exemplo J, são muito diferentes. Os esforços para satisfazer a primeira condição (Exemplo E) conduzem sempre a um aumento do volume dos investimentos de uma empresa residente num Estado contratante na empresa do outro Estado contratante, uma vez que um limiar de participação inicial deve atingir pelo menos 25%. A satisfação desse critério também resulta na aquisição do benefício do tratado. Isto facilita os investimentos transfronteiriços e está, portanto, em linha com o objetivo final dos tratados fiscais.

Contudo, o cumprimento da condição anterior (Exemplo J) não confere automaticamente o benefício. Funciona ao contrário: é pelo não cumprimento desse critério que o benefício do tratado é acionado. Satisfazê-lo também não aumenta a economia dos Estados contratantes; as atividades de construção subjacentes ocorreriam independentemente de o limite ser atingido. A sua única função direta é determinar o limiar de um estabelecimento estável e, assim, indiretamente, permitir que o Estado de origem (o Estado da localização do estabelecimento estável) tribute um rendimento efetivamente atribuído ao estabelecimento estável. Consequentemente, a evasão dessa condição prejudica, em vez de facilitar, o objetivo final dos tratados fiscais.

A análise destes exemplos revela que, embora a PPT não se refira explicitamente ao propósito final ou aos propósitos operacionais dos tratados, essas referências foram feitas de forma implícita pela OCDE nos comentários mencionados supra. Isso corrobora os argumentos apresentados anteriormente sobre o uso desses propósitos para determinar o objetivo das disposições relevantes dos tratados. Também significa que o propósito final dos tratados pode, de facto, ser identificado utilizando o propósito das disposições relevantes do tratado.

Esta análise implica, ainda, que as transações ou arranjos com substância económica e finalidade comercial beneficiam o comércio internacional e, portanto, ajudam a alcançar adequadamente o propósito final dos tratados fiscais. Não é surpreendente que, sempre que transações ou arranjos tenham substância económica e/ou finalidade comercial, a OCDE os considere em conformidade com as disposições relevantes do tratado.

De facto, conforme iremos examinar mais à frente, a substância económica e a finalidade comercial de um arranjo ou transação constituem características dos "factos e circunstâncias relevantes" significativas para determinar se um dos seus principais objetivos era obter benefícios do tratado.

Isso significa que, embora não esteja expressamente referido na redação da *PPT rule*, a substância económica e a finalidade comercial são importantes para determinar os requisitos sob o primeiro e o segundo elemento da *PPT rule*, ou seja, concluir razoavelmente que um dos principais objetivos do arranjo ou transação de um contribuinte era obter um benefício do tratado e estabelecer que a obtenção do benefício do tratado pelo contribuinte estava de acordo com o propósito das disposições relevantes do tratado fiscal.

O Conselho Europeu também reconheceu a importância de incluir uma referência clara a "*razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica*" na CGAA contida na Diretiva Anti Elisão Fiscal da UE (2016/1164) (doravante, "ATAD"). Todos os Estados-Membros da UE terão transposto estas GAARs para as suas legislações nacionais até 1 de janeiro de 2019.

Portanto, a inclusão expressa da substância económica e da finalidade comercial no corpo da *PPT rule* é essencial para garantir que a sua aplicação seja consistente e alinhada com os objetivos dos tratados fiscais. Sem essa referência expressa nos ADTs, existe uma inconsistência entre o direito dos tratados fiscais e a legislação interna que implementa as Diretivas da UE relacionada com a prevenção da evasão fiscal.

6-Comentário ao Artigo 29º/9 da CMOCDE e a Ligação com o Teste da “genuinidade”; Valor dos comentários?

Neste ponto da dissertação, iremos questionar de que forma o conceito de "*atividade económica genuína*" deve ser considerado no âmbito da interpretação da *PPT rule*.

Numa recomendação da Comissão Europeia de 28 de janeiro de 2016⁴³, a mesma abordou este ponto propondo uma versão ligeiramente modificada da *PPT rule* a ser incluída nos tratados fiscais celebrados pelos Estados Membros, que previa o seguinte: “*Sem prejuízo das demais disposições da presente Convenção, não deve ser concedido um benefício ao abrigo da mesma, no que diz respeito a uma parcela do rendimento ou capital, se for razoável concluir — tendo em conta todos os factos e circunstâncias pertinentes — que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer acordo ou transação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, salvo se se comprovar que ele reflete uma verdadeira atividade económica ou que a concessão desse benefício, nas presentes circunstâncias, estaria em conformidade com o objeto e a finalidade das disposições pertinentes da presente Convenção*”. (sublinhado nosso)

A própria recomendação refere que: “*A fim de garantir a conformidade com o direito da União, a regra geral anti abuso, 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*”⁴⁴.

A Comissão Europeia considera que a componente objetiva da *PPT rule* deveria ser complementada por um teste de "atividade económica genuína", necessário para alinhar a PPT com a jurisprudência do TJUE – serve como uma “cláusula de escape”.

Esta reserva a favor de atividades genuínas também pode ser encontrada nas CGAA incluídas na Diretiva Mãe-Filha de 2015⁴⁵ e na Diretiva Anti-Evasão Fiscal (ATAD) de 2016⁴⁶.

⁴³ Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais.

⁴⁴ Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais, ponto (7) do preâmbulo.

⁴⁵ Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de Novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

⁴⁶ Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

O artigo 1º n.º 2 da Diretiva Mãe Filhas e o artigo 6º/1 da ATAD ambos preveem que: “*Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*” (sublinhado nosso).

Além disso, o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva Mãe-Filha e o artigo 6.º, n.º 2, da ATAD estipulam que “uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica” (sublinhado nosso).

Como se pode ver, esta terminologia utilizada pelas Diretivas, que se refere à “finalidade principal ou umas das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal” difere da terminologia utilizada pela PPT, que usa, em vez disso, a expressão a “obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos” (sublinhado nosso).

Alguns autores argumentam que a expressão "*finalidade principal ou uma das finalidades principais*" adotada pelas Diretivas da UE deve ser interpretada de forma restritiva, significando que apenas transações cujo **objetivo único ou predominante seja obter o benefício fiscal** previsto pela diretiva podem ser abrangidas pela sua regra anti abuso, com o qual tendemos a concordar e como referimos anteriormente também consideramos ser a interpretação aplicável à *PPT rule*⁴⁷.

