



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A aplicação das Convenções sobre Dupla
Tributação aos impostos de saída**
Análise no domínio das pessoas coletivas

Maria Manuela Gonçalves Manso

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A aplicação das Convenções sobre Dupla
Tributação aos impostos de saída**
Análise no domínio das pessoas coletivas

Maria Manuela Gonçalves Manso

Orientador: Professor Doutor João Sérgio Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, por me ter orientado nesta jornada, por toda a disponibilidade e apoio na redação da dissertação.

À minha família, por tornar esta conquista possível, mas sobretudo por todo o amor e compreensão.

Aos meus amigos, porque sem eles chegar ao fim desta etapa não seria tão gratificante.

Resumo

Dada a tendência crescente de os Estados consagrarem mecanismos de tributação à saída nos seus ordenamentos jurídicos, a probabilidade de se verificar dupla tributação resultante da aplicação destes tributos é potenciada. Assim, urge responder à questão “As convenções de dupla tributação são aplicáveis aos impostos de saída?” – sendo este o objetivo do presente estudo.

A aplicação das convenções sobre dupla tributação dependerá de diferentes fatores, designadamente a modalidade do imposto de saída, entre outros.

Como não estamos perante uma questão consensual, propomo-nos a analisar os argumentos contra e a favor da aplicação dos tratados fiscais aos impostos de saída, assim como averiguar a suficiência dos mecanismos corretivos.

Concluimos que a aplicação da CMOCDE apenas se equacionará caso sejam efetuadas alterações ao texto convencional para garantir a eficácia da tributação à saída e consequente compatibilidade com a CMOCDE.

Por fim, procuramos propor soluções que permitiriam resolver este problema e eliminar a dupla tributação.

Palavras chave: impostos de saída; *exit taxes*; dupla tributação; convenções sobre dupla tributação; *trailing taxes*; impostos de saída imediatos.

Abstract

Given the growing tendency by States of incorporating exit taxation mechanisms in their legal order, the probability of double taxation due to the enforcement of these taxes is increased. Therefore, there is an urge to answer the question “Are double tax treaties applicable to exit taxes?” – with this corresponding to the aim of the present study.

The implementation of the double tax treaties will depend on different factors, namely the modality of the exit tax, among others.

As we are not facing a consensual matter, we propose to analyze the arguments for and against the application of double tax treaties to exit taxes, as well as assess the sufficiency of the corrective mechanisms.

We conclude that the employment of the MCOECD will only be considered if changes are made to the conventional text in order to guarantee the efficacy of the exit taxation and consequent compatibility with the MCOECD.

Finally, we attempt to propose solutions that would allow to solve this problem and eliminate double taxation.

Keywords: exit taxes; double taxation; double tax treaties; trailing taxes; immediate exit taxes

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	9
Introdução	11
Nota Introdutória.....	11
Metodologia e bibliografia.....	12
Estrutura.....	12
Capítulo 1. Enquadramento inicial	13
1.1. O elemento de conexão residência	13
1.1.1. Consequências da alteração da residência fiscal	14
1.1.1.1. Teoria da incorporação	15
1.1.1.2. Teoria da sede real	15
1.2. Impostos de saída	17
1.2.1. Noção.....	17
1.2.2. Tipologia dos impostos de saída.....	19
1.2.2.1. Impostos de saída imediatos	19
1.2.2.2. Impostos que estendem a incidência tributária	20
1.2.2.3. Impostos que visam a devolução de deduções fiscais	21
1.2.3. Impostos de saída no ordenamento português.....	22
1.2.3.1. Breve análise dos arts.83º e 84º CIRC	23
1.3. Dupla tributação	25
1.3.1. Medidas unilaterais.....	26
1.3.1.1. Método da isenção	26
1.3.1.2. Método da imputação.....	26
1.3.2. Medidas bilaterais: a CMOCDE.....	27
Capítulo 2. Análise da compatibilidade da CMOCDE com os impostos de saída	28
2.1. Qualificação convencional de rendimento.....	28

2.2. A aplicação da CMOCDE.....	30
2.2.1. Art.13º CMOCDE.....	31
2.2.1. Art.21º CMOCDE.....	35
2.2.3. Art.7º CMOCDE.....	36
2.3. Apreciação crítica: a questão da residência e a (in)suficiência dos mecanismos corretivos	37
Capítulo 3. Argumentos contra a aplicação da CDT	39
3.1. Questão estritamente nacional	39
3.2. Inexistência de dupla tributação jurídica	40
3.3. Uso abusivo de convenções	43
Capítulo 4. Apreciação global	46
4.1. A CMOCDE é aplicável aos impostos de saída?.....	46
4.2. Propostas para eliminar a dupla tributação	48
5. Conclusões	50
Bibliografia	52
I - Livros e Artigos.....	52
II- Documentos de Organizações Internacionais	56
III- Lista jurisprudencial	57

Lista de siglas e abreviaturas

§/§§ - Parágrafo/Parágrafos

Ac. – Acórdão

AG – Advogado Geral

Art. - Artigo

AT – Administração Tributária

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting* (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)

CDT – Convenções de Dupla Tributação

CDT AS-LUX - Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre a África do Sul e o Luxemburgo

CDT CA-HOL – Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre o Canadá e a Holanda

CDT HOL-RU – Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre a Holanda e o Reino Unido

CDT PT-CA - Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre Portugal e o Canadá

CE- Comissão Europeia

Cf. - Conforme

CIRC – Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CMOCDE – Convenção Modelo da OCDE

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades comerciais

CV69 - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DAE – Diretiva (EU) 2016/1164, Diretiva anti-elisão

DUE – Direito da União Europeia

EE - Estabelecimento estável

EEE - Espaço Económico Europeu

EM - Estados Membros

EU – União Europeia

IRC - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

LE – Liberdade de estabelecimento

LGT – Lei Geral Tributária

Nº. - Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

P./Pp. – Página/Páginas

RL - Resultado líquido

SCA - Supreme Court of Appeal of South Africa

Ss. – Seguintes

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UCP-CRP – Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto

UE – União Europeia

v.g. – Por exemplo

Introdução

Nota Introdutória

Desde que foram introduzidos no ordenamento jurídico, os impostos de saída representam um tema polémico, tendo suscitado discussões acerca da sua compatibilidade com as liberdades fundamentais decorrentes do DUE, do seu papel enquanto mecanismo de combate à evasão fiscal ou até o impacto que a DAE, em particular no que concerne os impostos de saída, teria na legislação interna. Contudo, tais questões foram sobejamente discutidas, pelo que cremos que o estudo dos impostos de saída sob a perspetiva das CDT permitirá um desenvolvimento diferente dos realizados até então, sobretudo tendo em consideração a escassez de estudos aprofundados nesta matéria.

Conforme desenvolveremos, os impostos de saída podem ser aplicados a pessoas singulares ou coletivas. A presente dissertação focar-se-á apenas nas pessoas coletivas, visto ser neste âmbito que se verificam mais desenvolvimentos, para além de o TJUE conferir um menor grau de proteção às pessoas coletivas¹. Contribuiu ainda para a delimitação negativa desta dissertação o nível de harmonização nos impostos diretos – como é o caso dos impostos de saída – ser “demasiado incipiente” no que concerne as pessoas singulares².

Quando há lugar à liquidação de um imposto de saída *stricto sensu*, considera-se a totalidade dos ativos da pessoa coletiva para apuramento do imposto no momento imediatamente anterior à emigração societária. Assim, as mais valias serão tributadas mesmo que não tenham sido realizadas. Pode suceder que a pessoa coletiva, uma vez estabelecida no novo Estado de residência, decida realizar a mais valia – não havendo, no entanto, qualquer garantia de que o faça – e, nesse cenário, a falta de harmonização entre as legislações dos Estados poderá conduzir à dupla tributação desse rendimento – o que, apesar de não ser proibido, não é desejável³.

Deste modo, surge a nossa questão de investigação: “As convenções de dupla tributação são aplicáveis aos impostos de saída?”. A pertinência e atualidade desta questão deve-se à tendência crescente de adoção destes tributos pelos Estados, potenciada

¹ RIBEIRO, J. (2019), p.21.

² *Ibidem*.

³ VOGEL, K. (1986), p.8.

também pelo fim do prazo de transposição da DAE⁴. Pelo exposto, a dupla tributação é cada vez mais provável, pelo que urge perceber se as CDT são aplicáveis aos impostos de saída – sendo este o principal objetivo do nosso estudo.

Metodologia e bibliografia

A investigação subjacente à presente dissertação será direcionada, sobretudo, para a pesquisa e revisão bibliográfica.

Conforme referimos, os estudos nesta matéria são escassos e, apesar de a doutrina não se pronunciar frequente e diretamente sobre a nossa questão de investigação, cremos que os estudos realizados até à data são imprescindíveis para tirarmos as nossas ilações. Apesar de não procedermos à análise jurisprudencial relativa à evolução dos impostos de saída, consideramos que os acórdãos nesta matéria são essenciais para a compreensão dos impostos de saída e conseqüente análise do tema da dissertação, pelo que também servirão de base ao nosso estudo.

Na redação da dissertação seguimos o manual de estilo da UCP-CRP.

Estrutura

A estrutura adotada consistirá na divisão da dissertação em quatro capítulos.

No primeiro capítulo tencionamos proceder a uma delimitação de conceitos chave que nos acompanharão ao longo deste estudo, esclarecendo-os.

Nos dois capítulos seguintes iremos efetuar uma análise crítica dos argumentos a favor e contra a aplicação da CMOCDE aos impostos de saída.

Por fim, no quarto capítulo, iremos sugerir alternativas que visam facilitar a eliminação da dupla tributação no contexto de emigração societária.

⁴ Cf. Art.11/5 DAE.

Capítulo 1. Enquadramento inicial

1.1.O elemento de conexão residência

A existência de relações jurídico-fiscais plurilocalizadas, fruto da internacionalização, faz surgir a necessidade de os Estados adotarem critérios de conexão (v.g. residência, fonte ou nacionalidade) que liguem o rendimento a tributar ao Estado com tal pretensão tributária⁵. A maioria dos Estados adota o critério da residência⁶, que se traduzirá na tributação do rendimento global auferido pelos seus residentes – sendo que este critério normalmente surge associado ao critério da fonte para tributação dos não residentes⁷⁸.

Quando a pessoa coletiva emigra e altera a sua residência fiscal, o Estado de saída deixa de ter legitimidade para tributar o rendimento global porque cessa o elemento de conexão que legitimava tal tributação. Deste modo, a receita que poderia ser arrecadada no futuro pelo Estado, deixa de o poder ser, pois o contribuinte levou consigo a sua “capacidade de gerar rendimento”⁹ – assim, a emigração¹⁰ gera perda de receitas fiscais para o Estado de saída.

À semelhança da maioria dos sistemas fiscais¹¹, o CIRC¹² exige para a verificação da condição de residente fiscal que o sujeito passivo preencha uma de duas condições: ter sede ou direção efetiva em Portugal. Pelo exposto, na maioria dos ordenamentos, a mudança da sede estatutária não bastará para alterar a residência fiscal.

Em Portugal, caso a pessoa coletiva altere a sua sede estatutária e direção efetiva para outro Estado, irá haver liquidação de um *exit tax* de modo a garantir que o Estado de emigração arrecada a receita tributária¹³.

⁵ AZEVEDO, P. (2017), p.31.

⁶ BERETTA, G. (2019), p.199.

⁷ RIBEIRO, J. (2018), p.417.

⁸ No caso português tal verifica-se, por exemplo, no domínio do IRC *Vide* art.4/1 CIRC.

⁹ RIBEIRO, J. (2018), p.417.

¹⁰ Apesar de pouco rigoroso, utilizaremos este termo como sinónimo de alteração da residência fiscal por entendermos que facilita a leitura da dissertação.

¹¹ RIBEIRO, J. (2019), p.40.

¹² Cf. Art.2/3 CIRC.

¹³ PEETERS, S. (2017), p.122.

1.1.1. Consequências da alteração da residência fiscal

Antes de discutirmos os efeitos fiscais desencadeados pela emigração societária, coloca-se a questão de se a alteração da sede estatutária conduz à perda da personalidade jurídica da sociedade.

Esta questão coloca-se, pois, caso haja perda da personalidade jurídica, não haverá um sujeito passivo a quem ligar os efeitos fiscais que discutimos na presente dissertação¹⁴. Importa mencionar que a emigração não suscitará problemas quando o Estado de emigração não considerar a mudança de residência fiscal um facto gerador de imposto – mas tal não é comum, visto que normalmente há lugar à tributação à saída¹⁵.

As sociedades são criações da ordem jurídica nacional e existem através desse mesmo ordenamento que determina as regras¹⁶ que lhe são aplicáveis no que concerne a sua constituição, funcionamento e extinção¹⁷. No entanto, devido à falta de harmonização do DUE no que concerne a manutenção da personalidade jurídica societária em caso de alteração internacional da sede, existe uma disparidade entre as legislações dos EM relativamente ao elemento de conexão adotado para determinar a lei reguladora da sociedade - *lex societatis*¹⁸ - e que determinará se é possível mudar a sede para outro Estado e simultaneamente manter a personalidade jurídica.

Neste sentido, os Estados podem optar por moldar as suas regras de acordo com a teoria da incorporação ou da sede real¹⁹. Assim, se é possível que a legislação de um EM determine a extinção da pessoa coletiva com base na emigração, por maioria de razão também pode permitir a tributação da deslocalização – tolerando-se assim a adoção de *exit taxes*²⁰.

Contrapõem-se, então, duas situações: a sociedade transfere a sede sem alteração do direito aplicável ou, ao emigrar, passa a ter de revestir a forma prevista no direito nacional do Estado de acolhimento. Importa mencionar que o facto de um Estado impedir que uma sociedade constituída no seu ordenamento jurídico possa preservar a personalidade

¹⁴ RIBEIRO, J. (2019), p.43.

¹⁵ *Ibidem*, pp.40-43.

¹⁶ Estas regras corresponderão à “*lex societatis*”.

