



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **Da Tributação da Transparência Fiscal Estrangeira**

**Contributo para um tema atípico em Portugal**

Telmo João Ferreira Alves Bárcia Soares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **Da Tributação da Transparência Fiscal Estrangeira**

**Contributo para um tema atípico em Portugal**

Telmo João Ferreira Alves Bárcia Soares

Orientador: Professor Doutor Filipe Cerqueira Alves

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

*Nem tudo o que parece, é, nem tudo o que é, o parece ser. Mas entre o ser e o parecer há sempre um ponto de entendimento, como se ser e parecer fossem dois planos inclinados que convergem e se unem.*

*Há um declive, a possibilidade de escorregar nele, e, assim acontecendo, chega-se ao ponto em que, ao mesmo tempo, se contacta com o ser e o parecer.*

José Saramago, *Claraboia*

## RESUMO

O nosso estudo incidiu sobre a transparência fiscal estrangeira, tendo-se focado na análise dos efeitos jurídico-tributários que devem ser reconhecidos, em Portugal, em face de negócios jurídicos que envolvam entidades consideradas transparentes nos ordenamentos jurídicos de origem.

Neste contexto, iniciamos o nosso contributo pela delimitação do conceito de transparência fiscal no âmbito nacional. Tal exercício permitiu-nos lançar mão de uma análise comparativa, por forma a alcançar uma definição do conceito de transparência fiscal estrangeira.

De seguida, traçamos uma previsão dos regimes relevantes ao abrigo do enquadramento jurídico-tributário (nacional e internacional) em face do encontro entre o ordenamento nacional e as entidades transparentes estrangeiras.

Quanto ao enquadramento internacional, concluímos que a posição melhor fundamentada é aquela que recusa a tais entidades o acesso às CDT's celebradas por Portugal, por incumprimento das normas relativas à residência convencional.

Por outro lado, verificamos que as consequências sentidas no seio do enquadramento tributário nacional advirão primordialmente dos efeitos colaterais resultantes da conclusão anterior. De entre os quais, destacamos a repercussão negativa na aplicação do regime dos RNH, a qual parece ficar prejudicada.

Ademais, efetuamos de igual forma uma análise crítica dos argumentos em favor da defesa do reconhecimento automático interno da transparência fiscal estrangeira, tendo concluído que o mesmo contende com o princípio da legalidade tributária.

Por último, consultamos também as soluções normativas adotadas pelas demais jurisdições, em face da transparência fiscal estrangeira, tendo identificado uma clara tendência no sentido da regulação normativa expressa de tal fenómeno.

**Palavras-Chave:** Transparência fiscal estrangeira; Entidades transparentes estrangeiras; Residentes não habituais; Acesso às CDT's; Categorias de rendimentos; Princípio da legalidade tributária; Princípio da igualdade.

## **ABSTRACT**

Our study centered on foreign tax transparency, focusing particularly on what tax effects (if any) should be recognized in Portugal regarding transactions involving entities that are classified as transparent in their respective tax systems.

In this context, we elected to begin our work by defining the concept of tax transparency at the national level. This exercise allowed us to conduct a comparative analysis, in order to achieve a definition of the concept of foreign tax transparency.

Subsequently, we prepared an outline of the relevant tax regimes under the (national and international) framework, in light of the encounter between the national legal system and foreign transparent entities.

As for the international framework, we concluded that the better-founded position is the one that denies such entities access to the tax treaties concluded by Portugal, due to their non-compliance with conventional residence rules.

On the other hand, we have found that the consequences felt within the national tax framework will primarily stem from collateral effects resulting from the previous conclusion. Among these, we highlighted the negative impact on the application of the NHR regime, which appears to be hindered.

Furthermore, we also conducted a critical analysis of the arguments in favour of the position that advocates for an automatic domestic recognition of foreign tax transparency and, therefore, we concluded that it conflicts with the tax legality principle.

Finally, we also consulted the solutions adopted by other jurisdictions regarding foreign transparent entities and, in the process, we identified a clear trend towards the creation of express normative provisions meant to deal with such phenomenon.

**Keywords:** Foreign tax transparency; Foreign transparent entities; Non-Habitual Residents; Access to DTTs; Income categories; Principle of tax legality; Principle of equality.

# ÍNDICE

LISTA DE ACRÓNIMOS E ABREVIATURAS.....	9
1. INTRODUÇÃO.....	11
1.1 Declaração de intenções.....	10
1.2 Problemática de investigação.....	10
1.3 Metodologia.....	11
2. DO CONCEITO MUTACIONAL DE TRANSPARÊNCIA FISCAL.....	12
2.1 Da opacidade à transparência fiscal: uma introdução.....	12
2.2 Dos fundamentos da transparência fiscal.....	14
2.3 As faces da transparência fiscal em Portugal.....	16
2.3.1 Entidades transparentes (art.º 6 do CIRC).....	16
2.3.2 <i>Controlled foreign companies</i> (art.º 20, n.º 3 do CIRS e 66 do CIRC).....	20
3. DA TRIBUTAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA FISCAL ESTRANGEIRA.....	23
3.1 Uma perspetiva incomum: a transparência fiscal estrangeira.....	23
3.2 Descrição das operações ( <i>outbound vs inbound</i> ).....	23
3.3 Do acesso das entidades transparentes estrangeiras aos tratados.....	24
3.3.1 Da evolução das medidas propostas pela OCDE.....	27
3.3.2 Da posição do Estado Português.....	30
3.3.3 Os nossos comentários.....	34
3.4 Do enquadramento tributário interno.....	38
3.4.1 Do regime dos residentes não habituais.....	38

4. DO RECONHECIMENTO DA TRANSPARÊNCIA FISCAL ESTRANGEIRA.....	40
4.1 Da relevância da temática.....	40
4.2 Da abertura ao direito fiscal estrangeiro.....	41
4.3 Dos limites da aplicação do direito fiscal estrangeiro.....	42
4.4 Das lições do direito comparado.....	46
5. CONCLUSÕES.....	47
BIBLIOGRAFIA.....	49

## LISTA DE ACRÓNIMOS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ATA	Autoridade Tributária e Aduaneira
Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CC	Código Civil
CDT's	Convenções para evitar a Dupla Tributação
CFC's	<i>Controlled Foreign Companies</i>
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
EEE	Espaço Económico Europeu
IFA	<i>International Fiscal Association</i>
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
Ibid.	<i>Ibidem</i>
MLI	<i>Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RNH	Residentes Não Habituais
UE	União Europeia
cf.	<i>Confer</i>
e.g.	<i>Exempli gratia</i>

i.e.	<i>Id est</i>
n.º	Número
op. cit.	<i>Opero citato</i>
p.	Página

# **1. Introdução**

## **1.1 Declaração de intenções**

O nosso contributo terá como objeto principal o estudo da transparência fiscal estrangeira, procurando lançar o debate científico em torno de quais os efeitos jurídico-tributários que devem ou não ser reconhecidos, em Portugal, em face de negócios jurídicos que envolvam entidades transparentes nos ordenamentos jurídicos de origem.

No início, por forma a facilitar a compreensão da temática, importará efetuar uma análise cuidada do conceito de transparência fiscal no âmbito nacional e diferenciando o mesmo do que se deve entender por transparência fiscal estrangeira.

De seguida, será de abordar o tema em dois planos distintos, começaremos por traçar as consequências da inclusão de tais entidades em operações com relevância tributária internacional, questionando o acesso das mesmas às CDT's celebradas por Portugal.

Adicionalmente, procederemos de igual forma a uma análise do enquadramento expeável dos rendimentos obtidos ou gerados por essas no âmbito dos impostos internos sobre o rendimento (IRS / IRC), perspetivando tal investigação tanto à luz das regras de incidência, como na aplicação de determinados benefícios fiscais.

Por último, estudaremos também as soluções adotadas pelo direito comparado, em face da transparência fiscal estrangeira, de modo a tentar identificar as tendências atuais no tratamento de tal tema.

## **1.2 Problemática de investigação**

A presente dissertação, na sua essência, visa responder à seguinte questão: *“No contexto da tributação dos rendimentos das pessoas singulares e / ou coletivas (IRS / IRC), que efeitos jurídico-tributários devem ser atribuídos ao envolvimento de entidades transparentes estrangeiras em atividades tributáveis em Portugal?”*

## **1.3 Metodologia**

Na elaboração da presente tese, procuramos enquadrar o tema de uma perspetiva legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, com especial enfoque na análise de artigos doutrinários nacionais e internacionais. Além do mais, procedemos à consulta de documentos preparados por organizações internacionais, entre as quais destacamos a OCDE e a IFA.

Na redação desta dissertação, no que se refere à formatação, seguimos o manual de estilo da Universidade Católica Portuguesa - Centro Regional do Porto.

## **2. Do conceito mutacional de transparência fiscal**

### **2.1 Da opacidade à transparência fiscal: uma introdução**

A compreensão das consequências tributárias da aposição do estatuto de transparente a uma pessoa coletiva ou a uma entidade fiscalmente equiparada, depende em primeiro plano da forma como um dado sistema tributário percebe os conceitos de “opacidade” e “transparência” para efeitos de tributação. Importa, assim, compreender quais as características associadas a tais conceitos.

Desta forma, importa ter presente que o IRC, por norma, incide sobre o lucro das sociedades e outras pessoas coletivas cuja atividade principal revista natureza empresarial, bem como sobre o rendimento global das pessoas coletivas que não exerçam, a título principal, uma atividade empresarial. (cf. art.º 3, n.º 1, al. a) e b) do CIRC)

Mais ainda, de acordo com as als. c) e d) do referido artigo, o IRC incide também sobre o lucro que seja imputável a estabelecimento estável situado em território português, bem como sobre os rendimentos, categorizados nos termos do IRS, das entidades não residentes que aí não possuam estabelecimento estável ou que, possuindo-o, tais rendimentos não lhe sejam imputáveis.

Porém, note-se que a estrutura do IRC obriga ainda ao cumprimento das normas de incidência pessoal do imposto, pois só é possível tributar um rendimento quando auferido por um sujeito passivo, legalmente reconhecido como tal.

Na maioria dos casos, os sujeitos passivos de IRC serão as pessoas coletivas dotadas de personalidade jurídica, quer esta seja atribuída pela legislação portuguesa ou por um ordenamento estrangeiro.<sup>1</sup> Porém, em casos excecionais, o legislador estende tal estatuto a entidades sem personalidade jurídica, e.g. às que não tenham sede nem direção efetiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS.<sup>2</sup>

No domínio tributário, a personalidade tributária é definida com base na suscetibilidade de certas entidades serem sujeitos de relações jurídico-tributárias, não correspondendo sempre à

---

<sup>1</sup> Cf. Machado, Jónatas e Costa, Paulo, Manual de Direito Fiscal, 2016, p. 302.

<sup>2</sup> Cf. Art.º 2, n.º 1, al. c) do CIRC.

atribuição de personalidade jurídica. Associada a esta, e salvo disposição legal em contrário, encontramos a capacidade tributária de gozo e de exercício, referindo-se a primeira à mera titularidade de direitos e deveres tributários e versando a segunda sobre a medida dos direitos e deveres que cada sujeito passivo pode exercer e fazer cumprir por si.<sup>3</sup>

Adicionalmente, vale a pena referir a distinção terminológica entre “sujeito passivo” e “devedor de imposto”. Com efeito, sujeito passivo será toda e qualquer pessoa, a quem a lei imponha o dever de efetuar uma prestação tributária, a qual tanto poderá abranger a obrigação de pagamento da prestação de imposto, como o cumprimento de outras obrigações acessórias. De modo diverso, o conceito de devedor de imposto é mais restrito, abrangendo somente “(...) o sujeito passivo que deverá satisfazer perante o credor fiscal a obrigação de imposto, isto é, a prestação em que o imposto se concretiza”<sup>4</sup>, correspondendo esta o mais das vezes ao pagamento de uma quantia pecuniária certa.