Este raciocínio baseia-se na jurisprudência do TJUE relativa à regra anti abuso da Diretiva das Fusões⁴⁸, artigo 15.º, n.º 1, alínea a), que usa termos semelhantes "principal objetivo, ou como um dos principais objetivos"

No caso Kofoed, o TJUE clarificou que esta linguagem se referia a "*transações realizadas não no contexto de operações comerciais normais, mas unicamente com o objetivo de obter indevidamente vantagens previstas pelo direito comunitário*"⁴⁹.

No caso Foggia, o TJUE usou uma terminologia ligeiramente diferente, mas sustentou que: "*operação de fusão assente em diversos objetivos, entre os quais podem também figurar*

⁴⁷ Além disso, conforme mencionado anteriormente na análise do elemento subjetivo da *PPT rule*, somos da opinião que a própria *PPT rule* deveria adotar esta redação.

⁴⁸ Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de Outubro de 2009 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro

⁴⁹ ECJ, 5 July 2007, Case C-321/05, Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet, para. 38

considerações de natureza fiscal, é suscetível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação”⁵⁰.

Acrescentou ainda que: "*quando a operação de fusão visa unicamente obter um benefício fiscal e não é efetuada por razões económicas válidas, tal constatação pode constituir uma presunção de que essa operação tem como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão*"⁵¹

Em suma, estas interpretações sublinham que, para que uma operação seja considerada abusiva, as considerações fiscais devem ser predominantes e desprovidas de uma justificação comercial genuína.

Esta é a grande diferença entre as Diretivas e a *PPT rule*. O problema é que a *PPT rule* não menciona a necessidade de manifestação de “substância” da montagem ou transação, ao contrário do que é exigido pelas Diretivas em questão.

Dito isto, a questão a ser resolvida é saber se a regra PPT da OCDE introduz um limiar de abuso mais apertado, pois não inclui, ao contrário destas diretivas europeias, qualquer exclusão expressa a favor de atividades genuínas. O teste da atividade genuína, conforme estabelecido pelas Diretivas da UE, exige que uma montagem ou transação seja implementada por razões económicas válidas que reflitam a realidade económica, e não apenas para obter uma vantagem fiscal.

Uma leitura literal da *PPT rule* poderia sugerir um limiar de abuso mais baixo. No entanto, conforme será mostrado, consideramos que os exemplos nos Comentários da OCDE atualizados em 2017 indicam que a regra PPT deve ser interpretada como um "teste de atividade genuína".

Alguns autores argumentam que os exemplos nos parágrafos 182 e 187 demonstram que o âmbito de aplicação da *PPT rule* é, de facto, limitado por um teste implícito de “*substância económica*”⁵².

⁵⁰ ECJ, 10 Nov. 2011, Case C-126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, para. 35

⁵¹ ECJ, 10 Nov. 2011, Case C-126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, para. 36

⁵² R.J. Danon, "The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!", 74 Bulletin for International Taxation 1, pp. 1-47 (2020); B. Kuźniacki, "The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application", 10 World Tax Journal 2, pp. 242-271 (2018), IBFD.

No próprio comentário 181 podemos questionar-nos sobre a presença de um teste de “*atividade económica genuína*”. O comentário 181 ao artigo 29º/9 da CMOCDE esclarece que um objetivo não será considerado um dos principais objetivos de uma transação quando, ao se considerar todos os fatos e circunstâncias relevantes, for razoável concluir que a obtenção do benefício não foi uma consideração principal e não justificaria a celebração da transação ou arranjo que resultou no benefício. Em particular, quando um arranjo está inextricavelmente ligado a uma atividade comercial central e a sua forma não foi motivada por considerações de obtenção de um benefício, é improvável que o principal propósito seja considerado a obtenção desse benefício.

Mais concretamente, o exemplo G”⁵³ dos comentários é ilustrativo do papel da “substância económica”.

Neste exemplo, a TCO, uma empresa cotada em bolsa no Estado T, considera criar uma empresa regional, RCO, no Estado R para fornecer serviços de grupo, incluindo gestão, finanças e tesouraria, às suas subsidiárias em cinco Estados vizinhos. A escolha do Estado R é motivada por vários fatores, incluindo mão-de-obra qualificada, um sistema jurídico confiável e uma rede abrangente de tratados de dupla tributação.

O problema levantado é se a criação da RCO é motivada principalmente por razões fiscais, como aproveitar as taxas de retenção na fonte mais baixas nos ADTs do Estado R com os Estados das subsidiárias.

A OCDE conclui que, se a RCO realiza atividades económicas genuínas e assume riscos reais, a decisão de estabelecer a empresa regional não deve ser considerada abusiva, mesmo que haja benefícios fiscais envolvidos. A concessão dos benefícios do tratado não seria negada, a menos que outros factos indiquem que a RCO foi criada exclusivamente para fins fiscais ou realiza transações específicas com o objetivo de evitar impostos.

Um raciocínio semelhante é seguido no exemplo K, onde a OCDE demonstra que a transação presente neste exemplo tem uma razão económica válida e, por isso, substância económica.

"A decisão de estabelecer a plataforma regional de investimento no Estado R foi motivada principalmente pela disponibilidade de diretores com conhecimento das práticas e regulamentações comerciais regionais, pela existência de uma força de trabalho multilíngue qualificada, [...] RCO emprega uma equipa de gestão local experiente para revisar

⁵³ Comentário ao artigo 29º/9 da CMOCDE, parágrafo 182, exemplo G

recomendações de investimento do Fundo e desempenha várias outras funções que, dependendo do caso, podem incluir aprovar e monitorizar investimentos, realizar funções de tesouraria, manter os livros e registos da RCO, e garantir a conformidade com os requisitos regulamentares nos Estados onde investe"⁵⁴. (tradução nossa)

Segue do exposto que a substância é um dos elementos-chave que permitem ao contribuinte demonstrar que o elemento objetivo da regra PPT está satisfeito, ou seja, que o benefício em questão está de acordo com o objeto e o fim da convenção.

Assim, parece-nos que falta uma menção expressa aqui ao critério da genuinidade no âmbito da *PPT rule*. Embora, como vimos neste capítulo, seja possível inferir esse requisito através dos comentários ao artigo 29.º/9, é necessário compreender o valor desses comentários e avaliar se é suficiente, para a segurança jurídica, que o teste da genuinidade esteja presente apenas nos comentários.