¹⁷ *Ac. Daily Mail* (§19) e *Ac. Cartesio* (§110).

¹⁸ FRADA, A. (2009), p.3.

¹⁹ RIBEIRO, J. (2019), p.41.

²⁰ DOURADO, A. (2017), p.117,

jurídica quando altera a sua sede para outro ordenamento é compatível com a LE²¹, conforme resulta do Ac. *Cartesio*²².

1.1.1.1. Teoria da incorporação

Segundo a teoria da incorporação, o elemento de conexão que determina a *lex societatis* corresponde à sede estatutária da pessoa coletiva. Tal significa que a sociedade mantém a personalidade jurídica desde que a sua sede estatutária permaneça no Estado onde a sociedade foi constituída – pelo que a lei aplicável não será afetada se a direção efetiva vier a ocorrer no estrangeiro²³.

Assim, a emigração não conduzirá à liquidação societária se a pessoa coletiva continuar a ter a sede estatutária no Estado onde foi constituída, pelo que é possível haver lugar à tributação à saída desde que a alteração da direção efetiva determine a perda de residência fiscal no Estado de constituição da sociedade.

A teoria da incorporação encara a *lex societatis* como um resultado da autonomia privada, visto que a pessoa coletiva pode escolher a lei que a regula, mesmo que a sua direção efetiva seja no estrangeiro²⁴. Pelo exposto, esta teoria coaduna-se com a mobilidade societária e, como tal, é compatível com a lógica de funcionamento do mercado interno.

1.1.1.2. Teoria da sede real

A teoria da sede real tem em comum com a teoria da incorporação o facto de ambas considerarem que a *lex societatis* corresponde à lei do Estado onde a sociedade foi constituída²⁵. No entanto, a teoria da sede real exige que a direção efetiva se situe no Estado de constituição da sociedade, impondo uma ligação estreita com o Estado e que corresponde a um entrave à mobilidade societária²⁶.

Uma sociedade constituída num Estado onde impere esta teoria não pode ter direção efetiva no estrangeiro sem que isso implique a sua dissolução e a necessidade de se

²¹ Vide arts.49º e 54º TFUE. PEETERS, S. (2013), p.511.

²² Ac. *Cartesio* (§§34, 110 e 124). Vide também PICHEL, P. (2013), p.25. PANAYI, C. (2009), p.469.

²³ BRILMAN, L. (2013), p.42.

²⁴ FRADA, A. (2009), p.5.

²⁵ *Ibidem*, p.6.

²⁶ BRILMAN, L. (2013), p.42.

constituir *ex novo* no Estado de imigração²⁷. Havendo dissolução societária, a sociedade será liquidada e haverá lugar à partilha aos sócios do património societário, culminando na tributação do ativo na íntegra – o que, substancialmente, é equivalente ao efeito da tributação à saída²⁸.

Até ao surgimento da DAE - que impõe a tributação à saída no âmbito da EU em determinadas circunstâncias - se os EM quisessem evitar a jurisprudência do TJUE no domínio da tributação à saída, bastar-lhes-ia alterar a sua lei e adotar a teoria da sede real, forçando a liquidação societária. No entanto, com a harmonização que se atualmente se verifica na tributação à saída, os EM deixaram de adotar esta teoria com esse intuito visto que a transposição da DAE é obrigatória.

Apesar de esta teoria ter o intuito de combater comportamentos que visam evitar a aplicação da *lex societatis*, assim como proteger os interesses dos credores societários, entendemos que atualmente pode ser algo obsoleta devido ao facto de, graças à globalização, a direção efetiva de uma sociedade poder ser em qualquer lugar do mundo sem que tal tenha qualquer intuito de evitar a lei reguladora da situação societária²⁹.

Cumprе mencionar que Portugal adota esta teoria³⁰ de modo mitigado³¹, pois, apesar de permitir a manutenção da personalidade jurídica quando há alteração da direção efetiva e sede societária para outro Estado, associa à emigração o *exit tax* que funcionará, essencialmente, como uma liquidação, visto que incide sobre mais valias latentes. Caso não houvesse esta atenuação da teoria da sede real, não seria possível a liquidação de impostos de saída no CIRC.

²⁷ RIBEIRO, J. (2019), p.41.

²⁸ NOGUEIRA, J.F. (2010), p.13.

²⁹ FRADA, A. (2009), p.9.

³⁰ *Vide* art.3/2 CSC.

³¹ *Vide* art. 3/4 CSC. À semelhança de Portugal, muitos países optam pela adoção de elementos de ambas as teorias cf. NOGUEIRA, J. (2010), p.13.

1.2. Impostos de saída

1.2.1. Noção

Os impostos de saída surgem devido à emigração do contribuinte visto que esta circunstância contraria a expectativa que o Estado de saída tinha de vir a tributar os rendimentos daquele sujeito passivo que era seu residente fiscal.

Relativamente ao elemento subjetivo do *exit tax*, este recai sobre pessoas singulares e coletivas que deixem de ser residentes fiscais no Estado de emigração, independentemente da duração da sua residência. Conforme referimos anteriormente, na presente dissertação focar-nos-emos apenas nas pessoas coletivas, dado que é neste domínio que existe maior incerteza e complexidade³².

No que concerne o elemento objetivo do imposto, a maioria da doutrina tende a considerar que a sua dimensão material corresponde à transferência da residência fiscal do sujeito passivo. Todavia, importa mencionar que Tomás Tavares³³ considera que a deslocalização societária *per se* não desencadeia a tributação à saída, resultando esta da deslocalização societária associada à cessação da atividade nesse Estado - e da desafetação dos ativos à atividade empresarial – que se traduzirá na incapacidade de gerar lucros naquele Estado³⁴.

Deste modo, os pressupostos de aplicação do *exit tax* relacionam-se com as expectativas de um Estado em relação aos seus residentes fiscais. Por um lado, destaca-se a inatingibilidade do rendimento, visto que com a emigração o Estado de saída pode perder a competência para tributar aquele rendimento quando auferido por um não residente³⁵. Por outro lado, ainda que o Estado mantenha a competência para tributar aquele rendimento, este pode passar a tributar o sujeito passivo enquanto Estado da fonte – deixando de o tributar pelo seu rendimento global devido à alteração da natureza da obrigação fiscal³⁶. Neste sentido, a diferença de tributação entre residentes e não residentes faz surgir a necessidade de introdução de *exit taxes* nos ordenamentos jurídicos

³² Cf. BRAGA, A. (2011), p.6.

³³ TAVARES, T. (2018), p.304.

³⁴ Deste modo, tributa-se a saída da sociedade como se houvesse uma liquidação da mesma para efeitos fiscais Cf. *Ibidem*.

³⁵ COURINHA, G. (2020), p.157.

³⁶ *Ibidem*.

dos Estados de emigração, pelo que estes tributos são introduzidos para neutralizar os efeitos da deslocalização societária³⁷.

Pelo exposto, Courinha considera os impostos de saída *lato sensu*

*tributos associados às situações fácticas de emigração dos contribuintes, por meio dos quais atribuem efeitos fiscais à perda da qualidade de residente do sujeito passivo, quando dessa perda resulte para um Estado a perda da sua competência fiscal de base universal*³⁸.

Visto que os impostos de saída configuram um obstáculo à LE³⁹, até à adoção da DAE, o TJUE⁴¹ admitia a possibilidade de os EM adotarem estes tributos com o intuito de garantir a repartição equilibrada do poder tributário à luz do princípio da territorialidade numa vertente temporal⁴² - desde que a medida fosse proporcional e adequada ao objetivo visado. Atualmente, os impostos de saída existem no contexto do DUE devido à transposição da DAE que obriga os EM à sua adoção com o intuito de tributar as pessoas coletivas onde elas realmente geram lucros e criam valor, prevenindo a erosão da base tributária dos Estados. Neste sentido, a lógica utilizada pelos Estados para defender a tributação à saída nos seus ordenamentos coincide com a atual *ratio* que os obriga a adotar esses tributos⁴³.

Apesar de a motivação subjacente à consagração dos impostos de saída não ser o enfoque da presente dissertação, importa mencionar que, independentemente da justificação que lhes subjaz, os *exit taxes* podem dar azo a situações de dupla tributação – sendo este o nosso objeto de estudo.

A potencial dupla tributação emergente da tributação à saída resulta da divergência do método de cálculo da mais ou menos valia utilizado pelo Estado de imigração associada à consagração de um imposto de saída pelo Estado da emigração. Isto porque, apesar de o Estado de emigração poder defender a sua base tributária como lhe aprouver, condicionando a deslocalização societária, o Estado de imigração não está obrigado a

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ COURINHA, G. (2020), pp. 157-158.

³⁹ DOURADO, A. (2017), p.113.

⁴⁰ Esta restrição resulta no tratamento fiscal desfavorável conferido às sociedades que exercem a sua LE – alterando a sua residência fiscal para outro EM – e que, por isso, são tributadas pelas mais valias latentes, em oposição às sociedades que não alteram a sua residência fiscal e só são tributadas pelas mais valias efetivamente realizadas. Esta situação cria uma situação de desvantagem de tesouraria para as sociedades emigrantes, dissuadindo-as de exercer esta liberdade fundamental.

⁴¹ *Vide Ac. Verder LabTec* (§§40-48), *Ac. N* (§42), *Ac. National Grid Indus* (§46).

⁴² PEETERS, S. (2017), p.123.

⁴³ Cf. Considerando 10 da DAE. *Ibidem*.

adotar um mecanismo *step-up* que se consubstanciaria na aceitação de um valor de aquisição do ativo diferente do seu verdadeiro custo de aquisição. Deste modo, o exercício da soberania tributária do Estado da emigração na conformação da sua base tributária, não implica que o Estado de imigração tenha de adotar o mesmo critério de valoração do ativo e, como tal, isso pode conduzir à sobreposição da base tributária – gerando dupla tributação do rendimento em causa.

1.2.2. Tipologia dos impostos de saída

Os *exit taxes lato sensu* podem ser objeto de diferentes classificações. Todavia, aquela que é comumente referida corresponde à classificação tripartida⁴⁴ defendida por Betten⁴⁵, que distingue os impostos de saída consoante o *modus operandi*.

De acordo com a teoria de Betten podem existir três tipos de impostos de saída: impostos de saída *stricto sensu*⁴⁶, impostos de saída que alargam a incidência fiscal⁴⁷ e, por fim, impostos de saída que visam a devolução de deduções fiscais⁴⁸. Tendencialmente, o *exit tax* enquadrar-se-á dentro de alguma das modalidades elencadas⁴⁹.

1.2.2.1. Impostos de saída imediatos

Os impostos de saída *stricto sensu* correspondem a tributos desencadeados pela iminência da perda de qualidade de residente fiscal do sujeito passivo e em que se ficciona a realização do ativo da pessoa coletiva⁵⁰ – o que inclui as mais valias latentes⁵¹ (*hidden reserves*). Deste modo, os Estados que adotem esta modalidade de *exit tax* podem tributar as mais valias geradas no seu território, mesmo que estas ainda não tenham sido efetivamente realizadas⁵².

A ficção de realização do ativo molda a incidência objetiva do imposto, visto que a sua construção jurídica irá considerar uma alienação que não se verifica, ficcionando a

⁴⁴ RIBEIRO, J. (2018), pp.418-420.

⁴⁵ BETTEN, R. (1998), p.435.

⁴⁶ Também designados impostos de saída puros ou imediatos.

⁴⁷ Também designados *trailing taxes* ou impostos de perseguição.

⁴⁸ Também designados *clawback taxes* ou impostos de recaptura.

⁴⁹ COURINHA, G. (2020), p.161.

⁵⁰ COURINHA, G. (2020), p.164.

⁵¹ *Ibidem*, pp.163-167.

⁵² Cf. Ac. *National Grid Indus* (§49).

capacidade contributiva do sujeito passivo⁵³ e permitindo que o Estado de saída acautele as mais valias resultantes da possível transmissão do ativo após a emigração⁵⁴.

Em suma, esta modalidade de imposto opera através de uma imputação *ex lege* no momento imediatamente anterior à emigração do sujeito passivo, resultando na tributação dos ganhos latentes relativos a determinados bens aquando da iminência da perda de residência num concreto ordenamento fiscal.⁵⁵

Relativamente ao método de apuramento do imposto, a deslocalização da residência fiscal internacional é tributada pela diferença entre o valor de mercado dos ativos detidos pelo sujeito aquando da emigração e o respetivo custo contabilístico da aquisição⁵⁶. Pelo exposto, uma posterior valorização ou desvalorização do ativo não é relevante para o Estado de saída⁵⁷.

Nesta categoria de tributação à saída é possível distinguir entre duas modalidades: impostos de saída imediatos gerais ou parciais. No caso de serem gerais, estes tributos incidem sobre a totalidade do ativo da pessoa coletiva, incidindo sobre todas as mais valias latentes do sujeito passivo. Relativamente aos impostos de saída imediatos parciais, estes são utilizados por Estados que não tributam toda e qualquer mais valia não realizada pelos sujeitos passivos, pelo que incidem sobre determinadas mais valias potenciais⁵⁸.

1.2.2.2. Impostos que estendem a incidência tributária

Esta modalidade de tributação à saída traduz-se no alargamento da incidência subjetiva do imposto através da manutenção da condição de residente fiscal da sociedade emigrante, apesar de esta já não apresentar qualquer ligação ao Estado de saída⁵⁹. Através deste mecanismo, os Estados de emigração conseguem manter a sua pretensão tributária intacta durante um determinado período após a emigração – normalmente até cinco ou dez anos⁶⁰.

Pelo exposto, os *trailing taxes* incidem apenas sobre rendimento realizado, sendo apenas exigidos no momento da efetiva disposição do ativo – diferindo das restantes

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem* p.155.

⁵⁵ *Ibidem*. p.198.

⁵⁶ TAVARES, T. (2018), pp.291-293.

⁵⁷ ZERNOVA, D. (2011), p.472.

⁵⁸ BETTEN, R. (1998), p.435.