A incidência subjetiva do IRC é, assim, marcada pelo apuramento autónomo ao nível da entidade de um certo valor económico tributável, nascendo a obrigação de pagamento na esfera da própria entidade. Como tal, as entidades sujeitas a IRC são comumente designadas como entidades opacas: os elementos de incidência tributária verificam-se na sua pessoa e não na pessoa dos seus sócios.

Contudo, não obstante a opacidade constituir o regime geral de tributação, por vezes, o enquadramento circunstancial de certos entes exige que as consequências normais que decorrem da personalidade jurídico-tributária sejam ignoradas em prol de uma abordagem excecional. Nesses casos, o ordenamento irá perseguir o rendimento produzido para além da esfera de tributação da pessoa coletiva, acabando por tributar o mesmo na esfera dos respetivos sócios – estaremos diante de entidades transparentes.

Ora, quanto às entidades transparentes, devemos ressaltar que nem todos seus elementos distintivos constituirão o oposto perfeito daqueles associados às entidades opacas. De facto, para a transparência nacional, é de notar que a pessoa coletiva transparente continuará a ser o centro relevante para o apuramento do valor económico tributável.

Na verdade, num primeiro momento, “(...) tudo se passa como se [essa] fosse o efetivo sujeito passivo de IRC (à exceção da própria tributação, naturalmente), sendo aí quantificada

---

<sup>3</sup> Cf. Nabais, José Casalta, Direito Fiscal, 2017, p. 252.

<sup>4</sup> Cf. *Ibid.*, 2017, p. 249.

*a matéria coletável pela aplicação das regras normais do Código do IRC*”, somente divergindo da opacidade na imputação do lucro aos sócios num momento posterior.<sup>5</sup>

Ainda assim, e sem prejuízo da divisão doutrinal quanto à sua não sujeição ou isenção em sede de IRC<sup>6</sup>, é certo que as entidades abrangidas pelo regime de transparência fiscal, ao contrário das suas contrapartes opacas, não serão tributadas na sua esfera em IRC (cf. art.º 12 do CIRC). Não constituem tão pouco, salvo quanto à tributação autónoma, verdadeiros devedores de imposto, sendo expetável que tal pagamento seja satisfeito em primeira linha pelos sócios da entidade transparente.<sup>7</sup>

Em face do exposto, o conceito interno de transparência reconduz-se, para efeitos tributários, às situações em que os sócios de um ente coletivo, na qualidade de sujeitos passivos de um imposto sobre o rendimento (e.g., IRS), são tributados com base num certo valor económico apurado na esfera da pessoa coletiva, assumindo tais pessoas singulares a obrigação primária de pagamento do imposto assim apurado.

Porém, no plano internacional, notamos que as opções legislativas em torno da transparência fiscal podem adotar uma de duas formas distintas: a transparência “pura” ou a translucência.<sup>8</sup> Na primeira, agrupa os ordenamentos que procedem à imputação direta dos rendimentos e gastos ilíquidos da pessoa coletiva aos participantes, procedendo ao apuramento da matéria coletável na esfera destes.

Na segunda, a determinação da matéria coletável efetua-se ao nível da pessoa coletiva, sendo seguida pela imputação proporcional do rendimento líquido aos participantes. A transparência nacional, em abstrato, pode ser integrada neste último racional, uma vez que a matéria coletável é aferida ao nível da entidade antes de ser imputada aos sócios.

## **2.2 Dos fundamentos da transparência fiscal**

A transparência fiscal, enquanto técnica especial de tributação, não constitui um regime recente tendo sido introduzida no nosso ordenamento pelo Decreto-lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, o qual aprovou o CIRC. Desde da sua publicação, vários foram os contributos doutrinários que lograram sistematizar os fundamentos que levaram à sua criação.

---

<sup>5</sup> Cf. Courinha, Gustavo, Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, 2020, p. 57.

<sup>6</sup> Sobre tal, *vide* Lopes, Micaela, A transparência fiscal contributo para a compreensão do art.º 6 do CIRC, 2018, p. 73-75.

<sup>7</sup> Cf. Morais, Rui, Apontamentos ao IRC, 2007, p. 12-13.

<sup>8</sup> Cf. Wheeler, Joanna, Conflicts in the attribution of income to a person, 2007, p. 28.

Em primeira linha, a motivação mais comumente apontada para a criação deste regime prende-se com a eliminação dos fenómenos de dupla tributação económica. A obtenção de rendimentos através de uma entidade (opaca) envolverá, por norma, pelo menos dois momentos com relevância tributária: (i) em sede IRC, na esfera da entidade, sobre o lucro tributável auferido por esta e (ii) em sede de IRS, enquanto rendimento de capital (categoria E), no momento da distribuição do mesmo lucro aos sócios, sob a forma de dividendos, pelo menos nos casos em que estes sejam pessoas singulares.

Tal modalidade bipartida de tributação parte da diferenciação económica entre a entidade coletiva e a pessoa individual, medida pelas capacidades contributivas de cada elemento da cadeia, as fronteiras das quais se esbatem em entidades onde o elemento pessoal seja fulcral ao sucesso da atividade desenvolvida, tornando incerta a fonte subjetiva do rendimento.<sup>9</sup>

Nesta senda, adotando um prisma distinto sobre o mesmo tema, devemos referir que alguns comentários realçam que este regime procura igualmente introduzir uma maior neutralidade fiscal dentro do sistema de tributação do rendimento.<sup>10</sup> Efetivamente, ao imputar o lucro tributável aos sócios, tal mecanismo procura que a escolha entre a criação de um ente coletivo ou a exploração individual, como estrutura base para a persecução de uma atividade económica, não seja influenciada pela poupança de imposto.

Uma outra perspetiva, sobre os fundamentos deste regime, resulta dos comentários que lhe atribuem um papel preventivo contra a elisão fiscal.<sup>11</sup> Por vezes, o legislador suspeita de certos casos em que a interposição de uma sociedade numa operação económica, de forma artificial, poderá originar economia de imposto. Em tais circunstâncias, a sociedade será utilizada como uma estrutura meramente formal por forma a titular certas fontes geradoras de rendimentos, diferindo-se assim a tributação na esfera dos sócios até ao momento em que estes decidam pela sua distribuição.

Finalmente, é possível encontrar opiniões no sentido de que este regime especial também deve a sua existência a preocupações relacionadas com as exigências de harmonização europeia e com a adaptação da tributação à natureza de certos sujeitos passivos.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Cf. Morais, Rui, op. cit., 2007, p. 29, particularmente quando refere que é “(...) menos clara a existência de diferentes capacidades contributivas. O “valor” da sociedade não resulta tanto do capital investido, mas das pessoas dos sócios, os quais, em muitos casos, nela exercem a sua atividade profissional.”

<sup>10</sup> Cf. Courinha, Gustavo, op. cit., 2020, p. 55.

<sup>11</sup> Cf. Morais, Rui, op. cit., 2007, p. 30.

<sup>12</sup> Cf. Courinha, Gustavo, op. cit., 2020, p. 56.

Sobre o primeiro ponto, tais exigências reconduzem-se à obrigatoriedade de aplicação da transparência fiscal aos agrupamentos europeus de interesse económico (e.g., agrupamentos complementares de empresas), por forma a garantir a tributação direta dos membros.

Quanto ao último tema, esse reporta-se às sociedades civis não constituídas sob forma comercial, as quais não possuem personalidade jurídica autónoma, mas encontram-se sujeitas a IRC (cf. art.º 2, n.º 1, al. b) do CIRC). Segundo algumas perspetivas, a aplicação da transparência fiscal a tais sociedades serve como reforço da coerência sistemática do ordenamento, dado que não seria coerente que se submetessem os seus rendimentos a tributação tanto na esfera da entidade coletiva, como na esfera dos sócios no momento da distribuição de dividendos, quando as normas de direito privado não conferem personalidade jurídica a tais entidades.<sup>13</sup>

### **2.3 As faces da transparência fiscal em Portugal**

Assim sendo, e tendo em conta os motivos que justificam a sua existência, compreende-se que o legislador fiscal tenha isolado apenas certos tipos de entidades, sujeitando-as ao regime da transparência. Não obstante, devemos notar que a operacionalidade de tal regime foi adaptada em concreto aos desafios que este procura responder.

Sendo, por isso, possível identificar duas manifestações de transparência fiscal: (i) por um lado, encontramos o regime clássico da *transparência fiscal nacional*, tal como estatuído no art.º 6 do CIRC e (ii) por outro verificamos, de igual forma, a existência de entidades tributadas de acordo com o regime da *transparência fiscal internacional*, também conhecido como o regime das CFC's, previsto para as pessoas coletivas no art.º 66 do CIRC e para as pessoas singulares no art.º 23, n.º 3 do CIRS. Manifestações essas que iremos apresentar de seguida, ainda que de forma sumária.

#### **2.3.1 Entidades transparentes (art.º 6 do CIRC)**

Antes de mais, começamos por sublinhar que o regime da transparência fiscal nacional, na sua redação atual, é de aplicação obrigatória *ex lege* para todas as sociedades, com sede ou direção efetiva em território português, que cumpram com os requisitos da hipótese legal do mesmo, não se encontrando prevista qualquer opção pela transparência para os demais sujeitos passivos, ao contrário do que ocorre noutros ordenamentos.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. Courinha, Gustavo, op. cit., 2020, p. 55.

<sup>14</sup> Cf. Field, Heather, "Checking in on the 'Check-the-Box'", Loyola of Los Angeles Law Review, 2009, p. 27-44.

Ao abrigo do disposto no art.º 6 do CIRC, estão sujeitas ao regime da transparência fiscal as seguintes entidades: (i) as sociedades civis simples (não constituídas sob a forma comercial), (ii) as sociedades de profissionais e, cumpridas determinadas condições, (iii) as sociedades de simples administração de bens.

As sociedades civis, não constituídas sob forma comercial ou simples, distinguem-se das sociedades comerciais por não estarem predispostas para a prática de atos comerciais, estando sujeitas às regras do direito civil.<sup>15</sup> No domínio tributário, particularmente no que diz respeito ao IRC, a primeira menção expressa a tais entidades dá-se pela sua subsunção ao regime da transparência fiscal, ao abrigo do disposto no art.º 6, n.º 1, al. a) do CIRC.

Por outro lado, o tema da atribuição ou não de personalidade jurídica a estas entidades provou-se tumultuoso na doutrina civilista.<sup>16</sup> Neste cenário, e face à importância de tal condição para o enquadramento tributário destas entidades, bem se entende a opção do legislador pela transparência fiscal, evitando assim a importação daquele conflito para o plano tributário.

Na realidade, certas perspetivas consideram que em tais casos a fronteira entre a sociedade e os sócios encontra-se esbatida.<sup>17</sup> Uma vez que, entre outros fatores, os sócios suportam uma responsabilidade pessoal e solidária pelas dívidas da sociedade civil, constituindo por isso a transparência o regime tributário que melhor se coaduna à sua natureza jurídica.

Ademais, no que se refere agora às sociedades de profissionais, esclarece o art.º 6, n.º 4, do CIRC que estas poderão assumir uma de duas modalidades: (i) sociedades constituídas para o exercício de uma atividade profissional, prevista na lista de atividades do art.º 151 do CIRS, sendo todos os sócios pessoas singulares profissionais dessa atividade ou (ii) sociedades cujos rendimentos provenham, em mais de 75%, do exercício conjunto ou isolado das atividades da suprarreferida lista, desde que, cumulativamente, durante mais de 183 dias do período de tributação, o número de sócios não seja superior a cinco, nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público e, pelo menos, 75% do capital social seja detido por profissionais que exercem as referidas atividades, total ou parcialmente, através da sociedade.

No que concerne às modalidades de sociedades profissionais, ressaltamos que estas apresentam como característica unificadora o facto dos seus objetos sociais se enquadrarem

---

<sup>15</sup> Cf. Art.º 980 do CC.