É necessário ter em mente que os comentários à CMOCDE não são parte integrante de nenhum ADT e, apesar do consenso de que podem e devem ser utilizados na interpretação dos ADT, existe discordância quanto à base legal para essa utilização.

Peter Harris e David Oliver⁵⁵ referem que os comentários à CMOCDE não se enquadram no artigo 31.º, n.º 2, da CVDT como “texto, preâmbulo ou anexo”. Além disso, o artigo 31.º n.º 3, também não é adequado, pois este artigo refere-se a acordos e práticas subsequentes entre as partes de um tratado específico, e os Comentários da OCDE são orientações gerais, não acordos entre as partes de um tratado específico.

Estes autores enquadram os comentários no artigo 32.º da CVDT, que trata dos “meios complementares de interpretação”. Este artigo permite a utilização dos trabalhos preparatórios (“*travaux préparatoires*”) para esclarecer a intenção das partes quanto à interpretação do texto. Harris e Oliver defendem que os Comentários da OCDE, *embora não sejam formalmente vinculativos*, desempenham um papel crucial na interpretação de tratados fiscais.

Harris e Oliver baseiam a sua conclusão na jurisprudência, no caso "Sun Life Assurance Co of Canada Vs Pearson"⁵⁶ onde o juiz Vinelott destacou que, embora os Comentários da OCDE não sejam anexados formalmente aos tratados e não sejam juridicamente vinculativos, eles são de grande importância no desenvolvimento do direito fiscal internacional. Os Comentários

⁵⁴ Comentário ao artigo 29º/9 da CMOCDE, parágrafo 182, exemplo K.

⁵⁵ Harris, Oliver. *International Commercial Tax*. Cambridge University Press, 2010, pág. 34.

⁵⁶ Sun Life Assurance Co of Canada v Pearson [1984] STC 461 at 510–11.

foram elaborados e acordados por peritos nomeados pelos Governos dos países membros da OCDE, o que lhes confere uma relevância significativa na aplicação das convenções e na resolução de disputas.

Outros autores, como Michael Lang⁵⁷, também argumentam que os comentários não são juridicamente vinculativos, mas enquadram os Comentários no artigo 31º n.º 4 da CVDT.

Lang argumenta que as partes ao adotarem a CMOCDE tinham a intenção de adotar o significado vertido nos Comentários atribuídos pela própria OCDE. Este autor enfatiza que, embora os Comentários possam fornecer uma interpretação útil e contextual dos termos utilizados nos tratados fiscais, eles não têm força legal por si mesmos. Em vez disso, servem como guias interpretativos que ajudam a compreender as intenções das partes contratantes ao adotar a CMOCDE.

Se seguirmos esta visão de Lang, como vimos no início da dissertação, a *PPT rule* surge como “rainha” do standard mínimo definido sob a Ação 6 do BEPS, tendo sido adotada pela maioria dos países. Logo, os Estados Contratantes, ao adotarem a *PPT rule*, estão a adotar os Comentários da OCDE que refletem o significado contextual que a OCDE quis dar à própria *PPT rule*. Portanto, os Estados não podem atribuir a esta nova regra um significado que exceda a interpretação transmitida pela Ação 6 do BEPS.

Assim, esta divergência entre a redação literal da *PPT rule* e a interpretação esperada dos seus Comentários não é ideal do ponto de vista da segurança fiscal. Isto ocorre porque os Comentários não vinculam juridicamente um Estado Contratante, servindo apenas como guias interpretativos. Portanto, confiar apenas nos Comentários pode não garantir a previsibilidade e estabilidade desejadas na aplicação da regra.

⁵⁷ Lang, Michael. Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. Linde Verlag, 2010, pág. 43.

7-Diretivas (ATAD 1 e Mãe-Filhas – “razões económicas válidas”)

Como vimos no ponto anterior, conseguimos retirar dos comentários ao artigo 29º/9 um “teste da genuinidade”. A substância é um dos elementos-chave que permitem ao contribuinte demonstrar que o elemento objetivo da *PPT rule* está satisfeito, em que apesar da transação gerar um benefício fiscal esse benefício está em conformidade com o objeto e fim do tratado.

Para fazermos esta análise consideramos necessário desenvolver mais o que deve ser entendido por “**razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica**” e qual tem vindo a ser o entendimento e a evolução da jurisprudência do TJUE em relação ao abuso de direito.

O preâmbulo da Diretiva ATAD 1 enfatiza a necessidade de assegurar que os impostos sejam pagos no país onde os lucros são gerados, promovendo a equidade fiscal e a soberanias dos governos. Em resposta às recomendações do Plano BEPS da OCDE, a União Europeia aprovou, em janeiro de 2016, um Pacote Anti Elisão que incluiu a ATAD 1. Esta Diretiva aplica-se a todos os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades, incluindo estabelecimentos estáveis, com o objetivo de fortalecer o mercado interno contra práticas de elisão fiscal transfronteiriças, estabelecendo um nível mínimo de proteção.

Esta harmonização é crucial, pois clarifica a obrigação dos Estados-Membros de combater o abuso dos impostos diretos sobre as sociedades, uma lacuna que a jurisprudência do TJUE não podia preencher completamente.

A evolução do conceito de substância no direito da União Europeia tem sido marcada por diversas decisões do TJUE, destacando-se o acórdão Cadbury Schweppes de 12 de setembro de 2006 (C-196/04). Neste caso, o TJUE analisou a compatibilidade de uma norma de direito interno com uma norma de direito da União Europeia relativa ao estabelecimento de filiais na Irlanda, um país com baixo nível de tributação. O tribunal introduziu um teste subjetivo e um teste objetivo para aferir se se estava perante um arranjo puramente artificial. Para tal, foi necessário verificar a presença de três componentes: (i) trabalhadores, (ii) equipamentos e (iii) instalações próprias para a prática da atividade.

O Advogado Geral Philippe Léger defendeu que, para aferir a artificialidade de um determinado arranjo, é essencial verificar se as filiais estavam efetivamente implantadas na Irlanda, realizando uma atividade real e efetiva, com prestações de interesse para o grupo. Este critério é mais rigoroso do que simplesmente colocar um trabalhador numa pequena sala, evitando arranjos puramente artificiais.