⁵⁹ Deste modo, o recurso a esta modalidade de *exit tax* tem os mesmos efeitos práticos que a adoção do critério de conexão nacionalidade para efeitos de tributação Cf. RIBEIRO, J. (2018), p.420.

⁶⁰ BERETTA, G. (2019), p.101.

modalidades de tributação à saída, cuja dimensão material do elemento objetivo do facto tributário corresponde à emigração e não à realização do ativo.

Este tributo pode ser distinguido consoante estenda a incidência tributária de modo limitado ou ilimitado⁶¹. Na primeira hipótese, a sociedade apenas será tributada por rendimentos de fonte no Estado de emigração, cingindo a obrigação tributária a uma lógica de territorialidade. No que concerne os impostos de saída que estendem ilimitadamente a incidência, o contribuinte estará sujeito a imposto de saída pela realização de quaisquer mais valias que realize após a emigração.

Entendemos que os *trailing taxes* não correspondem a verdadeiros *exit taxes*. A adoção desta posição deve-se ao facto de o imposto de saída não ser liquidado devido à emigração do sujeito passivo, mas devido à alteração do critério de residência no Estado de emigração através da ficção de manutenção de residência que permite que esse Estado tenha competência para tributar aqueles rendimentos aquando da sua efetiva realização⁶².

1.2.2.3. Impostos que visam a devolução de deduções fiscais

Este tipo de impostos visa evitar que os sujeitos que beneficiaram de deduções ou de adiamento no pagamento dos seus impostos, emigrem sem que esses benefícios sejam devidamente compensados. Assim, associa-se à emigração a desconsideração das vantagens concedidas no pressuposto da manutenção da residência.⁶³⁶⁴

No caso dos impostos de saída que visam a devolução de deduções, a tributação consistirá na recaptura dos valores anteriormente deduzidos⁶⁵.

Alternativamente, quando não há a devolução do benefício *per se*, a estatuição da norma que consagra este tipo de mecanismo pode prever um tratamento fiscal mais oneroso para o contribuinte, de natureza compensatória para o Estado, com vista a neutralizar financeiramente as perdas de receita decorrentes da concessão da vantagem⁶⁶.

⁶¹ CHAND, V. (2013), p.4.

⁶² SILVA, D. (2013), p.29.

⁶³ RIBEIRO, J. (2018), p.420.

⁶⁴ COURINHA, G. (2020), p.174.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

1.2.3. Impostos de saída no ordenamento português

A fiscalidade direta não se encontra harmonizada no seio do DUE, visto que os Estados têm alguma renitência em abdicar deste último reduto da sua soberania tributária. Contudo, verifica-se alguma harmonização setorial, designadamente no que concerne os *exit taxes* devido à transposição da DAE.

A DAE estabelece um *minimus*⁶⁷ de proteção, permitindo que os Estados adotem medidas mais restritivas do que as consagradas na diretiva⁶⁸. No entanto, no domínio dos impostos de saída, esta proteção corresponde a um *maximus* já que dificilmente algum EM conseguirá adotar medidas mais severas do que as consagradas no art.5º DAE, visto que estará sempre balizado pelas liberdades fundamentais da EU e jurisprudência do TJUE⁶⁹.

Até ao surgimento da DAE, o TJUE definia as condições em que poderia haver liquidação de *exit taxes* pelos EM. No entanto, a DAE consolida os principais desenvolvimentos nesta matéria⁷⁰, consagrando a obrigatoriedade⁷¹ da adoção deste mecanismo pelos EM.

Pelo exposto, consideramos pertinente proceder a uma breve análise dos impostos de saída consagrados nos arts.83º e 84º CIRC visto que, devido à transposição da DAE, estas disposições hão de ser consideravelmente semelhantes às normas consagradas nos outros EM.

Portugal transpôs a DAE através da Lei nº32/2019 de 3 de Maio. Contudo, os *exit taxes* foram introduzidos no ordenamento português em 2004, pelo que, apesar da inexistência de harmonização, as normas portuguesas tinham de respeitar os imperativos do DUE⁷².

Deste modo, a transposição da DAE resultou em alterações de pequena dimensão às normas portuguesas que consagravam a tributação à saída, dado que estas estiveram sob o crivo do TJUE de modo a garantir que o Estado português exercia a sua competência tributária em conformidade com o DUE, respeitando as liberdades fundamentais⁷³.

⁶⁷ Art.3º DAE.

⁶⁸ Cf. Art.5º DAE. PEETERS, S. (2017), pp.123-124.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Estes desenvolvimentos verificam-se sobretudo nos acórdãos *National Grid Indus*, *Verder Lab Tec e DMC* Vide PEETERS, S. (2017), p.128.

⁷¹ *Ibidem*, pp.128-130.

⁷² Ac. *Schumacker* (§21), *Brisal* (§36) e *Bukovansky* (§37).

⁷³ Ac. *Saint-Gobain* (§58); TAVARES, T. (2018), p.293.

1.2.3.1. Breve análise dos arts.83º e 84º CIRC

Antes de procedermos a uma breve análise do regime de tributação à saída consagrado no CIRC, cumpre qualificar os *exit taxes* consagrados nestas disposições.

Estes tributos correspondem a impostos de saída puros visto que o imposto é liquidado no momento imediatamente anterior à saída, antes de o sujeito passivo perder a condição de residente em Portugal. Assim, a iminência da perda da residência fiscal demarca o momento em que surge a matéria coletável⁷⁴. Os *exit taxes* consagrados nos artigos em análise correspondem a impostos de saída imediatos gerais, uma vez que a previsão das normas incide sobre a totalidade das mais valias latentes da pessoa coletiva.

De acordo com o art.83º CIRC as sociedades com sede ou direção efetiva em Portugal que cessem a atividade em território português em virtude da alteração de residência fiscal, estarão sujeitas a tributação à saída de modo a neutralizar os efeitos desta operação.

Assim, a tributação terá em consideração as mais e menos valias da sociedade até ao momento da emigração, ainda que não estejam expressas na contabilidade – pelo que serão consideradas as mais valias latentes dos ativos que, económica ou fisicamente, são transferidos para outra jurisdição⁷⁵. Pelo exposto, devemos acrescentar ou deduzir ao RL do período em que se deu a emigração – consoante estejamos perante uma mais ou menos valia – o resultado da diferença entre o valor de mercado e o valor fiscalmente relevante dos elementos patrimoniais da pessoa coletiva.

Caso o sujeito passivo altere a sua residência fiscal para outro EM ou para um Estado que integre o EEE, existem duas modalidades de pagamento a que pode recorrer. Assim, o imposto poderá ser pago de imediato⁷⁶ e a pessoa coletiva pagará o valor de imposto apurado na declaração periódica de rendimentos relativa ao período em que se verificou a cessação de atividade. No entanto, resulta da jurisprudência do TJUE⁷⁷ que a exigência de pagamento imediato é manifestamente desproporcional⁷⁸ pelo que foi consagrada a possibilidade de pagamento diferido em frações de igual montante ao longo de 5 anos⁷⁹. A opção por esta modalidade de pagamento implicará o vencimento de juros⁸⁰ e, caso a

⁷⁴ COURINHA, G. (2020), p.163.

⁷⁵ MARQUES, R. (2020), p.762.

⁷⁶ Vide Art.83/2/a CIRC.

⁷⁷ Vide Ac. *National Grid Indus* (§73), Comissão/Portugal (§§31-32).

⁷⁸ PEETERS, S.(2017), pp.123-125. A desproporcionalidade é evidenciada pelo facto de o pagamento diferido permitir ao Estado acautelar a possível realização de uma mais valia futura e, simultaneamente, não comportar uma desvantagem de fluxo de caixa tão acentuada para a sociedade emigrante.

⁷⁹ Vide art.83/2/c CIRC.

⁸⁰ Vide art.83/3 e 104/1/b CIRC.

AT entenda que existe um fundado receio de frustração na cobrança do crédito, poderá ser exigida a prestação de uma garantia bancária⁸¹. Existindo a falta de pagamento de alguma prestação, as prestações seguintes vencem-se e haverá lugar à instauração de um processo de execução fiscal pelo total da dívida⁸².

Não haverá tributação à saída sobre os elementos patrimoniais que permaneçam afetos a um EE da entidade emigrante situado em Portugal, desde que estes contribuam para o lucro tributável do EE e que estejam registados pelos mesmos valores que detinham antes da emigração. Neste caso o lucro tributável será calculado de acordo com o disposto no art.74/4 CIRC⁸³. Por fim, os prejuízos fiscais anteriores à cessação de atividade podem ser deduzidos ao lucro tributável imputado ao EE na proporção do valor de mercado dos elementos patrimoniais afetos ao EE⁸⁴ - verificando-se assim um regime de neutralidade fiscal que, caso não se observasse, colocaria em causa a LE secundária⁸⁵.

A exceção à tributação à saída verifica-se porque a hipótese em análise não origina a perda do poder tributário por parte do Estado de saída, não se justificando a tributação dos rendimentos potenciais. No entanto, esta exceção não se aplica quando estiver em causa uma construção puramente artificial que tenha como objetivo principal – ou um dos principais - a evasão fiscal. Tal sucederá quando estiver em causa uma operação que não foi realizada por razões económicas válidas, tendo como finalidade beneficiar de vantagens fiscais⁸⁶. Aí a AT procederá a uma liquidação adicional pelo facto de a pessoa coletiva usar a isenção de tributação à saída como forma de evasão fiscal⁸⁷.

No que concerne o art.84º CIRC, este remete para a aplicação do art.83º CIRC – com as devidas adaptações – quando um EE de uma entidade não residente, situado em território português, cesse a sua atividade em Portugal⁸⁸ ou quando exista transferência de elementos patrimoniais (a título material ou jurídico)⁸⁹ para fora do território português.

Estas circunstâncias correspondem a eventos relacionados com a perda de ligação ao Estado português, que o impossibilitam de continuar a tributar tais rendimentos.

⁸¹ *Vide* art.83/4 CIRC.

⁸² *Vide* art.103 LGT e arts.148º e ss CPPT *ex vi* 83/8 CIRC.

⁸³ *Ex vi* art.83/11 CIRC.

⁸⁴ Art.15 CIRC *ex vi* art.83/12 CIRC.

⁸⁵ TAVARES, T. (2018), p.293.

⁸⁶ Art.73/10 *ex vi* 83/13 CIRC.

⁸⁷ SILVA, D. (2013), p.33.

⁸⁸ Art.84/1/a CIRC.

⁸⁹ Art.84/1/b CIRC.

Deste modo, o *exit tax* consagrado no CIRC é desencadeado pela emigração do sujeito passivo, pelo que o tributo opera independentemente da motivação do sujeito passivo⁹⁰. Pelo exposto, a tendência crescente⁹¹ de os Estados incluírem este tipo de tributação nos seus ordenamentos, possivelmente resultará em dupla tributação internacional dado que o Estado de emigração exige o imposto por um ganho latente, enquanto que o Estado de imigração – caso tribute as mais valias em causa – provavelmente tributará a mais ou menos valia aquando da realização do ativo. Assim, existirá uma sobreposição da base impositiva dos dois ordenamentos⁹².

1.3. Dupla tributação

A liquidação de *exit taxes* pelo Estado de emigração, assim como a provável tributação da realização do ativo pelo Estado de acolhimento, irá originar um conflito positivo de tributação que possivelmente irá culminar na dupla tributação do sujeito passivo.

A dupla tributação pode ser de dois tipos: económica ou jurídica.

No âmbito da presente dissertação apenas releva a dupla tributação jurídica visto que as CDT visam eliminar este tipo de fenómeno, pelo que apenas nos iremos pronunciar sobre esta modalidade.

Neste sentido, a dupla tributação jurídica pressupõe a identidade do facto tributário que é caracterizada como uma “quádrupla identidade”⁹³ visto que se exige a identidade do período tributário, do rendimento, do sujeito passivo, assim como a tributação no âmbito de impostos equiparáveis. Além disso, este tipo de dupla tributação exige a existência de uma pluralidade de normas de incidência em ordenamentos distintos⁹⁴ - de modo a verificar-se um concurso positivo de normas tributárias⁹⁵ resultante da colisão de sistemas fiscais⁹⁶.

A dupla tributação é um fenómeno indesejado, visto que tributar duplamente o rendimento terá impacto nas relações e desenvolvimento económico, assim como nos movimentos de capitais. Além disso, representa um obstáculo significativo ao mercado

⁹⁰ COURINHA, G. (2020), p.232.

⁹¹ KUBICOVÁ, J. (2016), p.1107.

⁹² COURINHA, G. (2020), p.167.

⁹³ XAVIER, A. (2020), p.31.

⁹⁴ AZEVEDO, P. (2017), p.37.

⁹⁵ XAVIER, A. (2020), p.31.

⁹⁶ AZEVEDO, P. (2017), p.37.

interno⁹⁷. Pelo exposto, é prioritária a sua eliminação – ou, pelo menos, atenuação – sendo que para isso os Estados podem recorrer a medidas unilaterais ou bilaterais.

1.3.1. Medidas unilaterais

As medidas unilaterais correspondem a medidas que cada Estado pode adotar no seu ordenamento jurídico para reagir contra a dupla tributação internacional, podendo estas revestir a forma de método de isenção ou método de crédito imposto.

A principal distinção entre os métodos adotados reside no facto de o método da isenção ter em consideração o rendimento obtido, enquanto o método do crédito imposto tem em consideração o imposto efetivamente pago.

A exposição que segue será sucinta e meramente introdutória, visto que a questão de investigação do presente estudo versa sobre a aplicação de medidas bilaterais.

1.3.1.1. Método da isenção

De acordo com este método, o rendimento é tributado apenas no Estado da fonte, isentando-se o pagamento de imposto sobre esse rendimento no Estado de residência.