<sup>16</sup> Cf. Mota Pinto, Carlos, Teoria Geral do Direito Civil, 2005, p. 296. Cf. Mendes, João, Direito Civil: Teoria Geral, 1978, p. 630

<sup>17</sup> Cf. Micaela Lopes, op. cit., 2018, p. 16.

numa lista tipificada de atividades. Com efeito, de uma consulta ao quadro normativo relevante é possível verificar que tais atividades traduzem modelos de negócios cuja persecução se encontra dependente da pessoa e da individualidade dos sócios, ao ponto de a filosofia por detrás da constituição da entidade não ir além da mera partilha de custos e de espaço.<sup>18</sup>

Ora, na primeira modalidade acima referida, o legislador aponta essencialmente às situações em que todos os sócios se encontram a exercer a mesma profissão, ainda que parcialmente, através da sociedade.<sup>19</sup> Em tais casos, estaremos na maioria das vezes perante sociedades de profissionais liberais, dedicadas ao desenvolvimento de uma profissão técnico-intelectual, sujeita à obtenção uma habilitação superior e à inscrição numa ordem profissional ou similar.

Um ponto de relevo, sobre esta última modalidade em particular, prende-se com a omissão nas normas de um período temporal de referência para a aferição do cumprimento dos requisitos do regime do art.º 6 do CIRC. Neste âmbito, devemos sublinhar que a Administração Fiscal, em face do silêncio da lei, tem entendido que tal período corresponderá ao último dia do período de tributação.<sup>20</sup>

Apesar de tal posição merecer a nossa concordância, por ser *de lege lata* a que melhor respeita a coerência sistemática do IRC,<sup>21</sup> não podemos deixar de criticar a incoerência do legislador ao ter omitido tal período temporal para a primeira modalidade de sociedades profissionais, quando o estabeleceu para a segunda (i.e., mais de 183 dias do período de tributação). Sendo tal opção igualmente criticável por, dessa forma, dificultar a identificação de entidades em que o elemento pessoal seja *de facto* preponderante no tempo, dado que a premissa de que o modelo de negócio de uma entidade, durante um período tributário completo, se prova materialmente dependente do contributo pessoal dos sócios pelo simples facto de estes passarem a desenvolver a sua atividade profissional por meio da entidade, nos últimos dias do exercício fiscal, será difícil de aceitar como materialmente verdadeira.

Quanto à segunda modalidade, verificamos que o legislador procurou de forma diversa atingir entidades híbridas no espectro da dicotomia entre sociedades de pessoas e de capital. Ainda assim, se por um lado, o legislador prevê agora que as sociedades transparentes possam ser multidisciplinares na sua atividade e que o seu capital possa ser aberto a vários sócios

---

<sup>18</sup> Cf. Art.º 151 do CIRS e Portaria n.º 1011/2001, de 21 de agosto.

<sup>19</sup> Cf. Despacho Informação da AT, n.º 313/2014, de 18 de fevereiro, ponto 41.

<sup>20</sup> Cf. *Ibid.*, pontos 14 e 15.

<sup>21</sup> Com efeito, salvo casos excecionais, o facto gerador de IRC considera-se verificado no último dia do período de tributação, ao abrigo do disposto no art.º 8, n.º 9 do CIRC.

capitalistas, pelo menos parcialmente, por outro acaba em excluir do regime sociedades cujo grémio societário ultrapasse cinco sócios.

Neste contexto, parece-nos que era vontade do legislador estabelecer uma relação causal entre uma razoável dimensão societária ou um certo montante de investimento no capital (sem contributo profissional) e a sobreposição da componente societária sobre o elemento pessoal.<sup>22</sup> Tal racional, porém, é meramente indiciário, não sendo eficaz na persecução dos objetivos da política fiscal em que está integrado, dado que é incapaz de distinguir em absoluto a maior prevalência da componente capital em relação à componente pessoal ou o seu contrário.

Pior ainda, se uma das razões para a sujeição à transparência fiscal destas entidades é a promoção de uma escolha fiscalmente neutra entre o modelo de negócio singular e coletivo, não se compreende de igual forma que a sua aplicação, mesmo apesar da verificação dos demais critérios, fique prejudicada pela junção de mais de cinco sócios. À maioria dos quais permite-se, aliás, a detenção de uma qualquer percentagem insignificante do capital, entre si, por forma a afastar a transparência fiscal, desde que o sócio profissional detenha uma participação qualificada mínima (i.e., 75%).

Assim, consideramos que o regime de transparência fiscal nacional encontra-se profundamente descaracterizado quanto às sociedades profissionais, tendo-se afastado do seu objetivo primário: a identificação e sujeição à transparência fiscal de entidades onde o elemento pessoal fosse predominante. Tal desvio, é claramente visível pela aplicação da transparência fiscal a sociedades profissionais híbridas, com sócios capitalistas e com parte do seu rendimento de outras fontes para além da atividade profissional.

Esta abertura ao capital, mesmo que de forma parcial, lança dúvidas sobre qual a categoria de entidades que o regime das sociedades profissionais deseja abranger, conferindo à seleção uma aparência de aleatoriedade, a qual não facilita a compreensão da razão de ser do regime, podendo prejudicar dessa forma o cumprimento voluntário por parte dos contribuintes.

Por último, neste contexto, não nos parece particularmente favorável à confiança dos contribuintes no sistema fiscal, o facto da evolução das taxas de IRC ditar hoje que a sujeição ao regime da transparência fiscal possa representar um sério agravamento da carga fiscal, em sede de IRS, para os sócios profissionais das entidades híbridas, que sejam por mero acaso abrangidas pela transparência fiscal.

---

<sup>22</sup> Cf. Courinha, Gustavo, op. cit., 2020, p. 60-61.

No que concerne, de outro modo, às sociedades de simples administração de bens, verificamos que o art.º 6, n.º 1, al. c) sujeita à transparência fiscal aquelas “(...) *cuja maioria do capital social pertença, diretamente ou indiretamente, durante mais de 183 dias do exercício social, a um grupo familiar, ou cujo capital social pertença, em qualquer dia do exercício social, a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público*”.

Mais ainda, ao abrigo do disposto na al. c) do n.º 4 do referido artigo, considera-se uma sociedade de simples administração de bens aquela que, de forma exclusiva ou conjugada com outras atividades, dirige a sua atividade à administração de bens ou valores mantidos como reserva ou para fruição, incluindo a compra de prédios para a habitação dos seus sócios, desde que os rendimentos provenientes de tais fontes, na média dos últimos três anos, representem mais de 50%, durante o mesmo período, da totalidade dos seus rendimentos médios.

A seleção de tais entidades como transparentes, quando comparada com as demais, deve-se a preocupações de cariz diverso, o legislador procura agora prevenir práticas de elisão fiscal através da constituição de “sociedades mealheiro”. A existência das quais se presume quando estas, além de manterem o seu capital fechado e nas mãos de um grupo reduzido de indivíduos, baseiem a sua atividade predominantemente na obtenção de rendimentos passivos (juros, rendas, etc.), gerados através do seu património.<sup>23</sup>

Tais rendimentos passivos, passando a fazer parte do lucro tributável da entidade, serão ainda assim periodicamente sujeitos a IRC, podendo, porém, os seus sócios optar por adiar a sua distribuição, evitando assim a incidência em sede de IRS (categoria E). Em benefício de tal prática, encontramos igualmente o facto de que as normas quanto à dedutibilidade de gastos são por vezes mais permissivas em sede de IRC do que as deduções concedidas em IRS.

### **2.3.2 *Controlled foreign companies* (art.º 66 do CIRC e 20, n.º 3 do CIRS)**

A transparência fiscal não importa apenas às sociedades com sede ou direção efetiva em território português, na verdade tal técnica de tributação é igualmente fulcral no domínio das situações plurilocalizadas (“*CFC rules*”), em que esta se apresenta como um mecanismo de combate à elisão fiscal internacional.

Por sinal, a sua inserção nesse domínio visa contrariar práticas de desvio de rendimentos para sociedades localizadas em jurisdições com um regime fiscal privilegiado. Tais sociedades,

---

<sup>23</sup> Cf. Courinha, Gustavo, op. cit., 2020, p. 61.

após receção dos fundos, desempenham duas funções essenciais: (i) por um lado “abrigam” os rendimentos obtidos pelo investidor no estrangeiro, adiando a sua repatriação e consequente tributação no seu país de residência (*primary sheltering*) e (ii) por outro lado permitem a “conversão” desses proveitos (*secondary sheltering*), através de operações de reinvestimento, em tipologias de rendimentos menos tributadas na jurisdição dos beneficiários, após repatriação.<sup>24</sup>

Tal finalidade anti-elisiva será alcançada através de uma imputação especial aos sócios residentes (i.e., sujeitos passivos de IRS ou IRC) do lucro ou rendimento não distribuído de determinadas sociedades não residentes, de acordo com a sua participação social. De notar que tal extensão extraterritorial da pretensão tributária é fundada numa pura ficção legal da titularidade dos sócios de uma parte dos lucros (não distribuídos) de um não residente. Facto que, porém, não impediu tal regime de se tornar uma prática reiterada entre os Estados e uma medida recomendada contra a erosão das bases tributárias mundiais.<sup>25</sup>

A aceitação destas regras tem sido justificada a bem do cumprimento do princípio geral de prevalência da substância sobre a forma, o qual figura como um princípio geral de direito que deve presidir às relações tributárias plurilocalizadas, sendo considerado como um princípio inerente às CDT's celebradas entre os Estados.<sup>26</sup>

Em Portugal, o regime CFC consta da norma ínsita no art.º 66 CIRC. Tal regime será aplicável aos sócios, sujeitos passivos de IRC, residentes em território português, que detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 25% da entidade não residente submetida a um regime fiscal claramente mais favorável. No que se refere ao requisito da detenção, prevê ainda o legislador que o mesmo se continuará a aplicar caso a detenção se efetue através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, sendo que a quantificação percentual de tal detenção poderá ser medida tendo por referência as partes do capital, os direitos de voto ou quaisquer outros direitos constituídos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais dessas entidades.

Por outro lado, o preenchimento do conceito de regime fiscal claramente mais favorável faz-se pelo n.º 6 do referido art.º 66, concretizando-se numa seleção de jurisdições que configuram

---

<sup>24</sup> Cf. Morais, Rui, Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado - *Controlled Foreign Companies*, o art.º 60 do CIRC, 2005, p. 188-189.

<sup>25</sup> Cf. OCDE, “*OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress report July 2017 - June 2018*”, p. 25-26. Cf. OCDE, “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*”, p. 13-21.

<sup>26</sup> Cf. Vogel, K., *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions*, Vol. I, 2015, p. 125-126.

(verdadeiros) paraísos fiscais ou (meros) regimes fiscais preferenciais, dependendo da sua inclusão numa lista publicada por portaria,<sup>27</sup> ou de um teste à sujeição das entidades a um imposto sobre o rendimento que seja efetivamente inferior a 50% do imposto que seria devido segundo o CIRC (i.e., 10,5%).

Não obstante o disposto, devemos ressaltar que as regras CFC poderão ser afastadas, quando circunstâncias específicas que façam obviar o pressuposto elisivo do regime se verificarem. Por vezes, particularmente entre entidades produtoras de bens e / ou prestadoras de serviços, existem razões extrafiscais que levam a generalidade dos Estados a considerar a “exportação” desse tipo de atividades como “legítima”, mesmo quando exclusivamente determinada por razões fiscais.<sup>28</sup>

Neste contexto, em resultado do n.º 7 do art.º 66, o presente regime não se aplicará sempre que os respetivos lucros ou rendimentos da entidade não residente provenham em, pelo menos, 75% do exercício de (i) uma atividade agrícola ou industrial no território onde esteja estabelecida ou (ii) uma atividade comercial, ou de prestação de serviços, que não seja dirigida maioritariamente ao mercado português.

Acresce ainda que, por força do n.º 14 do mesmo artigo, ficam igualmente excluídas as entidades não residentes estabelecidas noutro Estado-membro da UE ou num Estado-membro do EEE, neste último caso desde que tal jurisdição esteja vinculada à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade nos termos estabelecidos no âmbito da UE, se demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e esta desenvolva uma atividade de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações.