Após este acórdão, o TJUE tem abordado várias questões relacionadas com a substância nas suas decisões, especialmente nos casos dinamarqueses ("Danish cases"). Os acórdãos do TJUE apensados nos processos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, frequentemente referidos como os "Danish Cases", são marcos significativos na jurisprudência europeia. Eles abordam a aplicação da Diretiva 2003/49/CE, que trata do regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties entre sociedades associadas de diferentes Estados-Membros. A principal questão nestes casos é a determinação do beneficiário efetivo dos pagamentos de juros e a prevenção de abusos fiscais através de estruturas artificiais.

A análise desses processos levou à conclusão de que a isenção de impostos sobre juros prevista na Diretiva 2003/49 deve ser aplicada estritamente ao beneficiário efetivo, que é a entidade que realmente possui e controla os juros do ponto de vista económico e tem o poder de decidir sobre sua utilização. Entidades interpostas, que atuam meramente como veículos de transmissão sem substância económica, não são consideradas beneficiários efetivos. Além disso, os "Danish Cases" são exemplares na aplicação do princípio da prevalência da substância sobre a forma (*substance over form*), um conceito fundamental no combate à evasão fiscal, que ainda não tinha sido explorado no Cadbury. Eles enfatizam que as autoridades fiscais devem olhar além das aparências formais das transações e considerar a realidade económica subjacente, garantindo que apenas transações genuínas e com substância possam beneficiar de isenções fiscais.

Portugal tem seguido a orientação dos "Danish Cases" nas suas decisões fiscais. Em Portugal, as decisões do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) refletem essa orientação. No caso CAAD 776/2022, concluiu-se que o conceito de beneficiário efetivo deve ser interpretado de acordo com os ditames do TJUE, não sendo considerada beneficiária efetiva uma sociedade sediada noutro Estado-Membro sem atividade económica efetiva, inserida numa cadeia de sociedades que transfere a maior parte dos juros para um território terceiro. No caso CAAD 538/2022, foi realizada uma análise das circunstâncias com base nos indícios avançados pelo TJUE nos casos dinamarqueses. A falta de autonomia decisória, evidenciada pelo facto de a maioria dos administradores estarem radicados em Hong Kong, levou à conclusão de que as sociedades inglesas não eram beneficiárias efetivas dos juros pagos por fontes portuguesas, resultando na recusa da aplicação dos Acordos de Dupla Tributação (ADT) com o Reino Unido e Hong Kong.

Essa tendência de seguir os princípios dos "Danish Cases" também é observada em outros países europeus, como Itália e Alemanha. Em Itália, as decisões têm-se alinhado com a jurisprudência do TJUE, enfatizando a necessidade de substância real nas operações para evitar abusos fiscais. Na Alemanha, as autoridades fiscais têm aplicado rigorosamente o conceito de beneficiário efetivo e rejeitado estruturas artificiais que não possuem substância económica genuína

Na Bélgica, observou-se uma tendência diferente, conforme decidido pelo *Cour de Cassation* no caso F.21.0062.N. Para verificar se existe abuso, as autoridades fiscais podem considerar todas as transações do grupo, não apenas as do contribuinte inspecionado. O uso de *holdings* pode ser considerado abusivo, mesmo que tenham sido criadas por razões comerciais válidas. O princípio europeu de proibição do abuso sobrepõe-se ao princípio da certeza jurídica e é aplicável independentemente do momento em que o abuso ocorreu.

Através desta exposição, concluímos que é essencial que o entendimento desenvolvido sobre "*razões económicas válidas*" também se aplique à *PPT rule*. Isso evitará situações em que, apesar de existir substância, uma interpretação literal da *PPT rule* permita que o benefício fiscal seja negado se for considerado um dos principais objetivos da transação. Mesmo que haja substância e racionalidade económica na transação, a *PPT rule*, se interpretada estritamente, pode levar à recusa de benefícios fiscais legítimos. Portanto, é fundamental alinhar a aplicação da *PPT rule* com os princípios estabelecidos para "*razões económicas válidas*" nas Diretivas, garantindo assim uma abordagem mais justa e equilibrada na concessão de benefícios fiscais.

8- Ónus da prova

A nossa discussão nesta secção focar-se-á exclusivamente no ónus da prova em questões fiscais civis, excluindo os processos criminais. Isto deve-se ao facto da *PPT rule*, enquanto CGAA dos ADTs, procurar prevenir a atribuição de benefícios fiscais a transações que, embora tecnicamente legais conforme o texto do tratado, contrariam o espírito da lei. Em contraste, as transações ilegais estão sujeitas a sanções penais, cabendo ao Ministério Público o ónus da prova.

Nos termos da *PPT rule*, um benefício ao abrigo de uma convenção fiscal não será concedido caso seja “razoável concluir, tendo em conta os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem” (sublinhado nosso).

Como foi referido anteriormente, trata-se de uma condição *sine qua non* para que o benefício possa ser recusado, porque, uma vez preenchida esta condição, o benefício só pode ser recusado se o contribuinte não conseguir demonstrar que a concessão desses benefícios “é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida”.

A literatura académica recente levantou preocupações de que interpretações e aplicações divergentes do ónus da prova da *PPT rule* poderiam prejudicar e colocar em causa o próprio objetivo da norma.

Até porque, se o ónus da prova diferir de país para país, poderá levar a resultados diferentes para contribuintes que de outra forma seriam idênticos – um resultado que vai contra o objetivos da OCDE de conseguir uma aplicação e interpretação uniforme das medidas do BEPS.

Nas palavras de Chand: “*não há dúvida de que o ónus da prova da regra PPT é desequilibrado*”. Na visão deste autor, embora as autoridades fiscais sejam obrigadas a realizar uma análise objetiva dos factos da transação, só precisam de concluir de forma razoável (e não de forma convincente) que o elemento subjetivo está satisfeito.

No entanto, na nossa opinião, este limiar demasiado baixo permite que o elemento subjetivo se torne insignificante em si mesmo e possibilita às autoridades fiscais questionarem todas as situações que considerem minimamente suspeitas de evasão fiscal.

A OCDE, ao redigir o artigo 29º n.º 9 desta forma, pretendeu, erradamente, que as autoridades fiscais, no seu dever de investigação, não tivessem de provar que um dos principais objetivos do contribuinte era obter o benefício para que este pudesse ser negado.

Alternativamente, o contribuinte tem maior dificuldade em se defender da acusação de abuso se lhe couber a responsabilidade de apresentar provas de que beneficiar de uma ou várias disposições da convenção não era um dos seus principais motivos, uma vez que se trata de uma prova muito mais complexa, o que descompensa o equilíbrio no processo.