Esta isenção pode ser integral, no sentido em que o Estado de residência isenta o rendimento de fonte estrangeira de pagamento de imposto sem qualquer tipo de consequência. Por outro lado, o Estado de residência pode optar por aplicar a isenção com progressividade e aí, apesar de isentar o rendimento de fonte estrangeira de pagamento de imposto, considera-o para o apuramento da taxa a aplicar aos rendimentos não isentos de imposto no Estado de residência.

1.3.1.2. Método da imputação

Quando se aplica este tipo de medida unilateral – também designada por método do crédito imposto – existe a concessão de um crédito ao contribuinte pelo facto de este ter pagado imposto no país da fonte, crédito esse que pode ser deduzido ao imposto a pagar no país de residência. Normalmente o valor deste crédito é limitado, correspondendo à menor parcela de imposto que recai sobre aquele rendimento: ora o valor da fonte, ora o

⁹⁷ RIBEIRO, J. (2019), p.106.

da residência. Tal permitirá que nunca se exceda o *quantum* de imposto pago no Estado da residência.

Este método pode revestir diversas modalidades, no entanto, não nos debruçaremos sobre cada uma destas modalidades em concreto.⁹⁸

1.3.2. Medidas bilaterais: a CMOCDE

As medidas bilaterais aplicadas pelos Estados para eliminar ou atenuar a dupla tributação correspondem aos tratados internacionais celebrados com outros Estados, através dos quais regulam⁹⁹ a tributação dos factos tributários que ambos os Estados pretendem tributar. Assim, os Estados limitam o seu poder tributário de modo a resolver o choque de soberanias tributárias que gerou o conflito positivo de tributação.

Pelo exposto, não basta a existência de uma norma convencional que regule a tributação de determinado rendimento. É necessário que esse rendimento seja tributado pelos Estados Contratantes.

As medidas bilaterais para eliminar ou prevenir a dupla tributação desenvolvem-se através de CDT. Na impossibilidade de analisarmos todas as CDT existentes, focar-nos-emos na CMOCDE visto que esta corresponde ao modelo de CDT adotado pela maioria dos Estados, tendo harmonizado o modo como se lida com a dupla tributação a nível mundial¹⁰⁰.

A função preponderante, mas não exclusiva, da CMOCDE corresponde à eliminação da dupla tributação¹⁰¹. Todavia, esta também se destina ao combate da evasão fiscal, à troca de informações, ao auxílio na cobrança de imposto, assim como à prevenção da dupla não tributação.

Relativamente ao âmbito subjetivo, previsto no art.1º CMOCDE, o tratado fiscal aplica-se aos residentes de um ou ambos os Estados, podendo ser aplicado a pessoas coletivas, singulares ou agrupamentos de pessoas¹⁰². Contudo, cumpre mencionar que não existe um conceito convencional de residente, remetendo-se para o direito nacional de cada Estado¹⁰³. Deste modo, a CMOCDE reconhece os critérios adotados por cada

⁹⁸ Para uma leitura devidamente desenvolvida, *Vide* AZEVEDO, P. (2017), pp. 42-44.

⁹⁹ Daí que sejam consideradas o “principal limite à soberania financeira de cada Estado” *Vide* SANCHES, J.S. (2007), p.83. AZEVEDO, P. (2017), p.45.

¹⁰⁰ A referência feita à CMOCDE diz respeito à versão de 2017.

¹⁰¹ *Vide* <https://doi.org/10.1787/a5b41c54-en>, §§ 1-3.

¹⁰² Art.3/1 CMOCDE.

¹⁰³ Art.4/1 CMOCDE.

Estado para definir quem são os seus residentes, exigindo apenas que estes sejam tributados pelo seu rendimento global.

A aplicação da CMOCDE cinge-se aos impostos sobre o rendimento e o património¹⁰⁴, tratando-se, portanto, de um âmbito objetivo restrito.

No entanto, esta pode ainda ser aplicada a impostos de natureza similar que sejam criados no futuro, desde que as autoridades competentes dos Estados contratantes notifiquem as mudanças feitas na sua lei tributária¹⁰⁵. Importa ainda mencionar que quando é celebrada uma CDT, os Estados têm de elencar os impostos a que esta se aplica, pelo que os que não constarem dessa lista não se encontram abrangidos por este instrumento bilateral¹⁰⁶.

Caso não resulte da aplicação das regras de distribuição de competência a eliminação da dupla tributação, o tratado prevê o recurso aos mecanismos corretivos consagrados nos arts.23-A e 23-B da CMOCDE.

Conforme referimos anteriormente, a liquidação de impostos de saída pelo Estado de emigração e a provável tributação da realização das mais valias pelo Estado de imigração poderá conduzir à dupla tributação jurídica da sociedade. Pelo exposto, urge aferir se este instrumento multilateral é aplicável à tributação à saída.

Capítulo 2. Análise da compatibilidade da CMOCDE com os impostos de saída

2.1. Qualificação convencional de rendimento

Antes de discutirmos se a CMOCDE é aplicável aos impostos de saída, importa aferir se estes se enquadram no escopo objetivo do tratado.

Relativamente ao âmbito subjetivo, a convenção aplicar-se-á aos residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes, sendo que este requisito se encontra preenchido independentemente da modalidade de *exit tax* em causa.

Para o âmbito objetivo ser preenchido, o *exit tax* tem de corresponder a um imposto sobre o rendimento. Todavia, alguns autores¹⁰⁷ consideram que este corresponde a um

¹⁰⁴Art.2 CMOCDE.

¹⁰⁵Art.2/4 CMOCDE.

¹⁰⁶ Art.3/3 CMOCDE.

¹⁰⁷ RIBEIRO, J. (2019), p.45.

imposto sobre a saída já que o facto tributário corresponde à emigração societária e não à existência de rendimento, para além de que o *exit tax* não assenta numa lógica de periodicidade como a generalidade dos impostos sobre o rendimento, mas numa lógica de instantaneidade¹⁰⁸.

Uma vez que a CMOCD não define o conceito de rendimento, remete-se para o entendimento da doutrina sobre esta matéria.

Apesar de existirem tantas noções de rendimento quanto teóricos que as defendem, destacam-se duas teorias jurídicas sobre o conceito: a teoria do rendimento acréscimo e a do rendimento produto¹⁰⁹.

De acordo com a teoria do rendimento produto, o conceito de rendimento compreende apenas os montantes suscetíveis de avaliação pecuniária que advenham de uma fonte produtiva estável, pelo que, de acordo com esta teoria, as mais valias não são rendimento – pelo que os *exit taxes* não podiam ser impostos sobre o rendimento.

Por seu turno, a teoria do rendimento acréscimo faz corresponder ao conceito de rendimento o acréscimo líquido do poder económico de um sujeito entre o princípio e o fim do exercício, sendo que o rendimento em causa poderia derivar de bens corpóreos, incorpóreos ou serviços, desde que seja possível avaliá-los pecuniariamente¹¹⁰.

Esta teoria configura uma noção ampla de rendimento que compreende qualquer acréscimo verificado na esfera do sujeito passivo, independentemente da estabilidade da fonte. A principal diferença entre estas teorias corresponde ao facto de a teoria do rendimento acréscimo abranger os rendimentos que advêm de fontes não duradouras, contemplando os *windfall gains* onde a vontade do titular na obtenção do rendimento é irrelevante¹¹¹ - mensurando-se a riqueza de forma objetiva, sem exigência da realização do ativo¹¹².

Assim, as mais valias latentes seriam abrangidas por esta noção de rendimento. A inexistência de realização não representaria um obstáculo dado que a realização não é um elemento constitutivo da existência de rendimento, apenas é o momento utilizado para a mensuração do mesmo¹¹³ - pelo que, de acordo com esta teoria, os *exit taxes* seriam impostos sobre o rendimento.

¹⁰⁸ COURINHA, G. (2020), pp.168-169.

¹⁰⁹ MORAIS, R. (2009), p.27.

¹¹⁰ *Ibidem*; RIBEIRO, J. (2018), p.73.

¹¹¹ RIBEIRO, J. (2018), p.87.

¹¹² TAVARES, T. (2018), p.31.

¹¹³ *Ibidem*, p.25.

A teoria do rendimento acréscimo corresponde à teoria adotada pela maioria dos Estados pois permite tributar qualquer aumento patrimonial verificado na esfera do contribuinte, incidindo sobre a sua real capacidade contributiva e permitindo concretizar a igualdade na tributação¹¹⁴.

Os Estados tendem a conciliar esta teoria com a realização do rendimento¹¹⁵. No entanto, no domínio dos impostos de saída, o legislador opta por considerar que as mais valias latentes concorrem para a formação do lucro tributável.

Por fim, cumpre mencionar que Lang¹¹⁶ considera indubitável que os impostos que incidem sobre a valorização do ativo sejam considerados pelo art.2/2 CMOCDE impostos sobre o rendimento.

Pelo exposto, caso adotemos a teoria do rendimento acréscimo será defensável que os impostos de saída são impostos sobre o rendimento e, como tal, poderemos discutir a compatibilidade da CMOCDE com os *exit taxes*.

2.2. A aplicação da CMOCDE

Admitindo a possibilidade de os *exit taxes* serem compatíveis com a CMOCDE – por se tratarem de impostos sobre o rendimento –, a convenção só será aplicável caso alguma das disposições se afigure capaz de regular a repartição da competência tributária nesta situação.

Não existe consenso na doutrina que defende a compatibilidade da CMOCDE com a tributação à saída quanto à disposição aplicável aos *exit taxes* na ausência de uma norma que regule especificamente esta situação (como se verifica em alguns ordenamentos¹¹⁷). Deste modo, iremos abordar os diferentes artigos cuja aplicação é equacionada pela doutrina.

Cumpre mencionar que esta discussão dependerá da modalidade de imposto de saída em causa, pelo que iremos restringir o presente estudo aos impostos de saída imediatos e aos *trailing taxes*.

Tendo em consideração que os impostos de saída que visam a devolução de deduções fiscais se relacionam com a recaptura de benefícios concedidos no pressuposto de

¹¹⁴ RIBEIRO, J. (2018), p.87.

¹¹⁵ Vide §5 do preâmbulo do CIRC.

¹¹⁶ LANG, M. (2005), p.219.

¹¹⁷ A este propósito veja-se a CDT HOL-RU e a CDT CA-HOL que preveem disposições específicas que regulam estas situações.

manutenção de residência e que estes não correspondem a mais valias¹¹⁸, excluímos do âmbito da presente dissertação a análise da compatibilidade da CMOCDE com este tipo de *exit tax*.

2.2.1. Art.13º CMOCDE

A maioria da doutrina¹¹⁹ entende que o art.13º CMOCDE é a norma adequada para lidar com os impostos de saída, visto que estes incidem sobre mais valias – ainda que potenciais – e esta disposição estabelece as regras gerais para lidar com a tributação de mais valias.

Como à partida não se verifica nenhuma das situações referidas nos restantes números do artigo, equacionar-se-á a aplicação do art.13/5 CMOCDE que configura uma cláusula residual¹²⁰.

A aplicação da norma em questão depende do entendimento de dois conceitos essenciais: ganho e alienação. Como a CMOCDE não concretiza estes conceitos, a sua interpretação deve ser feita com base no direito interno dos Estados – conforme resulta do art.3/2 CMOCDE.

Relativamente ao conceito de “ganho”, Cejie¹²¹ entende que este termo é utilizado como sinónimo de “mais valia”. No entanto, a tributação de mais valias diverge entre Estados, variando o que é incluído neste conceito e a forma como é tributado (ou se é sequer tributado), pelo que surge a questão de se a tributação de mais valias latentes é abrangida pelo art.13/5 CMOCDE¹²².

O comentário ao art.13º CMOCDE¹²³ refere que esta norma abrange todos os tipos de impostos sobre mais valias levados a cabo pelos Estados Contratantes, reiterando que cabe ao direito interno de cada Estado decidir se estes rendimentos são tributados e como o são. Assim, o conceito de ganho abrange as mais valias sujeitas a tributação, pelo que o que é incluído neste conceito varia consoante o Estado em causa¹²⁴. Pelo exposto, um

¹¹⁸ Estes benefícios relacionam-se, por exemplo, com a recaptura de deduções de pagamento de prémios de seguros de vida ou com o adiamento de pagamentos de impostos (o que acontece, por exemplo, nos fundos de poupança-reforma) Cf. BETTEN, R. (1998), p.435. RIBEIRO, J. (2018), p.420.

¹¹⁹ MAN, F., & ALBIN, T. (2011), p.617. CARRAMASCHI, B. (2008), p.284.

¹²⁰ RIBES, A. (2015), p.134.

¹²¹ CEJIE, K. (2012), p.387.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Vide* §3.1 do Comentário ao art.13º CMOCDE.

¹²⁴ RIBES, A. (2015), p.133.

Estado Contratante que tribute as mais valias – ainda que latentes – encontrar-se-á coberto pela expressão “ganhos”, dado que esta não exige a realização da mais valia¹²⁵.

Tal exigência parece resultar da utilização do conceito “alienação”, pelo que o entendimento desta expressão será crucial para aferirmos a compatibilidade da norma com os impostos de saída – designadamente sob a modalidade *stricto sensu*, visto que estes operam por via de uma alienação ficcionada da realização do ativo.

Assim, questionamo-nos se a noção de “alienação” se cinge a situações em que existe transferência efetiva da titularidade do ativo ou se abrange as transferências fictícias que se verificam no âmbito dos impostos de saída imediatos. O §5 do Comentário ao art.13º CMOCDE elenca algumas situações¹²⁶ que preenchem este requisito e que têm em comum o facto de serem circunstâncias em que existe efetivamente uma transferência da titularidade do ativo¹²⁷. À semelhança do que acontece com o termo “ganho”, o termo “alienação” não se encontra definido pela CMOCDE, pelo que somos novamente remetidos para o significado atribuído pelo direito interno à expressão em causa.

A doutrina diverge quanto à interpretação do conceito de “alienação”.