Por último, devemos efetuar uma referência à transposição deste regime para a realidade das pessoas singulares (art.º 20, n.º 3 CIRS), ditando-se que constituirão rendimentos dos sujeitos passivos residentes os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes sujeitas a um regime claramente mais favorável.<sup>29</sup> De forma breve, a característica mais singular destas regras prende-se com a percentagem de retenção requerida, a qual varia segundo a retenção direta (25%) ou indireta (10%) da entidade, por forma a contrariar práticas evasivas.

---

<sup>27</sup> Cf. Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

<sup>28</sup> Cf. Morais, Rui, op. cit., 2005, p. 183-184.

<sup>29</sup> De notar que, por força do n.º 4 do art.º 20 CIRS, as importâncias imputadas integram-se como rendimentos líquidos da categoria B ou E, caso tais entidades prossigam ou não uma atividade empresarial ou profissional.

### 3. Da tributação da transparência estrangeira

#### 3.1 Uma perspectiva incomum: a transparência fiscal estrangeira

Por norma, tal como já referimos, a transparência fiscal é vista por norma como um tema de âmbito nacional, que envolve o estudo de regimes jurídicos internos. Mediante o âmbito desse regime, o legislador nacional pode abranger entidades com sede ou direção efetiva no território nacional, ou até estender o seu alcance de modo a abranger entidades não residentes, cujos os sócios sejam residentes e sobre os quais existam suspeitas de práticas elisivas.

Porém, apesar de pouco estudada pela doutrina nacional, existe uma outra perspectiva sobre tal temática que se distingue por tomar em consideração, não a atuação do legislador nacional, mas o exercício do poder legislativo por parte dos demais Estados neste domínio.

Falamos, com efeito, da “*transparência fiscal estrangeira*”, um conceito que exprime o facto de certas entidades, sujeitas a normas de direito tributário estrangeiro, poderem estar sob o efeito de regimes similares à transparência fiscal nacional, impostos pelo seu Estado de residência.

Assim, constituirá uma “*entidade transparente estrangeira*” toda aquela que, por desígnio de um legislador estrangeiro, não esteja sujeita ao pagamento de qualquer imposto sobre o seu rendimento, sendo ao invés os seus sócios tributados no seu lugar de acordo com as regras próprias que sejam aplicáveis ao caso concreto.

Em face do disposto, e dada a globalização das relações económicas, é natural que tais entidades sejam, por vezes, detidas por sócios residentes em Portugal como parte do seu portefólio de investimentos. Na realidade, tem sido neste prisma que a matéria tem sido timidamente comentada pela doutrina nacional, a qual tem colocado a questão na ótica da repercussão na esfera dos sócios dos efeitos jurídico-fiscais da transparência fiscal estrangeira dos entes que estes elegeram utilizar.<sup>30</sup>

#### 3.2 Descrição das operações (*outbound vs. inbound*)

Neste âmbito, as estruturas associadas à utilização de entidades transparentes estrangeiras podem corresponder a duas situações distintas: (i) operações *outbound*, em que as entidades transparentes estrangeiras são utilizadas como veículos de investimento no território nacional e, por isso, os rendimentos decorrentes da sua atividade fluem em direção ao estrangeiro e (ii)

---

<sup>30</sup> Cf. Courinha, Gustavo, op. cit., 2020, p. 64-65.

operações *inbound*, nas quais as entidades transparentes estrangeiras atuam numa primeira fase no exterior, distribuindo num segundo momento o rendimento assim obtido aos seus sócios, residentes fiscais em Portugal.

Assim, no que se refere às estruturas *outbound*, devemos sublinhar que os rendimentos gerados serão por norma atribuídos a um sujeito passivo não residente (cf. art.º 2, n.º 1, al. b) do CIRC), ficando apenas sujeitos a IRC quando considerados como obtidos em território nacional, nos termos do art.º 4, n.º 2 e 3 do CIRC.<sup>31</sup>

Enquanto que, nas estruturas *inbound*, será exetável que o rendimento seja recebido por um sócio, residente em território nacional, pessoa coletiva ou singular, sendo por isso sujeito a tributação nos termos do art.º 4, n.º 1 do CIRC ou do art.º 13, n.º 1, primeira parte do CIRS.

### **3.3 Do acesso das entidades transparentes estrangeiras aos tratados**

Antes de prosseguir, será sensato relembrar que o direito internacional tributário, de cariz convencional, goza de superioridade hierárquica em relação às leis nacionais e que, em caso de conflito, as regras dos tratados sobrepõem-se às disposições internas aplicáveis, mas não constituem em caso algum normas de incidência.<sup>32</sup>

O enquadramento tributário internacional, de qualquer operação económica plurilocalizada, deve hoje ser primariamente percecionado à luz das normas previstas nas CDT's. Acordadas bilateralmente, por Portugal, com um núcleo limitado de Estados, cada convenção conta com uma redação personalizada, resultante do seu processo de negociação entre as partes contratantes.

Ora, olhando para a estrutura geral desses tratados, verificamos que será o âmbito pessoal dos mesmos o fator que mais poderá condicionar o acesso por parte das entidades transparentes estrangeiras. Com efeito, o âmbito de aplicação das CDT's, no que concerne às “pessoas” que abrangem, segue regra geral critérios muito próprios, como: (i) a personalidade e (ii) a residência convencionais.

Quanto ao primeiro critério, de acordo com o disposto no art.º 1, n.º 1, em conjugação com o art.º 3, n.º 1, al. a), ambos da CMOCDE, os tratados aplicar-se-ão a um conjunto delimitado de “pessoas”, termo esse definido como abarcando pessoas singulares, sociedades ou outros

---

<sup>31</sup> Cf. Neste sentido, Santiago, Bruno e Ribeiro, Ana, “Tributação em Portugal de entidades transparentes localizadas no estrangeiro”, Revista AFP, 2021, p. 42.

<sup>32</sup> Cf. Art.º 8, n.º 1 e 2 da CRP. Cf. Xavier, Alberto, Direito Tributário Internacional, 2020, p. 121.

agrupamentos de pessoas. Mais ainda, segundo a al. b) do referido artigo, será “sociedade” qualquer pessoa coletiva ou entidade que seja tratada como pessoa coletiva.

Neste contexto, é de notar que nem todos os tipos de entidades transparentes estrangeiras gozam de personalidade jurídica autónoma no seu ordenamento de origem, tendo-se gerado dúvidas quanto à aplicação dos tratados nessas situações. Será o caso, a título de exemplo, das sociedades de pessoas ou *partnerships*, as quais em certos ordenamentos legais (e.g., francês, suíço ou espanhol) por vezes têm personalidade jurídica e tributária própria, enquanto que noutros (como o alemão, o austríaco e o holandês) não só podem carecer de personalidade jurídica, como podem ser vistas como “transparentes”, i.e., para efeitos tributários não serão consideradas como entidades separadas dos seus sócios, sendo o seu lucro tributado na esfera destes últimos.<sup>33</sup>

De acordo com os comentários da CMOCDE, o termo “pessoa” deve ser lido de forma muito abrangente, sublinhando-se quanto às *partnerships* que estas devem ser consideradas “pessoas”, quer porque podem fazer parte das “sociedades” por serem entidades equiparadas a pessoas coletivas (com personalidade autónoma), quer porque mesmo caindo fora desse conceito serão integradas nos outros agrupamentos de pessoas.<sup>34</sup>

Sem prejuízo, conscientes das dificuldades colocadas pela multiplicidade de soluções jurídicas que são adotadas pelas demais ordens jurídicas, por vezes serão os próprios Estados contratantes a prever de forma expressa a admissão (ou exclusão), no âmbito pessoal dos tratados, das entidades sem personalidade jurídica nos ordenamentos jurídicos em causa.

A título de exemplo, veja-se a CDT celebrada entre Portugal e Israel a qual prevê, no n.º 4 do Protocolo em anexo, que “[q]uando sociedades de países diferentes tenham acordado em exercer uma atividade de transporte aéreo em conjunto sob a forma de um consórcio ou sob uma forma de associação similar, o disposto no n.º 1 [do art.º 8] aplicar-se-á à parte dos lucros do consórcio ou da associação correspondente à participação detida no consórcio ou associação por uma sociedade residente de um Estado Contratante”.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Cf. *Ibid.*, 2020, p. 127. Cf. Lang, Michael e Staringer, Claus, “Qualification of taxable entities and treaty protection”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 99b, 2014, p. 335-797.

<sup>34</sup> Cf. §2 do Comentário da OCDE ao Art.º 3 da CMOCDE (2017).

<sup>35</sup> Cf. Ac. STJ, de 12-11-2020, relator Ilídio Martins, na parte em que esclarece que “(...) os consórcios têm natureza contratual e não instituem uma pessoa jurídica diversa dos seus membros. Não possuem personalidade jurídica”.

Atendendo ao exposto, certo é que determinar se uma entidade transparente estrangeira deverá ser aceite enquanto “pessoa”, para efeitos das CDT’s, será sempre um exercício casuístico em face do tratado concreto e da forma como o ordenamento de origem configura tal entidade. Sendo, porém, possível defender, ainda que de forma abstrata, a sua aceitação como tal.

Por outro lado, a partir das convenções a doutrina recortou de igual forma o *princípio da relatividade dos tratados*, segundo o qual “(...) *as pessoas só se prevalecem da convenção se forem residentes num dos Estados contratantes*”.<sup>36</sup> Este conceito convencional de “residente” num Estado contratante, tal como é proposto pelo art.º 4, n.º 1 da CMOCDE, opera com base numa remissão para o direito interno, prevendo-se que será residente “(...) *qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar*”. (sublinhado nosso)

Atualmente, de acordo com os comentários da CMOCDE, impera a interpretação que tal “sujeição a imposto” corresponde aos casos em que certa entidade é considerada como “contribuinte”, ou seja, é idónea a figurar como sujeito passivo de um imposto sobre o rendimento de base mundial, independentemente de ser alvo de tributação efetiva.<sup>37</sup> Deste modo, abriu-se o acesso aos tratados às entidades sujeitas mas isentas de imposto no Estado da residência, com base no racional de que esses entes são pelo menos suscetíveis de tributação.<sup>38</sup>

Contudo, a discussão à volta do preenchimento do conceito convencional de “residência”, por parte das entidades transparentes estrangeiras, tem-se provado um tópico bastante complexo. De facto, tal como a doutrina internacional já afirmou, por diversas vezes e quanto a exemplos concretos, o problema gerado por tais entidades relaciona-se com o facto da maioria delas (e.g., *partnerships*, *trusts* e outras entidades similares) encontrarem-se ao abrigo de regimes de transparência total nos ordenamentos de origem.<sup>39</sup>

Como resultado, surge a dúvida se as entidades transparentes poderão ser consideradas como “residentes” para efeitos do disposto no art.º 4, n.º 1 da CMOCDE. Porquanto, mais das vezes,

---

<sup>36</sup> Cf. Xavier, Alberto, op. cit., 2020, p. 123. *Vide* art.º 1, n.º 1 da CMOCDE (2017).

<sup>37</sup> Cf. §8.11 e §8.12 do Comentário da OCDE ao Art.º 4 da CMOCDE (2017).

<sup>38</sup> Cf. Xavier, Alberto, op. cit., 2020, p. 134.