No entendimento da OCDE, o ónus da prova não recai exclusivamente sobre as autoridades fiscais nem sobre o contribuinte, mas é dividido entre eles: 1) as autoridades fiscais devem dar o primeiro passo, reunindo e demonstrando que um dos principais objetivos do acordo ou transação do contribuinte era obter um benefício do Tratado; 2) o contribuinte deve então contrariar isso, reunindo e demonstrando provas que demonstrem a situação inversa – (por exemplo, a **existência de substância económica e de objetivos comerciais**).

A realidade é que a *PPT rule* tentou estabelecer um equilíbrio entre os interesses da Autoridade Tributária e os interesses do contribuinte. No entanto, o enviesamento a favor da Autoridade Tributária é bastante óbvio, uma vez que não é exigido que as autoridades fiscais provem inequivocamente que obter um benefício do tratado foi um dos principais objetivos, mas sim que é razoável concluir que tais objetivos existiam. Na prática, a prova dos motivos não serão assim tão relevante, uma vez que as autoridades fiscais serão tentadas a presumir uma intenção pelo simples facto de existir um benefício. Por esta razão, o critério subjetivo corre o risco de se tornar insignificante em si mesmo ⁵⁸.

Existe uma corrente académica que defende uma interpretação "unitária", que tem como premissa o argumento de que as etapas da PPT estão tão intimamente interligadas que as autoridades fiscais necessariamente terão de analisar tanto o requisito do objeto como o da finalidade, sem detrimento do contribuinte ter depois o direito de apresentar evidência em contrário.

Uma sugestão válida seria substituir a palavra "salvo" por "e" na redação da *PPT rule*. Isso transferiria o ónus da prova inicialmente para as autoridades fiscais e exigiria explicitamente que considerassem o propósito das disposições relevantes do tratado desde o início. Além disso,

⁵⁸ M. Lang, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions p. 66; O. Koriak, The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?, 56 Eur. Tax. 12, p. 557 (2016), Journals IBFD.

tornar este elemento um requisito para as autoridades fiscais pode ajudar os contribuintes a formular contra-argumentos válidos. Os contribuintes poderiam usar a abordagem das autoridades fiscais como orientação para determinar o propósito das disposições relevantes do tratado.

Esta situação poderia anular o desequilíbrio entre as autoridades fiscais e os contribuintes, atualmente a favor das primeiras, uma vez que é muito mais fácil provar o primeiro elemento da *PPT rule* do que o segundo.

Relativamente ao ónus da prova em Portugal, é importante distinguir entre o ónus da prova objetivo e o ónus da prova subjetivo, bem como compreender a razão pela qual as regras do ónus da prova objetivo são aplicadas no âmbito do procedimento tributário e do processo judicial tributário.

De acordo com Saldanha Sanches⁵⁹, o ónus subjetivo refere-se a uma "*responsabilidade insubstituível da parte em apresentar ao processo os factos sobre os quais se baseará a decisão judicial*". Rui Duarte Morais⁶⁰ acrescenta que, no âmbito do ónus da prova subjetivo, existe "*a obrigação de cada uma das partes provar os factos que sustentam os seus interesses*".

Já o ónus da prova objetivo foca-se em quais factos devem ser provados, independentemente de quem os alega. Este último auxilia o tribunal e a administração tributária a resolver dúvidas sobre os factos sem que isso constitua uma obrigação direta para as partes.

Para a análise que pretendemos aqui retratar, é importante considerar estes princípios e de que forma os mesmos podem influenciar a maneira como o ónus da prova de cada um dos requisitos, tanto o subjetivo como o objetivo, da *PPT rule*, pode ser visto aos olhos do contencioso tributário português.

É crucial compreender o contencioso tributário português como uma situação de duas fases distintas, uma posterior à outra. Inicialmente, temos o procedimento tributário, onde a Autoridade Tributária desempenha um papel ativo na apuração dos fatos. Posteriormente, caso o contribuinte pretenda reagir contra uma decisão da Autoridade Tributária, surge a fase do processo tributário, que é considerada o "último recurso" para o contribuinte se opor a uma decisão por parte desta.

⁵⁹ J. L. Saldanha Sanches (1987)

⁶⁰ Rui Duarte Morais (2012)

De acordo com as autoras Serena Cabrita Neto e Carla Castelo Trindade⁶¹, no procedimento tributário, a administração tributária deve, segundo o artigo 58º da Lei Geral Tributária (LGT), realizar todas as diligências necessárias à satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material, seguindo os princípios do inquisitório e da imparcialidade (artigos 266º/2 da Constituição da República Portuguesa e 55º da LGT).

Além disso, também referem que, no processo tributário, o princípio do inquisitório, previsto nos artigos 99º nº1 da LGT e 13º nº1 do CPPT, determina que o juiz deve visar a descoberta da verdade material. Neste sentido, Elisabete Louro Martins, refere que “*o Tribunal não pode proferir decisão com base no facto de o Impugnante ou da Administração Fiscal não terem produzido provas sobre determinado facto, cabendo àquele órgão jurisdicional ordenar todos os meios de prova que sejam essenciais para a descoberta da verdade material*”. Assim, o tribunal deve ordenar todos os meios de prova necessários para a descoberta da verdade material, o que demonstra que o ónus da prova no processo tributário não é compatível com as regras do ónus da prova subjetivo.

Além disso, pelo facto de a Administração Tributária exercer as suas funções na prossecução do interesse público, conforme o artigo 55º da LGT, ela deve manter imparcialidade e perseguir o interesse público, não o próprio. Portanto, não pode ser vista como uma "parte" típica do processo civil, que defende inquestionavelmente sua posição sem preocupações de imparcialidade

Por estas razões, nem o procedimento nem o processo tributário acolhem o ónus da prova subjetivo. Em vez disso, aplica-se o ónus da prova objetivo, assegurando que a busca pela verdade material prevaleça, independentemente de quem apresente os factos.

Concluindo, é evidente que os princípios do ónus da prova objetivo adotados pelo contencioso tributário português contrastam significativamente com a abordagem da *PPT rule* que utiliza o critério de “razoável concluir”. Em Portugal, o ónus da prova objetivo garante que a verdade material seja alcançada através de uma investigação imparcial e completa, independentemente de quem apresente os factos.