Por um lado, autores como Carramaschi¹²⁸ consideram que as alienações fictícias se encontram excluídas do âmbito do artigo. O autor sublinha que o conceito “alienação” é normalmente interpretado como sinónimo de uma mudança na titularidade do ativo – algo que é reforçado pelos exemplos elencados no Comentário ao art.13º CMOCDE, visto que todos eles correspondem a situações em que se verifica uma alteração na titularidade –, sendo que considera ainda que o contexto¹²⁹ da convenção exige um entendimento comum do termo alienação de modo a que não se frustrem as finalidades da CMOCDE. O autor acrescenta que mesmo que se aplicasse a remissão para o direito interno dos Estados Contratantes, tal não permitiria que os Estados manipulassem o conceito de “alienação” como lhes aprouvesse, de modo a tributarem rendimentos cuja competência não lhes estava alocada. Kemmeren¹³⁰ e Ribes¹³¹ acompanham a posição de Carramaschi,

¹²⁵ Vide §8 do Comentário ao art.13 CMOCDE. CEJIE, K. (2012), p.387.

¹²⁶ Nomeadamente situações como a doação, venda do ativo, transmissão por morte, etc.

¹²⁷ ROCH, M. (2016), p.493. MAN, F., & ALBIN, T. (2011), p.617.

¹²⁸ CARRAMASCHI, B. (2008), p.285.

¹²⁹ Relativamente ao “contexto” para interpretação e aplicação das CDT, este prevalece sobre o significado atribuído pela lei interna dos Estados contratantes a determinado termo – conforme resulta do art.3/2 CMOCDE e art.31/1 CV69.

Para um desenvolvimento devido desta matéria, que não iremos desenvolver na presente dissertação, aconselhamos a leitura de NETO, L. (2015) e NOGUEIRA, J. (2019).

¹³⁰ KEMMEREN, E. (2005), “*Nederlandse Exitheffingen Anno 2005 Zijn Onhoudbaar, Maar Een Passeend Alternatief is Denkbaar*”, §7.2.2. *apud* BRILMAN, L. (2013), p.142.

¹³¹ RIBES, A. (2015), p.134.

defendendo que a característica essencial do conceito “alienação” corresponde à transferência da titularidade do ativo, característica essa que não se observa quando existe a emigração da pessoa coletiva, visto que o ativo permanece na esfera societária. Deste modo, de acordo com a posição defendida por ambos os autores, o art.13/5 CMOCDE apenas seria compatível com os *trailing taxes*, visto que esta modalidade de tributação à saída incide sobre mais valias realizadas, preenchendo-se o requisito da alienação.

Por outro lado, Simontacchi¹³² considera que esta solução restringiria o escopo do art.13º CMOCDE, cujo propósito é abranger todas as mais valias tributadas pelos Estados Contratantes. O autor sustenta a sua posição no facto de as situações referidas no §5 do Comentário ao artigo 13º representarem um elenco exemplificativo¹³³ e defende que apesar de normalmente o termo alienação ser entendido como sinónimo da transferência de propriedade, a história da terminologia adotada em contexto convencional é relevante. Neste sentido, o autor considera que devemos interpretar o conceito de uma forma ampla de modo a não afetarmos o escopo do artigo¹³⁴.

A jurisprudência parece acompanhar o entendimento de que o conceito “alienação” abrange a alienação fictícia. A este propósito veja-se o caso *Tradehold*.

O caso *Tradehold* remonta a 2002 e refere-se a uma sociedade sul africana – *Tradehold Limited*. – que alterou a sua residência fiscal para o Luxemburgo.

A empresa era a única detentora da *Tradegro Holding* – cuja residência fiscal também era na África do Sul. A emigração da *Tradehold* resultou na liquidação de um imposto de saída pela AT sul africana, imposto esse que incidiu sobre as mais valias latentes decorrentes da alienação fictícia do ativo da *Tradehold* – o que incluiu a *Tradegro Holding*.

No caso em apreço a AT sul africana não aplicou a CDT AS-LUX por entender que a inexistência de uma alienação efetiva afastava a aplicação da norma correspondente ao art.13/5 CMOCDE. Contudo, o SCA¹³⁵ considerou que o termo “alienação” é amplo e que não deve limitar-se às alienações efetivas, pelo que abrangeria as alienações fictícias verificadas no domínio dos impostos de saída imediatos. O SCA destacou que é razoável assumir que, aquando da ratificação da CDT, os Estados tivessem consciência da existência de *exit taxes* no ordenamento sul africano, pelo que teriam tido a intenção de

¹³² SIMONTACCHI, S. (2007), p.183.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem.*, p.182.

¹³⁵ *Vide* §§20-25 do Caso *SARS V. Tradehold Limited*.

sujeitar as mais valias latentes ao artigo em questão¹³⁶. O tribunal considerou que a CDT entre os dois países era aplicável e, como tal, cabia ao Luxemburgo (enquanto Estado de residência) a competência exclusiva para tributar esses rendimentos, pelo que a África do Sul não podia tributar esses rendimentos.

Assim, de acordo com a posição adotada pelo SCA, o conceito de alienação abrangia a alienação fictícia do ativo verificada no âmbito dos *exit taxes stricto sensu*.

Na nossa opinião levantam-se algumas questões quanto à posição do Tribunal, nomeadamente no que concerne a questão da atribuição da competência ao Estado da imigração (na qualidade de Estado da residência) e à interpretação do conceito “alienação”.

Consideramos que o termo “alienação” tenderá a ser interpretado numa aceção de mudança de titularidade do ativo, já que a maioria dos Estados concilia a teoria do rendimento acréscimo com a realização do rendimento¹³⁷. Mesmo que consideremos que a interpretação do conceito será aquela que resulta do direito interno do Estado Contratante, as finalidades do tratado fiscal devem ser respeitadas. Assim, na ausência de definições convencionais, o Estado não pode manipular os conceitos como lhe aprouver de modo a tributar rendimentos cuja competência não lhe está alocada.

Para a adoção desta posição contribui ainda o facto de, apesar de o Comentário à CMOCDE não ser parte do tratado fiscal ou sequer juridicamente vinculativo, a sua importância na interpretação das disposições da CMOCDE ser inegável. Pelo exposto, tendemos a distanciar-nos do entendimento de Simmontachi de que o elenco exemplificativo do §5 do Comentário ao Art.13º CMOCDE sustenta a abrangência do conceito alienação, visto que todas as situações elencadas têm em comum o facto de serem circunstâncias em que existe mudança da titularidade do ativo. Consideramos que o elenco apresentado, apesar de não ser taxativo, reforça a exigência de uma mudança efetiva na titularidade do ativo, reiterando apenas que é indiferente a forma como essa mudança opera – por exemplo, a título de remuneração. Deste modo, afastamo-nos do entendimento manifestado no caso *Tradehold* visto que cremos que o art.13/5 CMOCDE só se revelaria adequado a lidar com *trailing taxes*, dado que quando é liquidado um *exit tax* sob essa modalidade, ele há de incidir sobre rendimento realizado – havendo, portanto, uma mudança da titularidade do ativo. Neste sentido, a forma como o artigo se encontra

¹³⁶ SEILER, M. (2013), p.581.

¹³⁷ SILVA, D. (2013), p.71.

redigido – designadamente no que concerne o recurso ao termo alienação – suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com os impostos de saída *stricto sensu*.

Relativamente à posição adotada pela jurisprudência *Tradehold* destacamos ainda o facto de, se porventura se entendesse que o conceito de “alienação” compreendesse a alienação fictícia, tal reforçaria o entendimento de que o Estado da emigração tinha competência para tributar o rendimento em questão – ao contrário do que a jurisprudência considerou, visto que aquando da tributação e no momento da alienação (fictícia) o Estado onde o alienante é residente corresponde ao Estado da emigração.

No entanto, conforme desenvolveremos adiante, não cremos que a aplicação do art.13/5 seja a solução adequada para lidar com a tributação à saída, pelo menos no que concerne os impostos de saída imediatos.

2.2.1. Art.21º CMOCDE

Alguns autores¹³⁸ entendem que a disposição aplicável aos impostos de saída corresponde ao art.21º CMOCDE pois consideram que as normas consagradas nos artigos 6º a 20º da convenção só se adequam à tributação de rendimento realizado, pelo que há lugar à aplicação do art.21º enquanto norma residual.

A aplicação desta disposição não levanta as questões discutidas no âmbito do artigo anterior visto que a norma não faz quaisquer exigências no que concerne a alienação do ativo, abrangendo um maior número de situações. Caso se entenda que o conceito de alienação se cinge às mudanças efetivas da titularidade do ativo, este artigo revela-se adequado para lidar com a tributação de mais valias latentes – desde que estas sejam consideradas como rendimento tributável pelo Estado Contratante¹³⁹.

Assim, este artigo parece, à partida, compatível com ambas as modalidades de impostos de saída em análise. Contudo, conforme desenvolveremos devidamente adiante, existem obstáculos à sua aplicação – designadamente o facto de ser dúbia a existência de dupla tributação jurídica.

¹³⁸ WATTEL, P., & MARRES, O. (2003), p.69. MAN, F., & ALBIN, T. (2011), p.617.

¹³⁹ MAN, F., & ALBIN, T. (2011), p.617.

2.2.3. Art.7º CMOCDE

Quando há lugar à aplicação de impostos de saída podemos ter em causa dois tipos de rendimento distintos: aquele que decorre da ficção de liquidação do património societário e o rendimento ficcionado imputado aos sócios decorrente da pseudo partilha¹⁴⁰. Como a presente dissertação analisa a questão da aplicação das CDT aos impostos de saída no domínio das pessoas coletivas, focar-nos-emos no primeiro rendimento gerado: o da sociedade emigrante.

Conforme mencionámos anteriormente, a maior parte da doutrina que defende que o art.13º CMOCDE não é compatível com a tributação à saída, pugna pela aplicação do art.21º CMOCDE enquanto norma residual.

No entanto, Courinha¹⁴¹ defende que o art.21º CMOCDE se destina a ganhos de indivíduos que atuam fora da atividade empresarial. O autor considera que, uma vez que estamos no domínio de rendimentos empresariais, deve ser aplicado o art.7º CMOCDE.

A posição assumida pelo autor assenta no princípio da prevalência dos regimes especiais de lucro¹⁴². De acordo com este princípio, se os lucros puderem ser reconduzidos a alguma disposição do tratado, deve ser essa a norma a regular a repartição da competência tributária, sendo apenas na ausência de uma norma especial que se aplicaria o art.7/1 CMOCDE.

Para Courinha, o afastamento da aplicação do art.21º CMOCDE resulta do facto de considerar que o art.21º CMOCDE tem uma natureza residual de 2º grau, visto que os lucros residuais – aqueles que não seriam regulados por outra disposição do tratado fiscal – seriam regulados pelo art.7º CMOCDE. Deste modo, o art.21º destinar-se-ia apenas a “outros rendimentos” que não lucros¹⁴³ - isto é, rendimentos que não foram obtidos no âmbito da atividade empresarial.

À semelhança do art.21º CMOCDE, o art.7º CMOCDE atribui a competência ao Estado da residência do sujeito passivo – pelo que a solução resultante da aplicação qualquer uma dessas disposições seria a mesma. No entanto, o sujeito passivo é residente de ambos os Estados, ainda que em momentos distintos, pelo que se coloca a questão de qual deles deve ser considerado o Estado da Residência a que a norma se refere, conforme

¹⁴⁰ COURINHA, G. (2020), p.198.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp.202-203.

¹⁴² *Vide* art.7/7 CMOCDE.

¹⁴³ COURINHA, G. (2020), p.201.

desenvolveremos de seguida. Além disso, existem dúvidas quanto à existência de dupla tributação jurídica.

2.3. Apreciação crítica: a questão da residência e a (in)suficiência dos mecanismos corretivos

As convenções encontram-se redigidas sob a premissa de que existe um conflito de dupla tributação que poderá ser do tipo residência-residência, fonte-fonte ou residência-fonte¹⁴⁴. Como tal, a aplicação da CMOCDE exige a unicidade convencional da residência, dado que o tratado fiscal impõe restrições do poder tributário diferentes para cada um desses Estados.

Antes de expormos os argumentos que nos levam a considerar que a CMOCDE não é aplicável aos *exit taxes*, cumpre mencionar que, ainda que considerássemos que esta era compatível com a tributação à saída, as disposições cuja aplicação é discutida alocam a competência tributária ao Estado da Residência. Contudo, quando existe liquidação de um imposto de saída imediato, ambos os Estados foram, ainda que em momentos distintos, o Estado da Residência do sujeito passivo, pelo que cumpre perceber a qual dos Estados nos referimos.

Como não estamos perante uma situação de dupla residência simultânea, não é possível recorrer aos critérios de desempate consagrados no art.4/3 CMOCDE, visto que estes critérios são redigidos no pressuposto de que a pessoa coletiva é simultaneamente residente de ambos os Estados.

Quando o imposto de saída imediato é liquidado, a pessoa coletiva ainda é residente no Estado de emigração¹⁴⁵ – e ainda não é residente do Estado de acolhimento –, pelo que a única forma de considerar que o Estado da residência era o Estado de imigração seria ter em consideração eventos futuros, o que, além de não ter suporte legal, seria rebuscado¹⁴⁶. Neste sentido, o Estado de imigração, aquando da liquidação do imposto de saída, não é Estado da fonte ou Estado da residência – o que revela a falta de ligação ao rendimento obtido e reforça a ideia, desenvolvida adiante, que esta questão configura uma matéria estritamente nacional. Ainda assim, alguma doutrina considera que o Estado da

¹⁴⁴ AZEVEDO, P. (2017), p.33.

¹⁴⁵ A liquidação do imposto de saída imediato ocorre no momento imediatamente anterior à perda de residência fiscal, pelo que alguma doutrina considera estes tributos como “impostos de última oportunidade” (“*tax of last chance*”) – tradução nossa. Cf. BROE, L. (2002), p.18. CEJIE, K. (2012), p.386.

¹⁴⁶ CARRAMASCHI, B. (2008), p.290.

residência deve ser considerado o Estado da imigração, pelo que a liquidação de um imposto de saída pelo Estado de emigração corresponderia a uma forma de *treaty override*, no entanto não concordamos com este entendimento.