<sup>39</sup> Cf. Parada, Leopoldo, *The Aftermath of BEPS - Part 1: New Law on Tax Treaty Entitlement - “Chapter 1: Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications?”*, 2019, p. 2-3.

estas não aparentam ser capazes de cumprir o critério de “sujeição a imposto” (*liable to tax*) em nenhuma jurisdição, uma vez que o seu Estado de residência por norma não tributa tais entidades e poderá mesmo considerar que a competência tributária é somente do Estado de residência dos sócios / participantes.<sup>40</sup>

Como tal, bem se entende que uma vez mais, em certos casos-limite, os Estados contratantes continuem a optar por criar cláusulas especiais que decretem determinadas entidades nacionais específicas como “residentes” ou “sujeitas a imposto”, para efeitos do disposto no art.º 4, n.º 1 da CMOCD. <sup>41</sup> A título de exemplo, veja-se o caso da CDT entre Portugal e a Suíça, a qual prevê que relativamente à Suíça que “(...) a expressão «residente de um Estado Contratante» significa igualmente as sociedades em nome coletivo e em comandita simples constituídas ou organizadas segundo o direito suíço”. <sup>42</sup>

Atendendo à complexidade da matéria, consideramos sensato proceder a uma recolha mais alargada de elementos, tanto internamente como além-fronteiras, pelo que partiremos de seguida para a exposição dos seguintes pontos: (i) evolução das medidas propostas pela OCDE e (ii) sistematização da posição (interna e externa) adotada pelo Estado Português.

Somente depois de completo tal exercício, estarão reunidas as condições para que possamos formular a nossa própria opinião sobre o enquadramento internacional tributário que, da perspetiva portuguesa, é atribuído às entidades transparentes estrangeiras.

### **3.3.1 Da evolução das medidas propostas pela OCDE**

O primeiro momento, num contexto formal, em que a OCDE identificou que a utilização de entidades transparentes estrangeiras, em operações plurilocalizadas, poderia constituir um desafio para o sistema tributário internacional ocorreu em 1999. Nesse ano, após estudo cuidadoso do tema, o Comité dos Assuntos Fiscais publicou o relatório intitulado “*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*”, informalmente conhecido como o “*Relatório das Partnerships*”. <sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Cf. Vogel, K., op. cit., Vol. I, 2015, p. 102. Cf. Schwarz, J., Schwarz on Tax Treaties, 2021, p. 167.

<sup>41</sup> Cf. Mesquita, Maria, As convenções sobre dupla tributação, 1998, p. 90-91.

<sup>42</sup> Cf. Ficha Doutrinária, proc. n.º 1588/2010, de 20 de setembro de 2010, emitida no seguimento de procedimento amigável de uniformização de interpretação, indica igualmente que as SICAV são consideradas residentes desde que sujeitas a tributação no Luxemburgo.

<sup>43</sup> Cf. OCDE, “The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships”, Issues in International Taxation n. 6, p. 10.

Antes de mais, cumpre deixar claro que tal relatório teve como objetivo o estudo das consequências tributárias internacionais das sociedades de pessoas ou *partnerships*, não visando uma análise compreensiva de todos os tipos de entidades transparentes, algumas das quais podem apresentar especificidades relevantes, que aí não foram levadas em conta.

Ainda assim, os próprios autores do relatório reconhecem que a sua exposição contém princípios-base que poderão ser também aplicados a outras entidades similares, em que o elemento pessoal seja preponderante.<sup>44</sup> Aliás, no decorrer da leitura do relatório, é possível identificar momentos em que a análise confere a relevância de outras entidades transparentes, menos divulgadas, que podem dificultar o trabalho de interpretação dos Estados.

Devemos, de igual forma, notar que o relatório não procura definir o conceito de *partnership*, admitindo mesmo que tentar alcançar uma definição unitária entre os vários Estados contratantes seria tarefa impossível. Ao invés, os autores partem do pressuposto de que cada jurisdição definirá quais as entidades abrangidas por tal conceito e que somente através de uma análise local será possível distinguir as mesmas.

Na realidade, para estes, o elemento distintivo que mais importa prende-se com o “estatuto fiscal” de tais entidades, tal como seja atribuído por cada Estado contratante. Com efeito, mesmo quando ambos os Estados contratantes categorizem, para efeitos da sua lei civil ou comercial, uma certa entidade como uma *partnership*, o tratamento fiscal dessa entidade poderá divergir (conflitos de tratamento): com alguns ordenamentos a considera-la como “opaca” e outros como “transparente”.

Tais divergências, no decorrer da aplicação dos tratados internacionais, podem levar a situações de dupla não tributação, as quais são identificadas de forma clara no decorrer de tal relatório, sendo causa de preocupação por parte da comunidade internacional.

Atendendo ao disposto, e procurando evitar tais consequências negativas, o Comité dos Assuntos Fiscais acabou por incluir no relatório várias recomendações (cf. Anexo I). As quais, visaram por um lado impedir resultados indesejados através da proposta de alteração de alguns artigos da CMOCDE, e por outro fornecer clarificações adicionais para auxiliar o trabalho interpretativo dos Estados contratantes mediante a modificação dos comentários aos tratados.

Ao fim e ao cabo, porém, os membros da OCDE acolheram somente a revisão dos comentários da CMOCDE (2000), aceitando apenas algumas das conclusões do relatório. De

---

<sup>44</sup> Cf. *Ibid*, p. 7-9.

entre essas, sublinharíamos as seguintes modificações aos comentários da CMOCDE: (a) esclarecimento de que as *partnerships* constituem “pessoas” para efeitos das CDT’s; (b) afirmação de que as *partnerships* transparentes não devem ser consideradas “residentes” ao abrigo das CDT’s por não serem “*liable to tax*”; (c) clarificação de que os membros / sócios das *partnerships* transparentes terão direito aos benefícios das CDT’s, celebradas pelo seu Estado de residência, no lugar das entidades e (d) recomendação de que o Estado da fonte tome em consideração o “estatuto fiscal” atribuído à *partnership* pelo Estado da residência.

Posteriormente, aquando da revisão da CMOCDE (2017), os referidos trechos dos comentários à convenção-modelo, sobre entidades transparentes, foram transformados numa norma convencional recomendada.<sup>45</sup> De facto, através da introdução do n.º 2 no art.º 1 da CMOCDE (2017), a OCDE acabou por absorver dentro do elemento literal da CMOCDE as quatro conclusões anteriormente elencadas.<sup>46</sup>

No entanto, com este crescendo de importância do tema, dá-se igualmente a expansão da sua amplitude subjetiva para lá das sociedades de pessoas ou *partnerships*.<sup>47</sup> Na nova redação, podemos ler agora que o rendimento obtido por ou através de qualquer entidade ou acordo, parcial ou totalmente, transparente poderá ser aceite para efeitos dos benefícios das CDT’s, mas apenas se o mesmo for atribuído a um (verdadeiro) residente de um dos Estados contratantes (i.e., os sócios), de acordo com a sua legislação fiscal interna.

Tal expansão, parece ter resultado dos estudos efetuados no âmbito do Projeto BEPS, decorrendo do relatório da Ação 2 (2014), que aborda o tema junto com as assimetrias híbridas. Ora, de acordo com tal documento, os exemplos mais básicos de entidades transparentes reconduzem-se às *partnerships* ou até às estruturas fiduciárias (*trusts*), mas tal não significa que os mesmos efeitos não possam ser alcançados por meio de muitos outros entes, sujeitos a regimes de transparência fiscal menos conhecidos.<sup>48</sup>

Ademais, na onda do impacto global do Projeto BEPS, uma parte significativa da comunidade internacional, no decorrer do ano de 2017, veio a assinar o MLI.<sup>49</sup> Tal convenção, de forma sumária, visou a alteração de modo célere e coordenado de todas as CDT’s,

---

<sup>45</sup> Cf. Art.º 1, n.º 2 da CMONU, tal como resulta da redação dada pela revisão de 2017.

<sup>46</sup> De igual forma, a ONU adotou uma provisão em tudo similar, cf. Art.º 1, n.º 2 CMONU (2017).

<sup>47</sup> Cf. B. Obuoforibo, “Chapter 9: Scope of Tax Treaties – Persons Covered”, Roy Rohatgi on International Taxation: Volume 1 Principles, 2018, p. 91-92.

<sup>48</sup> Cf. OCDE, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements“, p. 59-60.

<sup>49</sup> Cf. OCDE, Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais destinadas a prevenir a erosão da base tributária e as transferências de lucros, p. 1.

estabelecidas de forma bilateral entre os Estados signatários, por forma a implementar as medidas mais importantes do Projeto BEPS e das suas Ações.<sup>50</sup>

Também aqui, o tema das entidades transparentes estrangeiras volta a ser abordado normativamente. Desta vez, no âmbito do art.º 3, n.º 1 do MLI, o qual importa *mutatis mutandis* a regra ínsita no art.º 1, n.º 2 da CMOCDE (2017).

### 3.3.2 Da posição do Estado Português

Ora, determinar a posição do Estado Português quanto aos desafios tributários causados pelas entidades transparentes estrangeiras aparenta ser uma análise complexa, particularmente devido à escassez de opiniões emitidas sobre a temática.

Ainda assim, e após recolha das opiniões existentes, verificamos que as mesmas não foram sempre emitidas no mesmo contexto, sendo algumas reações a propostas de organizações supraestaduais (i.e., posição externa) e outras respostas em face de pedidos de esclarecimentos de contribuintes residentes (i.e., posição interna).

Neste contexto, começando pela posição externa, notamos que os representantes nacionais junto da OCDE, reagindo na altura à adoção do Relatório das Partnerships, expressaram desde do primeiro momento reservas quanto às conclusões alcançadas.

Assim, e de acordo com o Anexo II do referido relatório, podemos ler que *“Portugal, país onde todas as sociedades de pessoas são tributadas nessa qualidade, (...) considera que as soluções propostas nesse documento deveriam ser incorporadas em disposições especiais, apenas aplicáveis quando incluídas nas convenções fiscais. É o caso, por exemplo do tratamento aplicado à situação dos sócios das sociedades de pessoas — um conceito consideravelmente fluido, dadas as diferenças existentes entre os Estados — que são fiscalmente transparentes, incluindo quando há interposição de um terceiro Estado entre o Estado da fonte e o Estado da residência dos sócios. As dificuldades de ordem administrativa, que resultam de algumas das soluções propostas, também devem ser notadas, tal como é indicado pelo próprio relatório em alguns casos”*. (tradução nossa)

Consistentemente, o Estado Português decidiu formular também uma observação em face da revisão dos comentários da CMOCDE (2000), tendo para tal utilizado uma cópia fiel do texto das reservas apresentadas aquando da adoção do Relatório das Partnerships.

---

<sup>50</sup> Cf. Dourado, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2018, p. 89-91.

Em momento posterior, e como consequência da revisão do articulado da CMOCDE (2017), os representantes nacionais optaram por eliminar a suprarreferida observação, substituindo-a agora por uma reserva ao art.º 1, n.º 2, na qual somente afirmam que “*Portugal reserva o direito de não incluir o n.º 2 nas suas convenções em virtude das dificuldades administrativas resultantes de algumas das soluções avançadas no [Relatório das Partnerships] (como indicado no próprio relatório em certos casos)*”.

De forma idêntica, no que diz respeito ao referido n.º 1 do art.º 3 do MLI, o Estado Português uma vez mais reservou-se o direito de não aplicar tal norma.<sup>51</sup> Curiosamente, sem qualquer justificação, foi emitida uma reserva contra o artigo completo, inclusive contra as secções sobre as assimetrias híbridas, não relacionadas com o acesso de entidades transparentes aos tratados.

De outro modo, no que se refere agora à posição interna, observamos que o Estado Português, nomeadamente através da ATA, já se viu forçado a informar pontualmente sobre a sua posição nestas matérias. Atenta a importância desses momentos, cumpre-nos efetuar de seguida uma súmula ordenada dos mesmos.

Em primeiro lugar, devemos invocar a Circular n.º 6/2009,<sup>52</sup> emitida pela ATA, sobre as dúvidas suscitadas sobre a aplicação do regime previsto nas CDT’s, aos rendimentos obtidos em território português, por “Trusts” e “Fundos”, nele não residentes.