A *PPT rule*, ao permitir que as autoridades fiscais recusem benefícios fiscais com base numa conclusão razoável, sem a necessidade de uma prova robusta, desestabiliza este equilíbrio. Esta

⁶¹ Contencioso Tributário, Volume II, Serena Cabrita Neto e Carla Castelo Trindade, 2022.

diferença coloca uma carga desproporcional sobre o contribuinte, que se vê obrigado a provar que os seus objetivos não eram essencialmente fiscais, dificultando a sua defesa.

Além disso, este critério de "razoável concluir" pode incentivar a Autoridade Tributária a deixar o trabalho de investigação incompleto, confiando apenas numa análise superficial dos factos. Este procedimento não só compromete a busca pela verdade material, mas também pode resultar em decisões precipitadas e injustas, que não refletem adequadamente os verdadeiros objetivos das transações analisadas.

Este tipo de abordagem prejudica especialmente os contribuintes com menos recursos, que não possuem meios suficientes para enfrentar uma "batalha" destas contra as autoridades fiscais. O grande problema reside no procedimento tributário, onde a Autoridade Tributária pode emitir notas de liquidação para corrigir o imposto devido por um determinado contribuinte, excluindo o benefício em causa apenas através de uma análise razoável. No entanto, no nosso entender, a posição do contribuinte é mais favorável na fase do processo tributário, como veremos a seguir na repartição do ónus da prova

Após esta breve distinção, estamos preparados para identificar dois momentos distintos no que respeita ao ónus da prova.

Primeiro, identificámos de que maneira a prova deve ser trazida ao processo. Conforme discutido anteriormente, de acordo com o ónus da prova objetivo, esta responsabilidade cabe à Administração Tributária, que está vinculada à descoberta da verdade material e ao cumprimento dos princípios da imparcialidade, da legalidade e do inquisitório.

Agora é necessário perceber, no momento em que exista uma dúvida insanável quanto à prova, quais são as regras da valoração do ónus da prova.

As regras do ónus da prova são estabelecidas para permitir que o Tribunal possa tomar decisões nos casos em que, mesmo após a produção de prova, persista uma dúvida insanável sobre qualquer ponto da matéria de facto, uma vez que mesmo após a produção de prova o tribunal pode ainda ter dúvidas relativamente aos factos que são cruciais para a sua decisão. Nestes casos, onde não é possível superar as incertezas do juiz, e considerando que este não pode abster-se de decidir, é necessária a aplicação de regras específicas que permitam a tomada de decisão.

No processo tributário são aplicáveis as mesmas regras previstas em sede de procedimento tributário, constantes do artigo 74.º da LGT. No entanto, estas regras são complementadas pelo artigo 100º do CPPT, sendo fundamental analisar os seus nºs 1 e 2.

Assim, tanto no procedimento tributário como no processo tributário, o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da Administração Tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque, tal como disposta no nº1 do artigo 74º da LGT.

No procedimento administrativo, caberá à Administração o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito ao imposto e à liquidação, designadamente da existência do facto tributário. No entanto, acreditamos que poucos serão os casos em que a Autoridade Tributária não considerará "razoável concluir" que um dos objetivos da transação era obter o benefício, o que pode desvalorizar esta etapa e reduzir o número de casos em que, em caso de dúvida da Autoridade Tributária acerca da existência do facto tributário, decorra uma anulação da decisão anterior.

Por isso, consideramos importante uma análise mais aprofundada dos processos de natureza impugnatória, especialmente em sede de impugnação judicial, uma vez que este representa o "último recurso" para o contribuinte se opor a uma decisão da Autoridade Tributária.

O artigo 100.º do CPPT, que estabelece no seu n.º 1 que, sempre que da prova produzida resulte uma "fundada dúvida sobre a existência e a quantificação do facto tributário", o ato impugnado deverá ser anulado. Ou seja, a regra é que as dúvidas probatórias serão valoradas a favor do contribuinte.

Assim, no âmbito de aplicação da *PPT rule*, se a Autoridade Tributária não conseguir provar que um dos principais objetivos da transação era obter o benefício fiscal, de acordo com o n.º 1 do artigo 100.º do CPPT, em casos de dúvida sobre a existência total ou parcial do facto tributário, o tribunal deve proceder à anulação do ato.

9-Relação com a ATAD 3 (“teste da substância”)

Neste ponto iremos fazer uma ponte entre a *PPT rule* e a nova Diretiva que se encontra atualmente em negociação no Conselho da União Europeia.

Esta análise tem por base a primeira proposta da Diretiva ATAD 3 apresentada pela Comissão Europeia em 22 de dezembro de 2021.

É importante destacar que esta proposta poderá sofrer alterações até a sua versão final ser aprovada. Além disso, a implementação da ATAD 3, inicialmente prevista para janeiro de 2024, enfrenta desafios significativos devido à oposição de vários Estados-Membros da UE. Estes países expressaram preocupações quanto à complexidade e ao impacto económico da Diretiva, resultando em discussões prolongadas e revisões da proposta original. Como resultado, a versão final pode diferir substancialmente da proposta inicial. A necessidade de aprovação unânime no Conselho da UE para a adoção da Diretiva representa outro obstáculo importante.

Em 22 de dezembro de 2021, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Diretiva para combate ao uso abusivo, para fins fiscais, de entidades desprovidas de substância económica, alterando tanto a Diretiva de Cooperação Administrativa em matéria fiscal (“DAC”) e a Diretiva Anti elisão Fiscal (ATAD).

A proposta de Diretiva, normalmente designada de “Diretiva Unshell” ou “ATAD 3”, segue os esforços de reforço do quadro jurídico internacional no combate à evasão fiscal, ao estabelecer critérios que auxiliem os Estados Membros na identificação de entidades desprovida de substância e sem atividade económica estabelecidas na UE, limitando o acesso aos benefícios previstos nos tratados e demais legislação europeia.

A ATAD 3 será aplicável a qualquer entidade independentemente da sua forma jurídica e da sua rentabilidade ou volume de negócios, que seja residente fiscal e elegível para obter um certificado de residência num Estado Membro.

Estão excluída as entidades que, em virtude da natureza da sua atividade, não apresentem risco de falta de substância para efeitos fiscais⁶².

⁶² Esta categoria inclui, entre outras, as sociedades cotadas, as sociedades financeiras regulamentadas, SGPS sem elementos transfronteiriços e sociedades que sejam residentes fiscais no mesmo Estado Membro que os seus acionista ou que a sociedade dominante.