No caso dos *trailing taxes*, os critérios de desempate seriam aplicáveis visto que estaríamos perante uma hipótese de dupla residência do sujeito passivo, dado que a pessoa coletiva preenche de forma cumulativa e simultaneamente a *fattispecie* de que depende a sua qualificação como residente nos Estados Contratantes¹⁴⁷. Todavia, a aplicação do critério de desempate consagrado no art.4/3 CMOCDE não resolve necessariamente a questão da residência visto que, desde 2017, que o tratado fiscal consagra que os Estados devem diligenciar no sentido de determinar, através de um procedimento amigável¹⁴⁸, qual o Estado da residência – pelo que a resposta à questão: “qual o Estado de residência?” dependeria do entendimento atingido no procedimento amigável.

Caso os Estados não cheguem a acordo, ambos os Estados serão considerados o Estado da residência para efeitos convencionais, o que irá gerar um impasse dado que os mecanismos corretivos previstos no art.23º-A e 23º-B da CMOCDE não são aptos a resolver conflitos de tributação residência-residência, pois pressupõem a existência de um único Estado da Residência¹⁴⁹.

Assim, na ausência de um consenso, a única solução prevista pela CMOCDE que pode eliminar a dupla tributação emergente da aplicação dos *trailing taxes* corresponde ao procedimento amigável previsto no art.25/3 CMOCDE.¹⁵⁰ No entanto, tal não corresponde a uma garantia de eliminação da dupla tributação visto que não existe qualquer obrigação de os Estados chegarem a um acordo quanto a uma solução¹⁵¹.

Pelo exposto, no âmbito dos impostos de saída imediatos, estamos perante um conflito de dupla tributação que não se encontra previsto pela CMOCDE – o que leva a considerar que a CMOCDE não foi elaborada tendo em consideração estas situações¹⁵², evidenciando a falta de ligação do Estado de imigração ao rendimento obtido. Assim, à exceção do procedimento amigável, a CMOCDE não contém qualquer provisão capaz de lidar com este tipo de conflitos.

¹⁴⁷ NOGUEIRA, J. (2011), p.2.

¹⁴⁸ *Vide* art.25º CMOCDE *ex vi* art.4/3 CMOCDE.

¹⁴⁹ CEJIE, K., (2012), p.389.

¹⁵⁰ Cf. SILVA, D. (2013), p.163. CEJIE, K. (2012), p.389. HUG, J. (2015), p.39. BRANDSTETTER, P. (2010), p.19. CARRAMASCHI, B. (2008), p.293.

¹⁵¹ HUG, J. (2015), p.39.

¹⁵² Como parece resultar do entendimento de Kort, que destaca o facto de resultar do Comentário à CMOCDE que esta foi redigida sob o pressuposto de que o sujeito passivo não emigrava durante o período compreendido entre a aquisição do ativo e a respetiva realização. Cf. KORT, J. (2003), pp.103-104.

Apesar de entendermos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída, é líquido que, caso esta fosse aplicável, os mecanismos corretivos consagrados no tratado fiscal não seriam suficientes para eliminar a possível dupla tributação emergente da sua liquidação.

Esta questão não se colocará caso exista uma disposição específica, aditada pelos Estados, que regule a alocação do poder tributário no caso de emigração societária, conforme se verifica, por exemplo, no caso da CDT HOL-RU em que os Estados consagram a hipótese de o Estado de emigração tributar o rendimento verificado até ao momento da deslocalização societária, sem a necessidade de ter existido realização do rendimento¹⁵³.

Capítulo 3. Argumentos contra a aplicação da CDT

3.1. Questão estritamente nacional

Um dos principais argumentos avançados pela doutrina para rejeitar a aplicação da CMOCDE aos impostos de saída corresponde ao facto de entenderem que estamos perante uma questão de direito nacional devido ao momento da exigibilidade do imposto.

Esta posição assenta no facto de os impostos de saída imediatos serem liquidados no momento imediatamente anterior à perda de residência do sujeito passivo, configurando o último ato tributário levado a cabo pelo Estado de emigração¹⁵⁴. Como o imposto é liquidado enquanto o sujeito passivo ainda é residente do Estado de emigração, alguma doutrina¹⁵⁵ defende que estamos perante uma questão de direito nacional inserida no domínio da soberania tributária daquele Estado¹⁵⁶, pelo que o tratado fiscal não seria aplicável dada a suposta inexistência de um conflito positivo de tributação.

No entanto, conforme defendido por De Man e Albin¹⁵⁷, a aplicação da CMOCDE não seria precludida dado que o seu âmbito subjetivo¹⁵⁸ exige apenas a residência num dos Estados Contratantes, desde que este tribute o sujeito passivo pelo seu rendimento global. Contudo, apesar de a aplicação da CMOCDE não ser precludida, caso a pessoa coletiva

¹⁵³ SILVA, D. (2013), p.148.

¹⁵⁴ CEJIE, K. (2012), p.386.

¹⁵⁵ *Vide*, por exemplo, KORT, J. (2003), p.104. RIBEIRO, J. (2019), p.44. PANAYI, C. (2011), p.247.

¹⁵⁶ BROE, L. De, & WILLOQUÉ, K. (2011), p.244.

¹⁵⁷ MAN, F., & ALBIN, T. (2011), p.616.

¹⁵⁸ *Vide* Art.1º CMOCDE.

não aliene o ativo no mesmo período tributário em que é liquidado o imposto de saída, levantar-se-ia a questão de não existir dupla tributação jurídica que sustente a aplicação da CMOCDE. Assim, no caso dos impostos de saída imediatos, acolhemos este argumento visto que esta modalidade de tributação corresponde a um exercício unilateral da soberania tributária do Estado de emigração quando nenhum outro Estado tem a pretensão de tributar o rendimento, sendo a emigração a dimensão material do elemento objetivo do facto tributário escolhido pelo Estado de saída.

Todavia, no âmbito dos *trailing taxes* consideramos que este argumento não colhe, dado que nesta hipótese é evidenciada a existência de um conflito positivo de tributação suscitado pelo facto de o Estado de emigração ficcionar a manutenção de residência do sujeito passivo de modo a poder continuar a tributar os rendimentos em causa – pelo que ambos os Estados têm, nesta hipótese, a mesma pretensão tributária.

3.2. Inexistência de dupla tributação jurídica

Como referimos anteriormente, a dupla tributação jurídica implica a identidade do facto tributário e a existência de uma pluralidade de normas de incidência tributária em ordenamentos distintos. A identidade do facto tributário consiste na existência de impostos equiparáveis entre dois (ou mais) ordenamentos, relativos ao mesmo sujeito passivo, rendimento e período de tributação¹⁵⁹.

A liquidação de um imposto de saída imediato opera independentemente da alienação efetiva do ativo, bastando a emigração para preencher a *fattispecie* da norma – assim, existindo alienação do ativo, não sabemos quando esta se irá verificar. Existem, portanto, dois momentos relevantes para aferir a existência de dupla tributação e que não ocorrem necessariamente no mesmo período de tributação: a liquidação do imposto de saída imediatamente antes da emigração societária e a alienação do ativo.

Neste sentido, é provável que exista uma discrepância temporal entre a liquidação do imposto de saída imediato e a alienação do ativo, resultando na falta de identidade do período tributário. Assim, de acordo com Alberto Xavier, não estaríamos perante uma hipótese de dupla tributação jurídica internacional e, como tal, não seria aplicável a CMOCDE.

¹⁵⁹ Vide XAVIER, A. (2007), p.33. AZEVEDO, P.A. (2017), p.62. PEREIRA, P.R. (2010), p.22.

Contudo, a noção de dupla tributação jurídica internacional não é consensual. A este propósito, veja-se o entendimento de Manuel Pires¹⁶⁰ que dispensa a identidade do período tributário e do imposto enquanto pressuposto da dupla tributação jurídica. Manuel Pires considera que este tipo de dupla tributação surge porque dois ordenamentos distintos contêm disposições que sujeitam a tributação um mesmo facto tributário, enquanto elemento caracterizador do imposto, independentemente do momento da liquidação ou cobrança do tributo. O autor prescinde da sobreposição dos períodos de tributação visto que se há identidade do facto tributário, “idêntico será o aspeto temporal, sendo indiferente o momento da liquidação ou da cobrança ou o ano orçamental de referência”¹⁶¹. Ainda na doutrina nacional, destaca-se o entendimento de Courinha¹⁶² que apenas exige a identidade do período tributário no caso dos rendimentos-produto. Assim, as mais valias – que representam o rendimento acréscimo por excelência – prescindem da identidade do período tributário enquanto requisito para a existência da dupla tributação jurídica. Deste modo, bastaria que dois ordenamentos distintos tributassem através de impostos equivalentes um mesmo rendimento auferido por um sujeito passivo, independentemente dos impostos terem sido liquidados em momentos distintos.

No entanto, quando os Estados celebraram o tratado fiscal, certamente não aceitaram comprimir o seu poder tributário indefinidamente, transcendendo o período de tributação. Tendo em consideração que o sujeito passivo pode alienar o ativo, por exemplo, 30 anos depois da deslocalização societária, seria forçado assumir que os Estados estariam dispostos a ver o seu poder tributário comprimido por um lapso temporal que, muito provavelmente, ultrapassa o tempo de vida de uma CDT.

Deste modo, apesar de considerarmos que não deve ser adotada uma noção rígida de dupla tributação jurídica que exija a simultaneidade da tributação nos diferentes ordenamentos, consideramos que a existência de dupla tributação jurídica não é uma questão inequívoca. Neste sentido, não valoramos de igual modo a situação em que o sujeito passivo aliena o ativo no ano da alienação e a circunstância em que o contribuinte o faz, por exemplo, 20 anos após a saída do Estado de emigração – visto que, à medida que o tempo passa, a ligação do rendimento ao Estado de emigração será cada vez menor.

¹⁶⁰ Cf. PIRES, M (1984), “*Da Dupla Tributação Jurídica Internacional Sobre o Rendimento*”, pp.70-76 *Apud* AZEVEDO, A. (2017), p.37.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² COURINHA, G. (2020), p.168.

Pelo exposto, cremos que a verificação da dupla tributação dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto.

Importa ainda mencionar que esta questão não se coloca no âmbito dos *trailing taxes* visto que apenas há lugar à liquidação destes tributos quando o ativo é efetivamente alienado, havendo coincidência dos períodos tributários dos impostos levados a cabo pelos Estados de emigração e imigração.

Para além da disparidade do período tributário, colocam-se outras questões que contribuem para o aumento das nossas dúvidas acerca da existência de dupla tributação jurídica, designadamente o facto de a identidade da base tributária muitas vezes não ser clara.

Quando a pessoa coletiva emigra e se torna residente fiscal noutra Estado, pode decidir alienar o seu ativo – ativo esse que esteve sujeito a tributação à saída. No entanto, a pessoa coletiva pode optar por alienar apenas uma parte do ativo que esteve sujeito a tributação à saída, o que esbate a existência de identidade da base tributária, visto que uma parcela do ativo que esteve sujeito a tributação à saída, não será tributada. Além disso, caso a pessoa coletiva aliene o ativo no âmbito da sua atividade empresarial, as mais valias possivelmente decorrentes dessa alienação encontram-se diluídas no cômputo do lucro tributável, pelo que, mais uma vez, não é nítida a existência da coincidência da base tributária¹⁶³ e existência de dupla tributação jurídica.

Pelo exposto, consideramos que a liquidação de um imposto de saída e a tributação da realização do ativo da sociedade emigrante no Estado da sua nova residência não conduzem necessariamente à dupla tributação jurídica do sujeito passivo.

Como tal, não havendo dupla tributação jurídica, a CMOCDE não será aplicável aos impostos de saída imediatos.

¹⁶³ Isto resultará ainda mais claro caso não haja lugar à tributação da pessoa coletiva devido à existência de prejuízos ou até à dedução de prejuízos de anos anteriores.

3.3. Uso abusivo de convenções

Parte da doutrina que considera que estão preenchidos os requisitos para a aplicação do tratado fiscal e pugna pela aplicação da CMOCDE, entende que o Estado da residência deve ser considerado o Estado da imigração. Assim, quando o Estado de saída líquida o *exit tax*, na ótica dessa doutrina, está a tributar um rendimento cuja competência não lhe está alocada, violando o tratado fiscal e cometendo *treaty override*¹⁶⁴. Apesar de não concordarmos com este entendimento, – visto que consideramos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída e que, como tal, não é possível os Estados violarem um tratado que não se afigura aplicável¹⁶⁵ - entendemos que a sua análise é pertinente no âmbito da presente dissertação e que ajudará a demonstrar a inaplicabilidade da CMOCDE em caso de tributação à saída.

Apesar de a questão do *treaty override* habitualmente ser analisada sob a perspetiva da qualificação dos Estados Contratantes como monistas ou dualistas¹⁶⁶, consideramos mais pertinente analisar a interação entre o tratado e as disposições internas dos Estados Contratantes, visto que está em causa a coordenação das leis internas dos Estados Contratantes que se obrigam a limitar a sua competência tributária em virtude da aplicação do tratado fiscal¹⁶⁷.

Conforme referimos no primeiro capítulo, as finalidades da CMOCDE não se esgotam na eliminação da dupla tributação jurídica internacional, visando também, mas não só, prevenir a evasão fiscal e a dupla não tributação¹⁶⁸. O §56 do Comentário ao art.1º CMOCDE refere vários exemplos de uso abusivo das convenções, destacando a emigração do sujeito passivo com o intuito de alienar o ativo noutro Estado onde não é tributado ou, sendo-o, está sujeito a uma tributação diminuta.

Deste modo, destaca-se a importância da consagração de disposições anti abuso a nível interno, designadamente através da introdução de impostos de saída nos ordenamentos dos Estados Contratantes¹⁶⁹ para evitar a utilização inapropriada dos tratados.