De acordo com tal orientação, devemos atender às seguintes conclusões: (i) os trusts, enquanto tais, não beneficiam da aplicação do regime previsto nas CDT’s, salvo disposição expressa em contrário; (ii) os fundos de investimento e de pensões, somente beneficiam das CDT’s quando os seguintes requisitos estejam reunidos: (a) sejam considerados como “pessoas” para efeitos da convenção, (b) encontrem-se sujeitos a imposto por obrigação pessoal e ilimitada e não sejam tratados como fiscalmente transparentes (ou seja, estejam sujeitos a imposto num Estado com o qual Portugal tenha celebrado CDT, independentemente da tributação que possa ocorrer na esfera dos respetivos participantes) e (c) sejam considerados os beneficiários efetivos dos rendimentos.<sup>53</sup>

Ulteriormente, agora no âmbito da resposta a dois pedidos de informação vinculativa, foi solicitada à ATA informação sobre a comprovação dos pressupostos que permitiriam a

---

<sup>51</sup> Cf. Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019, de 14 de novembro.

<sup>52</sup> Cf. Circular n.º 6/2009, de 6 de abril de 2009, emitida pelo Diretor-Geral dos Impostos.

<sup>53</sup> Neste sentido, cf. Decisão arbitral CAAD, de 29-10-2019, relator Jorge Carita, quando afirma “(...) a isenção dos fundos de investimentos tem sido tradicionalmente entendida como uma não sujeição, com a consequente impossibilidade de acederem aos benefícios das [CDT’s]”.

aplicação das normas das CDT's, no caso concreto perante *partnerships* com e sem personalidade jurídica, provenientes do Reino Unido.<sup>54</sup>

Neste âmbito específico, cumpre-nos sublinhar que a temática que mais nos importa – i.e., o acesso das entidades transparentes às CDT's – acaba por ser indiretamente analisada através da documentação necessária para suportar a dispensa de retenção na fonte, ao abrigo das normas das CDT's e do CIRC.<sup>55</sup>

Como tal, registamos com interesse os racionais traçados nestas instâncias, nomeadamente quando a ATA afirma que, quanto às *partnerships* sem personalidade jurídica, “(...) *são os seus sócios os verdadeiros beneficiários efetivos dos rendimentos*”. Com efeito, neste âmbito, indica a ATA que além de cada um dos sócios da sociedade ter que apresentar um formulário (modelo 21-RFI), torna-se necessário saber qual a situação de todos os sócios da entidade.

Mais ainda, a certificação da residência fiscal dos sócios residentes passará pela entrega de declaração, emitida pelas respetivas autoridades fiscais do outro Estado contratante, identificando a totalidade dos sócios e o seu estatuto de residência fiscal. Sendo certo que, no caso de existirem sócios não residentes, deverá ser indicada a percentagem que os mesmos detêm, “(...) *uma vez que a dispensa de retenção na fonte só poderá ser aplicada proporcionalmente ao valor da percentagem que os sócios residentes tenham no computo geral da partnership*”.

Por outro lado, quanto às *partnerships* com personalidade jurídica, relevou o facto de estas se encontrarem sujeitas ao regime da transparência fiscal no Reino Unido. Uma vez que, por esse motivo, serão os sócios residentes nessa jurisdição a estar aí sujeitos a imposto relativamente à sua parte dos rendimentos obtidos pela *partnership*.

Neste enquadramento, ainda sobre a documentação de suporte necessária, pronunciou-se a ATA no sentido da apresentação de um único formulário (modelo 21-RFI) contendo informação comum a todos os beneficiários dos rendimentos. Em anexo, deverá constar: (i) uma lista que contenha a identificação dos beneficiários efetivos dos rendimentos; (ii) uma declaração que indique quais os sócios da *partnership*, bem como a percentagem do capital detido por esses e (iii) um certificado emitido pelas autoridades competentes, atestando que a *partnership* não é considerada, para efeitos da CDT, residente fiscal no outro Estado contratante

---

<sup>54</sup> Cf. Pedidos de informação vinculativa, proc. n.º 794/2010 e 8153/2012, despachados em 20 de março de 2014.

<sup>55</sup> Cf. Art.º 98, n.º 1 e 2 do CIRC, conjugado com o formulário (modelo 21-RFI), aprovado pelo Despacho n.º 8363/2020, de 31 de agosto.

e que os beneficiários são aí residentes fiscais, de acordo com o tratado, estando aí sujeitos a imposto sobre o rendimento.

Ora, atendendo ao conteúdo de tais informações, o Estado Português aparenta concordar com as posições mantidas pela OCDE, pelo menos quanto às estruturas *outbound*, dado que não só negou o acesso de entidades transparentes estrangeiras às CDT's, como considerou o acesso dos sócios da *partnership* que fossem residentes do outro Estado contratante.<sup>56</sup>

De facto, em sentido concordante com as informações anteriores, encontramos também o parecer n.º 21/2013 do CEF (ATA), emitido na data 14 de novembro de 2013, sobre o acesso de um AEIE não residente e transparente às normas da CDT luso-britânica.<sup>57</sup> Tal parecer é de singular importância, posto que não só transmite apoio à tese de que as entidades transparentes estrangeiras não podem aceder aos tratados por si próprias, como também clarifica qual o caminho a seguir face à posição externa emitida pelo Estado Português.

Consequentemente, sobre a observação de Portugal constante do parágrafo 27.3 dos comentários da CMOCDE (2010), esclareceu o CEF que a competente autoridade portuguesa abdicou da citada observação e adotou a chamada “*look through approach*” nos casos das informações vinculativas supracitadas, pelo que a bem do cumprimento do princípio da igualdade o mesmo tratamento foi concedido ao AEIE.

Finalmente, é ainda relevante notar que o Despacho n.º 8363/2020, de 31 de agosto, emitido pelo SEAF, procedeu à revisão do formulário (modelo 21-RFI) suprarreferido. Neste âmbito, acrescentou-se o Quadro III, o qual, em consonância com o disposto no art.º 98, n.º 2, al. a) *in fine* do CIRC,<sup>58</sup> visa garantir que o certificado de residência a apresentar com o formulário atesta a “sujeição a imposto” do beneficiário efetivo do rendimento no Estado da residência.

Pelo contrário, tratando-se de uma estrutura *inbound*, constatamos através de uma informação vinculativa recente que a ATA não parece adotar sempre a mesma perspetiva sobre as consequências da presença de entidades transparentes estrangeiras.<sup>59</sup> Analisando tal pedido, verificamos que nesse caso o contribuinte, pessoa singular e residente em Portugal, era sócio

---

<sup>56</sup> Cf. Neste mesmo sentido, as alegações produzidas em sede de recurso pela ATA, no âmbito do Ac. do TCA Sul, de 08-02-2018, relatora Cristina Flora.

<sup>57</sup> Cf. Boletim da Ciência e Técnica Fiscal n.º 433, Julho-Dezembro de 2014, p. 291 e ss.

<sup>58</sup> A redação atual deste artigo, que exige agora cumulativamente a “sujeição a imposto”, foi somente introduzida pela Lei n.º 119/2019, de 18 de janeiro, sendo tal requisito até aí meramente alternativo.

<sup>59</sup> Cf. Pedido de informação vinculativa, proc. n.º 2360/2016, despachado em 20 de dezembro de 2017.

de uma entidade americana (“LLC”) tratada para efeitos fiscais como uma *partnership*, ou seja, sujeita à transparência fiscal local.

No âmbito da referida informação, quanto às “transferências” efetuadas por tal entidade transparente ao sócio, ficamos surpreendidos por ver que a ATA aplicou as normas de atribuição de competência tributária entre os Estados contratantes, sinalizando assim que a entidade transparente estrangeira cumpria com o âmbito subjetivo do tratado.

Contudo, após uma análise mais cuidada dos factos, consideramos que tal pronuncia foi efetuada em termos que não parecem inteiramente satisfatórios, pela falta de informações sobre o contexto do pedido.<sup>60</sup>

Senão vejamos, no caso concreto a entidade transparente estrangeira procurava acesso à CDT Portugal - EUA, a qual tal como já tivemos oportunidade de referir contém um Protocolo em anexo, cujas normas fazem parte integral da mesma. De acordo com o n.º 3 desse Protocolo, “[a] expressão “residente de um Estado Contratante” aplica-se às sociedades de pessoas (*partnerships*), entidades similares (*pass-through entities*), heranças e fideicomissos (*trusts*) apenas na medida em que os rendimentos obtidos por essas [entidades] estejam sujeitos a imposto nesse Estado como rendimentos de um residente, quer na sua titularidade, quer na titularidade dos respetivos associados ou beneficiários”.

Relembramos que tal informação vinculativa, em momento algum, clarifica por quantos sócios é constituído o grémio societário da LLC, nem tão pouco clarifica se esses serão residentes fiscais ou não do Estado de origem de tal entidade. Pelo que, quanto a nós, é inconclusivo se tal caso constitui uma verdadeira inversão de posição ou simplesmente a aplicação legítima de uma regra excecional, acordada na CDT Portugal - EUA.

### **3.3.3 Os nossos comentários**

Em face do exposto, devemos-nos questionar qual das posições (se alguma) sobre a temática das entidades transparentes estrangeiras vincula o Estado Português. De acordo com os elementos recolhidos, conseguimos identificar que a ATA abordou o tema por recurso a dois procedimentos de natureza informativa distintos: (i) vários pedidos de informação vinculativa e (ii) uma orientação genérica, sob a forma de circular.

---

<sup>60</sup> Cf. Santiago, Bruno e Ribeiro, Ana Carrilho, op. cit., 2021, p. 42-44.

Neste contexto, enquanto que as primeiras informações apenas produzem uma vinculação *inter-partes*, a emissão de uma circular tem efeitos vinculativos quanto ao entendimento aí sindicado para a ATA, aos quais se atribui eficácia geral e prospetiva no plano interno.<sup>61</sup>

Assim, ao emitir a Circular n.º 6/2009 sobre o acesso dos fundos (de investimento e de pensões) às CDT's, a ATA vinculou-se ao entendimento de que o regime fiscal previsto nas CDT's não lhes será aplicável sempre que os fundos não se encontrem sujeitos a imposto por obrigação pessoal e ilimitada ou sejam tratados como fiscalmente transparentes no Estado de origem.

Sem prejuízo, tal como é referido no supracitado parecer do CEF, não devemos esquecer que a ATA nas suas decisões deverá respeitar o princípio da igualdade. Aliás, enquanto princípio geral da atividade administrativa, tal princípio impõe à Administração uma máxima igualitária, i.e., esta deve tratar de forma igual o que é igual.

Com efeito, não existindo na ordem jurídica norma precisa para uma dada situação concreta, há que perspetivar um critério geral, uma máxima dessubjectivada e destemporalizada, que partindo das particularidades do concreto seja suscetível de aplicação futura a casos similares.<sup>62</sup>

Segundo o disposto na Circular, consideramos que os critérios tidos pela ATA como decisivos, para a aceitação ou recusa do acesso dos fundos às CDT's, não partem de qualquer particularidade que permita distinguir esses entes dos demais, mas sim de elementos abstratamente aplicáveis a todas as pessoas coletivas convencionais (i.e., personalidade, sujeição a imposto e benefício efetivo do rendimento).

Somos, portanto, da opinião que a ATA vinculou-se, por via de tal orientação genérica, ao entendimento de que todas as entidades, transparentes para efeitos fiscais no Estado de origem, não podem aceder às CDT's celebradas por Portugal. Sem prejuízo, devemos deixar claro que a vinculação da ATA a uma determinada posição não aufere, por si só, legitimidade a tal entendimento.

Com efeito, tal posição além de não vincular os contribuintes, os quais podem reagir judicialmente contra as decisões tomadas com base na circular, também não garante a

---

<sup>61</sup> Cf. Rocha, Joaquim Freitas, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 2021, p. 179-180. Cf. Art.ºs 55 do CPPT e 68-A da LGT.

<sup>62</sup> Cf. Art.º 6 do CPA, aplicável *ex vi* Art.º 2 da LGT. Cf. Almeida, Mário Aroso, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2022, p. 151.

procedência da tese. De facto, não sendo as circulares fontes de direito, as mesmas terão de ceder perante uma decisão contrária dos órgãos jurisdicionais competentes.