Apenas as entidades que são consideradas como tendo um risco elevado de falta de substância económica estão sujeitas às obrigações de reporte e consequente escrutínio pelas Autoridades Tributárias de cada jurisdição relevante.

Ao analisarmos a incidência da ATAD 3, vemos que o processo será dividido em sete fases distintas: 1º) determinação da obrigatoriedade da entidade declarar a sua substância; 2º) Reporte de indicadores de substância; 3º) Presunção de falta de substância mínima; 4) Elisão de presunção; 5º) Isenção aplicável à inexistência razões de natureza fiscal; 6º) consequências fiscais; 7º) troca de informações.

Numa primeira fase, é necessário determinar a obrigatoriedade da entidade declarar a sua substância. Uma entidade será considerada de risco elevado se cumprir cumulativamente os três critérios de partida (“gateways”). Esta análise deve ser efetuada com referência aos dois períodos de tributação anteriores.

Assim, uma entidade será considerada de risco e, por isso, obrigada a declarar a sua substância se, nos dois períodos de tributação anteriores:

1. Mais de 75% do seu rendimento resultar de:
 - a. Juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros, incluindo cripto ativos.
 - b. Royalties ou outros rendimentos gerados por propriedade intelectual ou licenças.
 - c. Dividendos e rendimentos da alienação de ações ou quotas.
 - d. Rendimentos de locação financeira.
 - e. Rendimentos de bens imóveis.
 - f. Rendimentos de bens móveis, exceto numerário, ações ou valores mobiliários.
 - g. Rendimentos de atividades de seguros, bancárias e outras atividades financeiras.
 - h. Rendimentos de serviços subcontratados a outras empresas associadas.
2. Participar, predominantemente, em operações transfronteiriças, o que significa que a maioria dos seus rendimentos é recebido de/ou transmitido para outra jurisdição;
3. Nos 2 períodos de tributação anteriores, a gestão corrente e a tomada de decisões sobre funções significativas da entidade ser total ou parcialmente subcontratada.

As entidades avaliadas como de baixo risco de falta de substância económica não estão sujeitas a obrigação de reporte. Pelo contrário, as entidades que satisfaçam os critérios de partida

estabelecidos na primeira fase são obrigadas a declarar, na sua declaração fiscal anual, se preenchem os indicadores de substância mínima. A não satisfação por parte da entidade de um ou mais dos indicadores de substância mínima resulta na presunção de que esta é uma entidade "shell".

Os indicadores de substância compreendem informação sobre três realidades: 1) Instalações próprias (existência de instalações próprias ou de instalações para sua utilização no Estado-Membro da residência); 2) Conta bancária (pelo menos uma conta bancária própria e ativa na UE); 3) Presença adequada de diretores/colaboradores residentes (presença de colaboradores relevantes que sejam residentes no Estado-Membro ou a uma distância próxima do Estado-Membro – pelo menos um diretor ou um número suficiente de colaboradores vinculados à atividade principal da entidade).

Na terceira fase, deparar-nos-emos com a presunção de falta, ou não, de substância mínima. Se a entidade não cumprir os três indicadores de substância mínima, falha o "teste da substância" e presume-se que é uma "shell company" para efeitos da Diretiva.

A entidade tem a possibilidade de ilidir esta presunção através do processo de elisão (fase 4) ou demonstrar que não obteve vantagem fiscal (fase 5).

Na quarta fase, as entidades presumidas "shell companies" podem ilidir essa presunção com base nos factos e circunstâncias que lhes sejam aplicáveis⁶³ (mesmo *wording* utilizado na *PPT rule*).

Este pedido deve ser suportado com as seguintes informações adicionais: 1) racional comercial (informação que permita determinar a lógica comercial, não fiscal, subjacente ao estabelecimento da empresa no Estado-Membro de residência); 2) perfis dos funcionários (nível de experiência, o seu poder de decisão na organização global, o papel e o cargo no organograma, o tipo de contrato de trabalho, as qualificações e a duração do emprego); 3) local das tomadas de decisão (elementos de prova concretos de que a tomada de decisões relativas à atividade geradora dos rendimentos relevantes tem lugar no Estado-Membro da empresa); e 4) outros (qualquer outro elemento adicional relevante para além dos definidos na Diretiva).

Às entidades que sejam consideradas como não tendo nível mínimo de substância económica para efeitos fiscais, será recusado o pedido de certificado de residência fiscal para uso fora do

⁶³ A elisão da presunção, se conseguida, é válida por 1 ano, mas os Estados-Membros podem optar por prolongar por mais 5 anos.

Estado Membro em que sejam residentes, assim como o acesso a quaisquer acordos, convenções ou outros instrumentos que eliminem a dupla tributação.

Na quinta fase, uma entidade que cumpra os três critérios de partida e que não verifique os indicadores de substância mínima pode ainda requerer a isenção do âmbito da Diretiva, na medida em que consiga demonstrar que a sua interposição não origina uma vantagem fiscal (i.e., não reduz as obrigações fiscais) para: o seu beneficiário efetivo ou o grupo de empresas em que esta entidade se insira. A informação necessária para isso inclui a estrutura de detenção, as atividades do grupo e a comparação entre: 1. O imposto global devido pelos beneficiários efetivos, ou pelo grupo no seu todo, tendo em conta a interposição da entidade; e 2. O montante que seria devido nas mesmas circunstâncias na ausência da interposição da entidade, numa base anual. Caso as autoridades tributárias verifiquem que de facto não houve uma vantagem fiscal, concedem a isenção do âmbito da Diretiva pelo prazo de 1 ano. A isenção pode ser prorrogada por 5 anos, ou seja, aplicável por um período máximo de 6 anos (considerando que os factos e circunstâncias se mantenham).

Como conseguimos perceber, a ATAD 3 estabelece critérios específicos que as entidades devem cumprir para serem consideradas como tendo substância económica. Estes critérios incluem a geração de rendimentos de atividades económicas reais, a presença de instalações próprias, a existência de contas bancárias ativas na UE e a presença adequada de diretores ou colaboradores residentes.