¹⁶⁴ De acordo com o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, este fenómeno consiste no facto de um Estado adotar legislação que frustre o que resulta dos tratados internacionais Cf. <https://doi.org/10.1787/1c05c36b-en>, pp.2-3.

¹⁶⁵ Vide SEILER, M. (2013), p.582. ROCH, M. (2016), p.493.

¹⁶⁶ GASCO, A.Z. (2017), p.62.

¹⁶⁷ DE PIETRO, C. (2015), pp.75-76.

¹⁶⁸ Cf. §54 do Comentário ao Art.1º da CMOCDE.

¹⁶⁹ A aplicação deste mecanismo prevenirá as emigrações dos contribuintes para realizar o ativo em jurisdições de menor tributação Vide §69 do Comentário ao Art.1º CMOCDE.

Contudo, as disposições internas podem consagrar soluções distintas daquelas que resultam da CMOCDE¹⁷⁰ – como se verificaria no âmbito da tributação à saída, caso entendêssemos que o Estado da residência corresponde ao Estado da imigração. Caso isso aconteça, deve prevalecer a solução convencional, conforme resulta dos artigos 26º e 27º da CV69¹⁷¹.

Ainda que a liquidação de um imposto de saída possa contender com o conteúdo dos tratados, se estiver em causa uma utilização abusiva da convenção, os Estados Contratantes não têm de conceder os benefícios resultantes da aplicação do tratado fiscal – sendo que o juízo sobre o uso abusivo dos tratados não deve ser feito levianamente¹⁷².

De acordo com o consagrado no §61 do Comentário ao Art.1º CMOCDE, os benefícios da aplicação da CDT não devem ser concedidos quando o principal propósito do contribuinte tenha sido garantir uma posição fiscal mais favorável e um tratamento fiscal mais vantajoso¹⁷³, contrariando o que resultaria das convenções. Atualmente, na sequência da Ação 6 do Plano BEPS, a versão de 2017 da CMOCDE consagra no art.29/9¹⁷⁴ CMOCDE uma regra geral anti abuso que, caso seja aplicável, nega a concessão do benefício decorrente da CDT.

Neste sentido, se existe dupla tributação jurídica internacional, isso significa que houve identidade do período tributário. Assim, se o sujeito passivo emigrou e de seguida alienou o ativo, isso pode indiciar que uma das únicas motivações da mudança de residência fiscal foi a poupança fiscal e o aproveitamento das diferenças entre os sistemas tributários dos Estados, pelo que poderemos estar perante uma utilização abusiva dos tratados. Se assim for, faz sentido que essa atuação abusiva afaste a aplicação da CMOCDE que tem como uma das suas finalidades o combate à evasão fiscal.

Importa sublinhar que o Comentário faz referência apenas a emigrações com o intuito de alienar o ativo em Estados de menor ou nenhuma tributação, não fazendo qualquer distinção entre a emigração de boa fé e aquela que configura uma forma de *treaty shopping*¹⁷⁵. Pelo exposto, entendemos que a emigração não deve ser percecionada como

¹⁷⁰ Cf. §67 do Comentário ao Art.1º CMOCDE.

¹⁷¹ Cf. §70 do Comentário ao Art.1º CMOCDE.

¹⁷² Cf. §§60-61 do Comentário ao Art.1º CMOCDE. BROE, L. (2002), p.66.

¹⁷³ Este princípio coloca algumas questões sobre o planeamento fiscal das empresas, nomeadamente no que concerne a sua reorganização. No entanto, por se afastarem do escopo do presente estudo, não as iremos abordar.

¹⁷⁴ Importa mencionar que muitas CDT, por serem celebradas antes de 2017, ainda não consagram a regra geral anti abuso aditada na sequência da Ação 6 do Plano BEPS. Nessa circunstância, as disposições continuarão a negar o benefício decorrente da aplicação do tratado fiscal com base no princípio consagrado no §61 do Comentário ao Art.1º CMOCDE. Cf. §74 do Comentário Art.1º CMOCDE.

¹⁷⁵ BERETTA, G. (2019), p.104.

uma presunção absoluta de evasão fiscal¹⁷⁶, visto que nem todas as deslocalizações têm motivações evasivas¹⁷⁷ e podem dever-se a um rol de fatores que não estão corporizados nos tratados, como a procura de um regime de responsabilidade dos administradores mais favorável. Consideramos que o juízo da utilização não deve ser feito de forma leviana e deve atender às circunstâncias do caso concreto.

Além disso, não nos podemos olvidar que os impostos de saída surgiram no domínio da EU legitimando-se no princípio da territorialidade numa vertente temporal e não na prevenção da evasão fiscal. Aliás, o seu intuito é que as receitas sejam tributadas no Estado onde foram geradas.

No entanto, ainda que os impostos de saída tenham surgido efetivamente com base no princípio da territorialidade numa vertente temporal, atualmente, no contexto pós BEPS em que vivemos e em que se pretende combater a mera erosão da base tributária e a transferência de lucros, estes tributos têm sido encarados como instrumentos de combate à elisão fiscal¹⁷⁸ - veja-se o entendimento de Ana Paula Dourado¹⁷⁹ que os considera uma forma de prevenção da evasão fiscal, tratando-se de uma tributação excecional das mais valias latentes. Deste modo, apesar de entendermos que a emigração não deve ser encarada como um fenómeno necessariamente evasivo, os impostos de saída têm sido encarados como um mecanismo de combate à elisão fiscal.

Por fim, importa reiterar que não consideramos os *exit taxes* uma forma de *treaty override*.

De acordo com Carramaschi¹⁸⁰ estes tributos não serão considerados uma forma de *treaty override* dado que o fator essencial para a verificação deste fenómeno corresponde ao facto de a legislação interna do Estado Contratante afetar imediatamente pessoas que são residentes no outro Estado Contratante e, para além disso, exige-se que um direito tributário exclusivamente alocado ao Estado da residência seja convertido num direito partilhado com o Estado da fonte. Como os impostos de saída são liquidados enquanto a pessoa é residente do Estado de emigração, eles não afetam os residentes do outro Estado Contratante fazendo-os, de repente, serem tributados.

Além disso, o autor considera que não existe *treaty override*, dado que o direito a tributar aquele rendimento é alocado ao Estado de residência que – na sua ótica – é o

¹⁷⁶ Vide Ac. *Lasteyrie Du Saillant* (§51). LEBRE, G. (2019), p.118.

¹⁷⁷ TAVARES, T. (2018), p.298.

¹⁷⁸ Os *exit taxes* surgem na DAE como um mecanismo de combate à elisão fiscal.

¹⁷⁹ DOURADO, A. (2017), p.113.

¹⁸⁰ CARRAMASCHI, B. (2008), p.289.

Estado de saída¹⁸¹. Carramaschi entende que a única maneira de se atender à residência atual do sujeito passivo seria atender a eventos futuros aquando da liquidação do imposto – o que considera demasiado rebuscado. Acrescenta ainda que o facto gerador de imposto escolhido pelo Estado de emigração no âmbito da sua soberania tributária não pode ser percecionado como uma violação do tratado¹⁸².

Em suma, consideramos que a liquidação de um imposto de saída não deve ser percecionada como uma forma de *treaty override*, sendo legítimo que o Estado de emigração recorra a estes tributos.

Apesar de defendermos que não há lugar à aplicação da CMOCDE, caso adotássemos o entendimento de que a CMOCDE era, em abstrato, aplicável aos impostos de saída por existir dupla tributação jurídica internacional, consideramos que existindo identidade do período tributário, isso indicará uma utilização potencialmente abusiva dos tratados fiscais que deve ser analisada casuisticamente e que muito provavelmente sustentará a não aplicação da CMOCDE.

Capítulo 4. Apreciação global

4.1. A CMOCDE é aplicável aos impostos de saída?

Como tentámos demonstrar ao longo da presente dissertação, a resposta a esta questão não é consensual ou unívoca e dependerá da consideração de diferentes fatores.

Não obstante a CMOCDE ser compatível com a tributação de mais valias latentes, não consideramos que seja aplicável aos impostos de saída imediatos visto que cremos que a sua liquidação configura uma matéria estritamente nacional. Conforme reiterámos anteriormente, cabe no âmbito da soberania tributária dos Estados a decisão quanto à tributação dos seus residentes, podendo decidir como, quando e se os tributa. Neste sentido, aquando a liquidação, o Estado de emigração está a tributar um residente no âmbito da sua soberania tributária, havendo apenas a nuance de ter escolhido como momento de mensuração do valor do ativo, a emigração ao invés da realização do rendimento.

¹⁸¹ Não havendo, por isso, *treaty override* já que o Estado de emigração teria competência para tributar aqueles rendimentos.

¹⁸² CARRAMASCHI, B. (2008), p.291.

Consideramos ainda que é dúbia a existência de dupla tributação jurídica internacional, sobretudo pela provável disparidade entre períodos tributários. Ainda que adotássemos uma noção de dupla tributação que dispensasse a identidade do período tributário, consideramos que com o decorrer dos anos o vínculo que liga o Estado de emigração ao rendimento é cada vez menor, dificultando a verificação de dupla tributação jurídica. No entanto, entendemos que a identidade do período tributário é exigível, visto que os Estados quando concordaram restringir o seu poder tributário na sequência da celebração da CDT, certamente não hão de ter concordado restringi-lo indefinidamente.

Na hipótese de se verificar identidade do período tributário, tal poderá indiciar um comportamento abusivo do sujeito passivo que sustenta a não aplicação da CMOCDE que visa, além de eliminar a dupla tributação, combater a evasão fiscal.

Pelo exposto, consideramos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída imediatos.

No que concerne os *trailing taxes*, entendemos que não estamos perante uma questão estritamente nacional e que existe dupla tributação jurídica internacional, visto que nesta modalidade de *exit tax* existe identidade do período tributário dado que ambos os Estados tributam o sujeito passivo quando se verifica a alienação do ativo. Assim, o art.13/5 CMOCDE seria a norma adequada para lidar com esta situação, mas sucede que ele atribui a competência tributária ao Estado da residência. Como ambos os Estados reivindicam essa qualidade, somos forçados a recorrer aos critérios de desempate que, por remeterem para um procedimento amigável, não são sinónimo de resolução desta situação – pelo que se efetivamente não se chegar a uma solução, ambos os Estados seriam considerados o Estado da residência e só restaria recorrer aos mecanismos corretivos consagrados na CMOCDE que, por não estarem redigidos no pressuposto de um conflito residência-residência, não eliminariam a dupla tributação.

Pelo exposto, consideramos que a redação da CMOCDE reitera a nossa convicção de que não se destina a reger este tipo de situações. Esta posição é enfatizada pela tendência crescente de os Estados introduzirem nas suas CDT disposições que preveem especificamente a tributação à saída¹⁸³, o que, na nossa opinião, reforça o entendimento de que a CMOCDE não é, tal como se encontra configurada, aplicável aos impostos de saída.

¹⁸³ MOSER, K. (2019), p.39.

4.2. Propostas para eliminar a dupla tributação

Consideramos criticável o facto de a CMOCDE não considerar os eventos migratórios na sua redação, sobretudo quando a legitimidade da tributação à saída corresponde a um tema que gerou bastante discussão na última década.

Conforme referimos anteriormente, devido ao facto de a CMOCDE desconsiderar as operações de reorganização societária por via da emigração, os Estados veem-se obrigados a desviarem-se da CMOCDE consagrando medidas adequadas a lidar com este tipo de circunstâncias – designadamente no que concerne os *trailing taxes*.

Na nossa opinião as CDT são, por excelência, o instrumento mais adequado para lidar com a eliminação da dupla tributação emergente da tributação à saída. Deste modo, cumpre encontrar soluções de modo a compatibilizar este instrumento com a aplicação de impostos de saída pelos Estados contratantes.

A primeira solução que propomos passa pela alteração do texto convencional de modo a refletir esta realidade. Assim, propomos que seja consagrado um art.13/6 que seria redigido da seguinte forma: “O disposto no número anterior não afeta o direito de cada Estado Contratante tributar, de acordo com a sua legislação interna, os ganhos decorrentes da alienação do ativo auferidos por um residente do outro Estado contratante. Esta disposição só será aplicável se o alienante for ou tiver sido residente do primeiro Estado Contratante no decurso dos 3 anos anteriores ao momento em que o ganho é efetivamente auferido. Passado esse período, a competência tributária é exclusivamente alocada ao Estado da residência”¹⁸⁴.

Em alternativa, propomos a consagração convencional ou por via unilateral de um mecanismo *step-up*, à semelhança do que acontece na EU por força da transposição da ATAD que obriga os EM à adoção deste mecanismo.

O mecanismo *step-up* consiste no facto de Estado de imigração, no caso de uma emigração intra-EU, ter de aceitar¹⁸⁵ o valor de realização estabelecido pelo EM de emigração como valor de aquisição dos ativos para efeitos fiscais. Este mecanismo corresponde a uma regra absoluta da qual os EM não se podem desviar¹⁸⁶. A sua utilização permite que o imposto de saída incida apenas sobre as mais valias que se geraram no

¹⁸⁴ Esta proposta é inspirada na CDT PT-CA.

¹⁸⁵ Apenas não terá de o fazer caso o valor adotado não reflita o valor de mercado Cf. Arts.5/5 e 5/6 ATAD. LETIZIA, G. (2020), p.37.

¹⁸⁶ PEETERS, S. (2017), p.132. HERNÁNDEZ, P. (2018), p.223. Em Portugal, no âmbito da tributação das pessoas coletivas, este mecanismo encontra-se plasmado no art.46/14 CIRC.

território do Estado de emigração, excluindo da sua alçada a tributação de rendimentos que se geraram na esfera do contribuinte quando este ainda não era seu residente¹⁸⁷.

Caso o Estado de imigração não adote um mecanismo *step-up*, provavelmente o sujeito será duplamente tributado, visto que o país de acolhimento não irá ter em consideração o imposto de saída pago no Estado de emigração, gerando assim a sobreposição da base tributária. No entanto, caso não haja lugar à tributação à saída e o Estado de imigração não tribute as mais valias, verificar-se-á a dupla não tributação – o que também corresponde a um fenómeno indesejado¹⁸⁸.