Desta forma, devemos analisar os argumentos que poderão justificar a limitação do acesso das entidades transparentes às CDT's. Neste contexto, a defesa mais convincente reconduz-se à concordância de tal posição com o elemento literal do art.º 4, n.º 1 da CMOCDE, dado que este prevê que um residente convencional será qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, esteja aí sujeita a imposto.

Da nossa leitura, tal artigo adota uma remissão para o direito interno do Estado de origem da entidade, o qual indicará se essa é ou não sujeita a imposto nessa jurisdição e mediante tal resposta (e mais nenhum critério) deverá o seu estatuto de residente convencional ser percecionado.<sup>63</sup>

Mais ainda, tal interpretação das normas convencionais sobre a residência apresenta-se de igual forma como a mais coerente com o objetivo primário dos tratados - a prevenção da dupla tributação internacional.<sup>64</sup> Com efeito, sempre que tais entidades escapem à sujeição de imposto, será difícil de aceitar o seu acesso direto aos tratados contra a dupla tributação, desde logo porque não se vê como tal fenómeno poderá ocorrer na esfera das mesmas, as quais não carecem por isso de tal proteção.

Concluindo, concordamos com a aproximação da ATA à posição promovida pela OCDE, no sentido de negar o acesso às CDT's por parte das entidades transparentes estrangeiras, que não sejam sujeitas a imposto no Estado de origem.

Ademais, tendo em conta o exposto, fica a dúvida sobre como conciliar tais conclusões com a posição externa do Estado Português, nomeadamente em face das reservas apresentadas no âmbito da CMOCDE (2017) e da Convenção Multilateral ("MLI").

Sobre a CMOCDE (2017), devemos começar por notar que tais reações não se reconduzem a reservas em sentido próprio, visto que tal instrumento apenas traduz uma recomendação, por parte do Conselho da OCDE, de um modelo de tratado a utilizar no futuro.<sup>65</sup> Neste sentido, tal

---

<sup>63</sup> Neste sentido, cf. Abreu, Miguel, "A aplicação subjetiva das Convenções contra a dupla tributação", Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, 2013, p. 396.

<sup>64</sup> Cf. Xavier, Alberto, op. cit., 2020, p. 98.

<sup>65</sup> Cf. Pires, Manuel, Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento, 1984, p. 586. Cf. Art.º 5 da Convenção da OCDE, conjugado com o art.º 18, al. b) das Regras de Procedimento da OCDE.

modelo não tem carácter vinculativo para os Estados-membros, sendo apenas submetido à sua apreciação para que estes o executem se e quando considerarem oportuno.<sup>66</sup>

De outro modo, no que concerne à (verdadeira) reserva efetuada quanto ao art.º 3 da Convenção Multilateral (“MLI”), devemos ponderar sobre quais os efeitos jurídicos que dela resultam. A formulação de reservas, neste âmbito, passa pela emissão de declarações unilaterais feitas por um Estado, pelas quais este visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições de um tratado.

Em conformidade, dado que *in casu* a reserva foi previamente autorizada pelo MLI, a mesma dispensa aceitação subsequente. Estando, assim, apta a modificar as relações jurídicas com todos os demais Estados Contratantes nos seus exatos termos, ou seja, eliminando *ab initio* as regras sobre entidades transparentes do art.º 3 e libertando o Estado Português da observância das mesmas.

Como tal, a nosso ver, os efeitos jurídicos de tal reserva limitam-se ao afastamento de certas obrigações jus-convencionais que, caso contrário, vinculariam o Estado Português.<sup>67</sup> Assim sendo, consideramos que tal reserva tem um efeito meramente subtrativo, no contexto específico do tratado a que diz respeito, falhando-lhe a capacidade para desvincular o mesmo dos esclarecimentos vinculativos que tenha prestado ao abrigo da legislação nacional, sob prejuízo de se violar o princípio da legalidade tributária.<sup>68</sup>

Perante as conclusões anteriores, consideramos que o legislador nacional deve intervir nestas matérias, no sentido de clarificar as opções de política fiscal que o Estado Português deseja adotar quanto às entidades transparentes estrangeiras. Em particular, urge atuar quanto às regras de acesso dos sócios / beneficiários às CDT’s, no lugar da entidade, uma área habitualmente esquecida pelo poder legislativo.

Podendo-se atuar, a título de exemplo, através de procedimentos amigáveis de uniformização de interpretação, para cada CDT, que explicitem qual o tratamento a conceder a tais entidades, por forma a reforçar a segurança jurídica do modo mais célere possível.

---

<sup>66</sup> Neste sentido, *vide* Ac. TCA Sul, de 21-05-2021, “*Não se refletindo a reserva n.º 43, efetuada por Portugal à [CMOCDE], no concreto conteúdo das CDT celebradas com a Holanda e com os EUA, a mesma não pode ser considerada na interpretação do alcance dessas mesmas CDT*”.

<sup>67</sup> Cf. Art.º 20, n.º 1 e 4, al. a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

<sup>68</sup> Em sentido contrário, *vide* Pichel, Paulo da Rocha, “Distribuição de Lucros de Sociedades Estrangeiras Sujeitas a um Regime de Transparência Fiscal Internacional a Sócio Residente Fiscal Não Habitual em Portugal - Algumas notas”, RDES, 2022, p. 307-308.

### **3.4 Do enquadramento tributário interno**

Em abstrato, não podemos afirmar que exista um enquadramento tributário interno especialmente desenhado para tributar entidades transparentes estrangeiras, dado que o sistema tributário português não dispõe de normas legais específicas para regular tal fenómeno.

Por conseguinte, para o direito interno tais entidades podem assumir o papel de entes não residentes recetores, ficando os seus rendimentos sujeitos a IRC, via retenção na fonte, desde que obtidos em território nacional ou podem assumir o papel de entes não residentes pagadores, tributando-se os rendimentos recebidos pelos sócios residentes em Portugal, em sede de IRS / IRC.

No entanto, as conclusões alcançadas quanto ao acesso de tais entidades às CDT's acabam por ter certos efeitos reflexos na aplicação das normas internas, e.g., em sede da dispensa de retenção na fonte, que exige a limitação da competência do Estado da fonte ao abrigo das CDT's.

De forma similar, cumpre-nos por último ponderar de que forma é que tal enquadramento internacional poderá condicionar a aplicação de certos benefícios fiscais, em particular quanto àqueles que dependem da situação tributária internacional dos sujeitos passivos.

O problema agrava-se particularmente quando conjugado com as regras de tributação das pessoas singulares vigentes em Portugal, em especial com o regime dos RNH. Com efeito, é equacionável que os beneficiários desse regime em Portugal sejam sócios de entidades transparentes estrangeiras.

Esse regime possibilita a isenção de tributação, em Portugal, de certas categorias de rendimentos obtidas no estrangeiro - em particular, dividendos. Ora, se o rendimento da entidade transparente não é sujeito a tributação na residência desta e se o estado de residência dos sócios renuncia ao direito de imposição, poder-se-á gerar um fenómeno de dupla não-tributação.

#### **3.4.1 Do regime dos residentes não habituais**

Em termos gerais, o regime dos residentes não habituais aplica-se a pessoas singulares que, não se tendo tornado residentes nos últimos cinco anos, relocalizem a sua residência fiscal para território nacional, aplicando-se durante dez anos consecutivos a partir do ano de inscrição.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Cf. Art.º 16, n.º 8 a 11 do CIRS.

Além disso, as vantagens do regime passam (i) pela isenção de certas categorias de rendimento, tal como definidas para efeitos de IRS, desde que obtidas no estrangeiro e (ii) pela tributação a uma taxa especial mais reduzida de certos rendimentos obtidos em território nacional.<sup>70</sup>

No caso dos rendimentos obtidos no estrangeiro, sublinhamos que as isenções de tal regime especial dependem das regras de atribuição do poder tributário das CDT's. Exigindo-se que, segundo a CDT aplicável, o rendimento ou possa ser tributado ao abrigo da competência cumulativa de ambos os Estados Contratantes (tributação potencial) ou seja tributado no outro Estado Contratante (tributação efetiva), dependendo da categoria do rendimento.

Vejamos, a título de exemplo, os requisitos do artigo 81.º, n.º 5, al. a) do CIRS, o qual isenta os rendimentos obtidos no estrangeiro desde que esses: (i) sejam passíveis de serem classificados no âmbito das categorias E, F, G e B do CIRS e (ii) possam ser tributados no Estado da fonte, em conformidade com as normas das CDT's.

Neste âmbito, consideramos que às entidades transparentes estrangeiras deverá ser negado o acesso às normas das CDT's, sempre que estas não se encontrem sujeitas a qualquer imposto sobre o rendimento no Estado de origem, uma vez que em tais situações essas entidades incumprem com as normas de residência convencionais. De igual forma, tal racional será aplicável *mutatis mutandis* aos casos em que não exista CDT celebrada por Portugal, dado que a al. b) do mesmo artigo continua a fazer depender as isenções do regime dos RNH da aplicação potencial das normas da CMOCDE.

Em face do exposto, concluímos que a presença de tais entes transparentes, numa qualquer estrutura, impede a aplicação das isenções previstas pelo regime dos RNH aos rendimentos obtidos no estrangeiro pelos seus beneficiários.

Tal conclusão poderá parecer um tanto insatisfatória, dado que no essencial os fundamentos da aplicação da isenção parecem estar cumpridos. Senão vejamos: (i) ocorre de facto a relocalização de uma pessoa singular de modo a obter o estatuto de RNH, (ii) os rendimentos por norma terão origem no estrangeiro e (iii) poderão ser sujeitos a tributação pelo Estado da fonte na esfera dos sócios / beneficiários da entidade.

Porém, como é sabido, o limite de qualquer boa interpretação teleológica estará na necessidade de esta dispor de um mínimo de correspondência verbal no elemento literal da

---

<sup>70</sup> Cf. Art.ºs 81, n.º 4 e 5 e 72, n.º 10 e 12 do CIRS.

norma.<sup>71</sup> Com efeito, quanto a nós, o princípio da legalidade tributária na sua vertente da tipicidade, impede-nos de considerar a atribuição de tal isenção, nos casos em que o RNH declare que o rendimento procedeu de uma entidade transparente estrangeira, porquanto tal ente não pode aceder aos tratados.

A problemática torna-se mais complexa, se ponderarmos, seguindo a “*look through approach*”, qual será então a fonte e a natureza de tal rendimento, i.e., caso uma entidade transparente estrangeira se dedique ao arrendamento de imóveis, será que devemos considerar que o rendimento obtido pelos sócios / participantes provém dos arrendatários.

Quanto a nós, consideramos que os “rendimentos obtidos através” destas entidades, para efeitos exclusivos da aplicação das CDT’s, deverão assumir a fonte e a natureza que teriam sem a interposição da entidade transparente, dado que tal solução será a que melhor respeita o âmbito subjetivo do tratado.<sup>72</sup>

O estudo da hipótese anterior leva-nos a ponderar sobre a aplicação dessa mesma perspectiva no plano interno, indagando se (e como) é que a transparência fiscal estrangeira impacta a qualificação dos rendimentos, recebidos por um sócio residente em tal circunstância, para efeitos do CIRS.

Como tal, atendendo à obscuridade de tal temática, dedicaremos o resto da nossa análise à mesma sobre o desígnio de um prisma que apelidaremos, na falta de melhor termo, de “reconhecimento da transparência fiscal estrangeira”.

## **4. Do reconhecimento da transparência fiscal estrangeira**

### **4.1 Da relevância da temática**

A presente temática, tal como referimos brevemente, enquadra-se no contexto das operações *inbound*, no âmbito das quais as entidades transparentes estrangeiras efetuam “transferências” de quantias pecuniárias aos seus participantes, residentes no território nacional.

Todavia, o estudo de tal temática não dispõe do mesmo grau de relevância em toda e qualquer situação *inbound*. Na realidade, tal estudo será particularmente relevante no contexto da aplicação das isenções do regime dos RNH’s, quando estes participem em entidades

---

<sup>71</sup> Cf. A título de exemplo, o Ac. do STJ, de 27-10-2021, relatora Anabela Russo.