A implementação da ATAD 3 desempenha um papel crucial no fortalecimento da aplicação da *PPT rule* ao proporcionar critérios claros e objetivos para a determinação da substância económica de uma entidade. Conforme discutido, conseguimos retirar um "teste da genuinidade" dos comentários da *PPT rule* e este teste destaca a importância da substância como um dos elementos-chave para demonstrar que o objetivo principal de um arranjo ou transação não é obter um benefício fiscal indevido.

Acreditamos que a ATAD 3 irá facilitar a aplicação da *PPT rule* ao fornecer uma base objetiva para as autoridades fiscais determinarem se uma entidade está a tentar obter um benefício fiscal através de um arranjo artificial. A falta de substância pode levar à presunção de que a entidade é uma "*shell company*", o que automaticamente a desqualifica de obter benefícios fiscais, alinhando-se assim com o objetivo da regra PPT de prevenir a elisão fiscal.

Além disso, a ATAD 3 complementa a evolução da jurisprudência do TJUE em relação ao abuso de direito. Decisões como o acórdão Cadbury Schweppes e os "Danish Cases" sublinham

a necessidade de olhar além das aparências formais e considerar a realidade económica das transações. A ATAD 3 reforça este princípio ao exigir uma análise detalhada dos fatores que indiciam a substância económica, tornando mais difícil para as entidades ocultarem a falta de substância através de estruturas artificiais.

A harmonização proporcionada pela ATAD 3 é igualmente crucial, pois clarifica a obrigação dos Estados-Membros de combater o abuso dos impostos diretos sobre as sociedades. Esta uniformidade é especialmente importante, considerando que a jurisprudência do TJUE, embora significativa, não podia preencher completamente as lacunas existentes. A ATAD 3, ao estabelecer um nível mínimo de proteção e ao detalhar os critérios de substância, fortalece o mercado interno contra práticas de elisão fiscal transfronteiriças.

10- Conclusão

A presente dissertação analisou o fenómeno do planeamento fiscal agressivo no contexto do projeto BEPS, com particular enfoque na implementação da *PPT rule* como medida de combate à elisão fiscal. A investigação incidiu na adequação e eficácia da *PPT rule*, com destaque para os elementos subjetivo e objetivo que a compõem, bem como as críticas e desafios associados à sua aplicação.

Uma das principais conclusões desta análise é que o elemento subjetivo da *PPT rule*, conforme redigido no artigo 29.º n.º 9 da CMOCDE, revela-se inadequado. A formulação atual permite negar os benefícios fiscais se for razoável concluir que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma transação ou estrutura. Esta redação afigura-se demasiado ampla e suscetível a interpretações subjetivas pelas autoridades fiscais, o que pode levar a uma aplicação excessivamente abrangente e inconsistente, gerando insegurança jurídica aos contribuintes.

A ausência de um "*teste de genuinidade*" explícito na redação do artigo constitui outra lacuna significativa. Embora os comentários ao artigo 29.º n.º 9 da CMOCDE ofereçam alguma orientação ao incluir elementos de substância económica e finalidade comercial, a falta de uma referência explícita na própria redação do artigo compromete a segurança jurídica. Para assegurar uma aplicação mais equitativa e previsível da *PPT rule*, é imperativo que este "teste de genuinidade" seja claramente integrado na regra, estabelecendo que os benefícios fiscais só podem ser negados se a transação ou estrutura não tiver substância económica real e finalidade comercial válida.

A análise comparativa com as CGAA das Diretivas da União Europeia e a jurisprudência do TJUE reforça esta conclusão. As CGAA das Diretivas, como a Diretiva Anti Elisão (2016/1164) e a Diretiva Mãe-Filhas (2011/96/UE), incorporam explicitamente o requisito de "razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica". Este critério tem sido fundamental para garantir uma aplicação justa e objetiva das medidas anti abuso, equilibrando a prevenção da elisão fiscal com a proteção dos contribuintes que realizam transações genuínas.

A *PPT rule* deve alinhar-se com os princípios estabelecidos pelas Diretivas da UE e pela jurisprudência do TJUE, incorporando um teste claro de atividade económica genuína na sua redação. Esta harmonização não só proporcionará maior clareza e segurança jurídica, mas também garantirá uma abordagem mais consistente e justa na aplicação das medidas anti abuso a nível internacional.

Em suma, a efetividade da *PPT rule* depende da sua capacidade de distinguir claramente entre planeamento fiscal lícito e abusivo. Para isso, é imperativo que a regra inclua explicitamente critérios de genuinidade e substância económica, alinhando-se com as práticas estabelecidas pela UE e reconhecidas pelo TJUE. Somente desta forma será possível alcançar um equilíbrio adequado entre a prevenção da elisão fiscal e a proteção dos direitos dos contribuintes, promovendo uma maior equidade e eficácia nos sistemas tributários internacionais.

11-Bibliografia

Monografias

- Cabrita Neto, Serena e Castelo Trindade, Carla (2022) – Contencioso Tributário, Volume II, Coimbra, Almedina.
- Courinha, Gustavo Lopes (2015) – A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo Das Convenções, col. “Teses de Doutoramento”, Coimbra: Almedina.
- Dourado, Ana Paula (2017) – Governação Fiscal Global. Coimbra: Almedina.
- Duarte Morais, Rui (2012) – Manual de Procedimento e Processo Tributário, Coimbra, Almedina.
- Harris, Olive (2010) – International Commercial Tax. Cambridge University Press.
- Lang, Michael (2010) – Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. Linde Verlag.
- Saldanha Sanches, J. L (1987) – Princípios do Contencioso Tributário, Lisboa.

Artigos Científicos

- Blażej Kuźniacki, The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application.
- Chand, Vikram, The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis, INTERTAX, Volume 46, 2018.
- 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.
- Merks, P., Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax planning, INTERTAX, Vol. 34 - Kluwer Law International, 2006.
- O. Koriak, The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?, 56 Eur. Taxn. 12, p. 557 (2016), Journals IBFD.
- Piantavigna, P., Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. World Tax Journal February, 2017, p. 66.
- R. Kok, "The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6," 44 Intertax 5, pp. 407-412 (2016).
- Rosebloom David, Tax Treaty Abuse: Policies and Issues, Law and Policy in International Business, 1983.

- Weber, D. (2017). 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*, 10(1), pág 48-59.

Outras Fontes

- Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report.
- Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais.

Jurisprudência- Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

- ECJ, 5 July 2007, Case C-321/05, Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet, para. 38.
- ECJ, 10 Nov. 2011, Case C-126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, para. 35.