Deste modo, a ocorrência de dupla tributação também depende do método de cálculo da mais valia utilizado pelo Estado de imigração¹⁸⁹, pelo que a imposição da adoção de um mecanismo *step-up* permitirá precluir a dupla tributação existente devido à adoção de um imposto de saída¹⁹⁰.

Revela-se algo caricato que a DAE, que não tem qualquer propósito de eliminação da dupla tributação, demonstre maior consideração pelo fenómeno de reorganização empresarial por via da emigração e seja mais eficaz a eliminar a dupla tributação emergente da aplicação dos *exit taxes* através da imposição de um mecanismo *step-up* – pelo menos num contexto de emigrações intra-EU - do que um instrumento que tem essa finalidade.

Em alternativa, propomos a consagração do princípio da acumulação¹⁹¹, sendo que esta proposta pode ser consagrada unilateralmente pelos Estados ou ser incluída nos tratados. Esta solução consubstanciar-se-ia numa solução justa e que consistia no facto de cada Estado poder tributar a parcela de mais valias que se gerou no seu território durante o período em que o sujeito passivo foi aí residente – assim, dividir-se-ia a receita fiscal consoante o lugar onde o rendimento se gerou.

Em suma, caberá sempre ao Estado de imigração lidar com esta questão que não é resolvida pela CMOCD, podendo optar por ignorar o problema (mantendo-se a existência de dupla tributação), adotar um mecanismo *step-up* ou considerar o valor de aquisição originário do ativo e conceder um crédito de imposto correspondente ao encargo suportado pelo imposto de saída¹⁹².

¹⁸⁷ BROE, L. (2002), p.55.

¹⁸⁸ Vide <https://doi.org/10.1787/9789264241695-en>, p.91, §68.

¹⁸⁹ KORT, J. (2003), p.105.

¹⁹⁰ HOKE, W. (2020), p.951.

¹⁹¹ KORT, J. (2003), p.106.

¹⁹² COURINHA, G. (2020), p196.

5. Conclusões

- I. Os Estados podem adotar diferentes critérios de tributação, sendo a residência o critério adotado pela maioria.
- II. Quando a sociedade deixa de ser residente fiscal devido à emigração, o Estado deixa de a poder tributar pelo seu rendimento global, gerando-se uma perda de receita tributária para o Estado de saída.
- III. Caso o Estado de saída considere a emigração um facto gerador de imposto, verificar-se-á a liquidação de um *exit tax*.
- IV. Esta reacção do Estado de saída pode assumir diferentes modalidades, destacando-se os impostos de saída imediatos, *os trailing taxes* e os impostos de saída que visam a dedução de benefícios fiscais.
- V. A liquidação de impostos de saída associada à tributação da realização de mais valias pelo Estado de imigração poderá conduzir à dupla tributação. Neste sentido, cumpre aferir se a CMOCDE é aplicável aos impostos de saída.
- VI. A discussão da aplicabilidade da CMOCDE depende do preenchimento do âmbito subjetivo e objetivo do tratado
- VII. Quanto ao âmbito subjetivo não se levantam dúvidas sobre o seu preenchimento visto que, independentemente da modalidade de *exit tax* adotada, o sujeito passivo será sempre residente de um dos Estados Contratantes.
- VIII. Considerámos que o âmbito objetivo da CMOCDE também se encontra preenchido visto que, caso adotemos a teoria do rendimento acréscimo, será defensável que os impostos de saída correspondem a impostos sobre o rendimento.
- IX. Apesar de considerarmos que o escopo do tratado se encontra preenchido, cumpre aferir se alguma das disposições da CMOCDE é apta a regular a distribuição da competência tributária no âmbito dos impostos de saída. Esta questão dependerá do tipo de *exit tax* adotado pelo Estado de emigração
- X. Entendemos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída imediatos visto estarmos perante uma questão estritamente nacional. O imposto é aplicado a um residente do Estado de emigração imediatamente antes da perda de residência fiscal. Os Estados podem decidir que rendimentos dos seus residentes hão de tributar, assim como e quando o farão. Neste sentido, a

emigração corresponde a um facto gerador de imposto tão legítimo como a realização. Ademais, consideramos dúbia a existência de dupla tributação jurídica decorrente da liquidação de *exit taxes* devido à provável disparidade entre períodos tributários. No entanto, quando existe identidade dos períodos tributários, isso pode indiciar uma utilização abusiva do tratado fiscal por parte do sujeito passivo que sustentará a sua não aplicação – visto que um dos seus objetivos é prevenir a evasão fiscal.

- XI. No que concerne os *trailing taxes* entendemos que estariam preenchidos os requisitos para aplicação do art.13/5 CMOCDE. No entanto, tendo em consideração que os Estados da emigração e imigração reivindicam simultaneamente o estatuto de Estado da residência, temos de recorrer aos critérios de desempate consagrados no art.4/3 CMOCDE visto que a aplicação da CMOCDE exige a unicidade convencional da residência. Contudo, da aplicação destes critérios pode não resultar qualquer acordo e, assim sendo, ambos os Estados serão tidos como Estado da residência – o que irá gerar um impasse, visto que os mecanismos corretivos previstos nos artigos 23-A e 23-B CMOCDE não estão redigidos de modo a abranger um conflito residência-residência, pelo que não haveria lugar à eliminação da dupla tributação jurídica internacional.
- XII. Assim, para se aplicar a CMOCDE à tributação à saída os Estados têm de aditar disposições que prevejam especificamente a tributação à saída, de modo a refletir a realidade das reorganizações empresariais por via da emigração. Caso o texto convencional permaneça inalterado, os Estados poderão recorrer unilateralmente à consagração de um mecanismo *step-up* ou até à consagração do princípio da acumulação.
- XIII. Em suma, consideramos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída imediatos e que só poderá ser eficazmente aplicável aos *trailing taxes* caso existam alterações ao texto convencional.

Bibliografia

I - Livros e Artigos

- ARNOLD, Brian J. (2014). *An Introduction to Tax Treaties*. https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-06/TT_Introduction_Eng.pdf
- AZEVEDO, Patrícia Azevedo (2017). A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar. *Cadernos de Direito Actual*, 6, 31–65.
- BERETTA, Giorgio (2019). Cross-border Mobility Of Individuals and the Lack of Fiscal Policy Coordination Among Jurisdictions (Even) After the BEPS project. *Intertax*, 47(1), 91–112.
- BETTEN, Rijkele (1998). *Income tax aspects of emigration and immigration of individuals*. IBFD.
- BRAGA, António Pedro (2011). *The Corporate Exit Taxes and the EU. A special reference to the Portuguese Regime*. Tese de Mestrado. London, Institute of Advanced Legal Studies at University of London
- BRANDSTETTER, Patrícia (2010). *The substantive scope of Double Tax Treaties – a Study of Article 2 of the OECD Model Conventions*. Tese de Doutoramento. Viena, WU Vienna University of Economics and Business
- BRILMAN, LOES (2013). *Emigration and immigration of a business: impact of taxation on European and global mobility*. Tese de Mestrado. Tilburg, Tilburg University
- BROE, Luc de (2002). *The tax treatment of transfer of residence by individuals*. General Report IFA
- BROE, Luc De, & WILLOQUÉ, Katrien (2011). Exit Taxes on Substantial Shareholdings and Pension Claims: The Dutch Supreme Court’s Interpretation of Arts. 13, 15 and 18 of the OECD Model. In *Tax Polymath: a life in international taxation* (pp. 228–249). IBFD.

- CARRAMASCHI, Bruno (2008). Exit Taxes and the OECD Model Convention. *Tax Notes International*, 49(3).
- CEJIE, Katia (2012). Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond. *Intertax*, 40(6), 382–399.
- CHAND, Vikram (2013). Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis. *Bulletin for International Taxation*, 67(4/5).
- COURINHA, Gustavo Lopes (2020). *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjetivo De Convenções*. Almedina, Coimbra
- DOURADO, Ana Paula (2015). Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, 43(1), 42–57.
- , (2017). *Governança Fiscal Global*. Almedina, Coimbra
- GASCO, Alejandro Zapatero (2017). El BVferG abre la puerta a la constitucionalidad del treaty override en Alemania. *Crónica tributaria*, 1, 60–72.
- GONZALEZ-BARREDA, Pablo Hernández (2019). Exit Taxes: One Size Should Not Fit All. In *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (pp. 191–226). Wolters Kluwer.
- HOKE, William (2020). Dutch Exit Tax Bill Targeting Unilever Raises Legal Issues. *Tax Notes International*, August, 951–953.
- HUG, Johanna Clara (2015). *The Taxation of Gains derived from the Alienation of Shares in Real Estate Companies Under the OECD Model Tax Convention*. Tese de Mestrado em Direito. Maastricht, Faculty of Law at Maastricht University
- KORT, J. W. J. (2003). Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder: an Infringement of Article 13 of the OECD Model Convention? *Intertax*, 31(3), 102–106.
- KUBICOVÁ, Jana (2016). Exit Tax In The World Of Companies And Individuals. *Globalization And Its Socio-economic Consequences*, 68–70.

- LANG, Michael (2005). “Taxes Covered” – What is a “Tax” according to Article 2 of the OECD Model? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, June, 216–223.
- LEBRE, Gabriel (2019). *Os impostos de saída como instrumento de combate à elisão fiscal no contexto da Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016*. Tese de Mestrado em Direito Tributário. Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho
- LETIZIA, Giulia (2020). The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation. *EC Tax Review*, 1, 33–37.
- MAN, Fernando De, & ALBIN, Tiiu (2011). Contradicting views of exit taxation under OECD MC and TFEU: are exit taxes still allowed in Europe? *Intertax*, 39(12), 613–625.
- MARQUES, Rui (2020). *Código do IRC – Anotado e Comentado*. 2ª Edição, Almedina, Coimbra
- MOSER, Karen (2019). *Exit Taxes in the Context of Double Tax Treaties: Is the Individual Emigration from South Africa Protected Against Double Taxation?*. Tese de Mestrado. Cape Town, Faculty of Commerce at University of Capetown
- NETO, Luís Flávio (2015). *Os “contextos” na interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. Tese de Doutoramento. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010). Exit Taxation of Companies in Portugal. *European Tax Studies*, 9, 9–28.
- , (2011). A dupla residência fiscal de pessoas singulares – enquadramento da questão nos planos interno, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano IV (1).
- , (2019). Luís Flávio Neto, International Tax Law: “Context” in the Interpretation and Application of Double Tax Treaties. *Intertax*, 47(1), 125–126.

- PANAYI, Christiana Hji (2009). Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes. *Bulletin For International Taxation*, 16(October), 459–473.
- , (2011). Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 13, 245–281.
- PEETERS, Steven (2013). Exit Taxation on Capital Gains in the European Union: A Necessary Consequence of Corporate Relocations? *European Company and Financial Law Review*, 10(4), 507–522.
- , (2017). Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 3, 122–132.
- PEREIRA, Paula Rosado (2010). *Princípios de Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*. Almedina, Coimbra
- PICHEL, Paulo (2013). *O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia*. Tese de Mestrado em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto
- PIETRO, Carla de (2015). Tax Treaty Override and the Need for Coordination between Legal Systems: Safeguarding the Effectiveness of International Law. *World Tax Journal*, February, 1–25.
- RIBEIRO, João Sérgio (2018). *Tributação Presuntiva do Rendimento: Um Contributo Para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável*, Almedina, Coimbra
- , (2019). *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra
- RIBES, Aurora Ribes (2015). Un nuevo exit tax en el ordenamiento español: el artículo 95 bis LIRPF. *Cronica Tributaria*, 154, 119–138.
- ROCH, María Teresa Soler (2016). Exit tax: a fair balance? In *Practical Problems in European and International Tax Law* (pp. 483–489). IBFD.

SANCHES, José Saldanha (2007). *Manual de Direito Fiscal*. 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra

SEILER, Markus (2013). Exit Taxation Arising from a Deemed Disposal of Shares. *Bulletin for International Taxation*, Novembro, 580–583.

SILVA, Diana (2013). *Impostos de saída: Fundamento e Limites*, Tese de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal. Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho

SIMONTACCHI, Stefano (2007). *Taxation of Capital Gains Under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property*. Kluwer Law International.

SOUSA, António Frada de (2009). Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio. *The Jean Monnet Working Papers*. 7, 3-82

TAVARES, Tomás (2018). *IRC e Contabilidade – Da Realização ao Justo Valor*. Almedina, Coimbra

VOGEL, Klaus. (1986). Double Tax Treaties and Their Interpretation. *International Tax & Business Lawyer*, 4(1), 1–85.

XAVIER, Alberto (2017). *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra

II- Documentos de Organizações Internacionais

OCDE (2015). *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241695-en>

----, (2019). “Introduction”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/a5b41c54-en>

----, (2019). “Tax Treaty Override”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1c05c36b-en>

III- Lista jurisprudencial

1988

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 27.09.1988, Processo nº C-81/87, *Daily Mail*.

1995

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 14.02.1995, Processo C-279/93, *Schumacker*.

1999

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 21.09.1999, Processo nº C-307/97, *Saint-Gobain*.

2004

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 11.03.2004, Processo nº C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*.

2008

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 16.12.2008, Processo nº C-210/06, *Cartesio*.

2011

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 29.11.2011, Processo nº C-371/10, *National Grid Indus*.

2012

Supreme Court of Appeal of South Africa decision, 8.05.2012, Processo nº 132/11, *SARS v. Tradehold Limited*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 6.09.2012, Processo nº C-38/10, *Comissão/Portugal*.

2014

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 23.01.2014, Processo nº C-164/12, *DMC*.

2015

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 21.05.2015, Processo nº C-657/13, *Verder LabTec*.

Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia, 19.11.2015, Processo C-241/14, *Bukovansky*.

2016

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 13.07.2016, Processo nº C-18/15, *Brisal*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 7.09.2016, Processo nº C-470/04, *N*.