<sup>72</sup> Cf. §12 do Comentário da OCDE ao Art.º 3 da CMOCDE (2017). Neste sentido, *vide* Santiago, Bruno e Ribeiro, Ana Carrilho, op. cit., 2021, p. 40-43.

transparentes estrangeiras, dado que o residente comum será tributado ao abrigo do *worldwide income principle*.

O núcleo da questão, partindo desta vez para uma análise puramente interna, relaciona-se com a determinação do tipo de rendimento em causa nessas “transferências”. Tal exercício é de extrema relevância, pois o acesso às vantagens do regime especial dos RNH, pressupõe um momento prévio de qualificação dos rendimentos, ao abrigo das categorias do CIRS, sem o qual a aplicação do regime torna-se inviável.

## 4.2 Da abertura ao direito fiscal estrangeiro

Neste âmbito, devemos ressaltar a posição defendida por BRUNO SANTIAGO e ANA RIBEIRO, a qual prima sem dúvida pela originalidade da perspetiva adotada.<sup>73</sup> Esta posição, reconduz-se à ideia de que o ordenamento jurídico nacional deve demonstrar abertura às soluções preconizadas pelo direito fiscal estrangeiro quanto à transparência fiscal.

No decorrer da sua exposição, tais autores extraem o mote de “*seguir a qualificação efetuada pelo outro Estado*” das ideias desenvolvidas pela OCDE no Relatório das Partnerships (1999), para efeitos da CMOCDE. Ainda assim, na opinião desses autores, tal postura não pertence apenas ao enquadramento internacional, sendo igualmente útil na aplicação do regime dos RNH.

Segundo entendemos, para estes ao aplicar aquele regime especial o Estado Português “(...) *deve inquirir o Estado da localização da entidade transparente sobre a forma como tributa os sócios não residentes dessa entidade, designadamente sobre quem consideram ser a entidade pagadora do rendimento (se a entidade transparente, se os seus clientes) e a natureza ativa ou passiva dos rendimentos imputados aos sócios, sendo que deve aceitar a qualificação (...) efetuada pelo Estado de localização da entidade transparente*”.

A título de exemplo, nos casos em que uma entidade transparente estrangeira exerça uma função de detenção de ativos (mobiliários ou imobiliários), no outro Estado Contratante, a tipologia de rendimentos daí resultante será transferível para os sócios / beneficiários.

Portanto, seguindo tal teoria, quaisquer “transferências” de fundos para os sócios, não só implicam que se considere a origem de cada item individualmente, como poderão subsumir-se

---

<sup>73</sup> Cf. Santiago, Bruno e Ribeiro, Ana Carrilho, op. cit., 2021, p. 43-44.

a rendimentos de capitais (cat. E), rendimentos prediais (cat. F) ou até incrementos patrimoniais (cat. G), de acordo com a atividade desenvolvida pela entidade transparente.

No mesmo sentido, caso a entidade transparente estrangeira se dedique a uma atividade ativa, será aplicável o mesmo racional. Devendo, assim, considerar-se os rendimentos obtidos através da entidade transparente estrangeira como rendimentos do trabalho (cat. A) ou rendimentos profissionais (cat. B), de acordo com as circunstâncias.

Os criadores deste racional, não só defendem que este permite a aplicação das isenções do art.º 81, n.º 4 e 5 do CIRS, dado que os sócios / beneficiários não têm limitações no acesso às CDT's, como possibilita a aplicação da taxa fixa de 20% às atividades de elevado valor acrescentado, ao abrigo do art.º 72, n.º 10 do CIRS.

Como argumentação, os autores indicam que a aceitação do regime jurídico-tributário estrangeiro apoia-se, em primeiro lugar, no respeito pelo direito estrangeiro e no princípio de maior proximidade. Mais ainda, tal posição deriva da ideia de “*amizade para com o direito estrangeiro*”, a qual favorece uma lógica de maior reciprocidade e interpenetração entre as diversas ordens jurídicas, resultando do reconhecimento pelo Direito da realidade económica.

Os promotores desta teoria, por meio de referência aos estudos de MIGUEL ABREU, realçam ainda outros dois argumentos favoráveis: (i) por um lado o art.º 14, n.º 5 do CIRC que, para efeitos dos requisitos da isenção de retenção na fonte nos dividendos, manda seguir as regras sobre residência da legislação fiscal do Estado de residência do sócio e (ii) por outro lado, o art.º 33 do CC, que define a lei pessoal aplicável às pessoas coletivas como a lei do Estado onde se situa a sede principal e efetiva da sua administração.<sup>74</sup>

### **4.3 Dos limites da aplicação do direito fiscal estrangeiro**

Face ao exposto, cumpre-nos agora efetuar alguns comentários sobre aqueles que entendemos serem os limites da posição previamente apresentada. Em especial, quanto ao reconhecimento da transparência fiscal estrangeira e o seu impacto sobre a qualificação de rendimentos, inclusive no contexto da aplicação das normas do regime dos RNH.

Neste contexto, somos da opinião que tais autores formulam tal teoria no seio dos temas da interpretação e qualificação em face da utilização, pelas normas unilaterais de Direito Tributário

---

<sup>74</sup> Cf. Abreu, Miguel, “Branch Report (Portugal)”, Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 99b, 2014, p. 659.

Internacional, de conceitos jurídicos unicamente subsumíveis pelo recurso a normas estrangeiras.

Um exemplo clássico de tal utilização, pode ser encontrado nas normas internas que sujeitam os não residentes a um tratamento tributário distinto, consoante sejam pessoas singulares ou coletivas.<sup>75</sup> De facto, num caso concreto, se estivermos perante um *trust* ou uma *partnership* estrangeira, vai ser necessário verificar nas leis de organização do Estado de origem, se esses entes são pessoas coletivas ou uma pluralidade de pessoas singulares.<sup>76</sup>

Na verdade, nos casos em que tais normas tributárias se dirigem a não residentes, armadas com conceitos jurídicos definidos no plano interno, é comum que a subsunção de um *quid* aos mesmos nem sempre possa ser efetuada tomado em conta apenas o ordenamento jurídico interno. Como no exemplo, por vezes, poderá ser preciso lançar mão do direito estrangeiro, por forma a concluir quanto ao cumprimento dos requisitos internamente definidos.

Somos da opinião, por isso, que a abertura às soluções do direito estrangeiro encontra-se limitada aos casos, e segundo os termos, previstos pelas normas tributárias internas, sob pena de se violar o princípio da legalidade fiscal, na sua vertente da tipicidade.

Dito de outro modo, as soluções estabelecidas pelo direito tributário estrangeiro poderão ser admitidas na ordem jus-tributária nacional, a qual poderá aliás aceitá-las sem mais. Contudo, tal aceitação, como com qualquer outra norma tributária, terá de ser prevista por lei prévia, em cumprimento dos desígnios constitucionais.<sup>77</sup>

Aqui chegados, descendo às normas concretas, tanto no regime dos RNH como no CIRS, cumpre avaliar se o elemento literal das mesmas dará guarida à aplicação interna da “*look through approach*”. Assim, verificamos que o art.º 81 do CIRS, na sua redação atual, nada refere sobre a forma como o regime interno deve categorizar os rendimentos provenientes de entidades transparentes estrangeiras, limitando-se a remeter para as categorias de rendimentos do CIRS.

Como tal, na nossa perspetiva, quaisquer “transferências” para sócios residentes (RNH ou não), por parte de uma entidade transparente estrangeira, devem ser qualificadas em primeiro lugar à luz das categorias de rendimentos do IRS.

---

<sup>75</sup> Compare-se, neste âmbito, o disposto no art.º 13, do CIRS, com a solução do art.º 2, do CIRC.

<sup>76</sup> Cf. Neste sentido, *vide* Xavier, Alberto, op. cit., 2020, p. 163.

<sup>77</sup> Cf. Art.º 103, n.º 2 e 3 da CRP, bem como o Art.º 8 n.º 1 da LGT, particularmente no que diz respeito à incidência (objetiva e subjetiva) dos impostos.

Neste sentido, tendo em conta o ordenamento nacional, cumpre-nos notar que inexistem qualquer norma que reconheça os efeitos da transparência fiscal estrangeira, que para essa remeta ou que regule o modo como se devem categorizar os rendimentos obtidos através de tais entidades.

Por isso, considerando a ausência de norma especial, resta-nos tão somente aplicar o regime geral de categorização de rendimentos, tal como previsto nos art.<sup>os</sup> 2 a 11 do CIRS, não sendo relevante para este saber se a entidade é transparente ou opaca, noutra Estado.

Neste enquadramento, devemos recordar que o legislador do IRS tipificou os rendimentos sujeitos a imposto através do recurso a tipos estruturais. Estes, correspondem a provisões normativas que procuram, por meio de sucessivas formulações, abranger todas as modalidades contratuais que possam levar à percepção de rendimento.<sup>78</sup>

Assim, seremos forçados a avaliar as características de tais “transferências”, caso a caso, por forma a discernir qual o negócio jurídico subjacente às mesmas. Ora, neste âmbito, consideramos que os indícios que permitem tal identificação reconduzem-se aos direitos, estabelecidos no acordo societário ou outro (caso exista).

Naturalmente, nem todas as situações serão similares, dado que os ordenamentos estrangeiros poderão sujeitar à transparência fiscal uma multitude de entidades, com ou sem personalidade jurídica e cujo regime constitutivo poderá não assumir natureza societária (e.g., estruturas fiduciárias).

Porém, nos casos em que por detrás de tal entidade transparente estrangeira exista um contrato social, devem ser tidos em conta os direitos por este criados quanto à distribuição do lucro amealhado. Em sentido contrário, a teoria anteriormente apresentada defende que tal contrato deve ser ignorado em favor das operações realizadas por essa entidade.

Quanto a nós, não podemos concordar, pois resulta claro que isso levaria à alteração das regras de incidência real do IRS, sem qualquer fundamento normativo. Na nossa perspectiva, consideramos que o exemplo dado levaria à qualificação dessas “transferências” como rendimentos de capitais (cat. E), ao abrigo dos termos genéricos estabelecidos no art.º 5, n.º 1 e 2, al. h) do CIRS.

---

<sup>78</sup> Cf. Morais, Rui, Sobre o IRS, 2014, p. 95 e ss.

De resto, a teoria anterior refere ainda que a lei pessoal aplicável às pessoas coletivas será a lei do Estado da sede, segundo o art.º 33, n.º 1 do CC.<sup>79</sup> Porém, de acordo com o n.º 2 desse artigo, compete à lei pessoal regular apenas temas do foro civil ou no limite do foro societário, não havendo qualquer referência ao foro tributário estrangeiro.

Por último, devemos abordar de que forma é que os nossos comentários interagem com a aplicação da “*look through approach*”, para efeitos exclusivos das CDT’s, particularmente tendo em conta o regime especial dos RNH.

Em essência, consideramos que tal regime especial impõe requisitos, apoiados tanto no direito tributário interno, como no direito tributário convencional, os quais apesar de serem cumulativos devem ser isoladamente ponderados.

O facto de a análise às CDT’s permitir, através da “*look through approach*”, um acesso direto aos sócios no (exato) lugar da entidade transparente estrangeira, por esta ver o seu acesso negado, não quer dizer que o regime dos RNH importe a transparência fiscal estrangeira, para efeitos de determinar a categoria do rendimento. Menos ainda, poderá ser assacada ao requisito internacional desse regime especial a imposição de se ignorar o negócio jurídico subjacente aos rendimentos percecionados.

Com efeito, tal como a doutrina já teve ampla oportunidade de concluir, as CDT’s têm uma relação muito particular com a lei interna.<sup>80</sup> Os tratados tanto restringem a aplicação da lei interna (faceta negativa), como indicam as situações em que a lei interna pode ser aplicada (faceta positiva).

Apesar de tudo, esta última faceta não implica que a tributação decorra dos tratados, i.e., estes não são fontes da sujeição dos contribuintes ao imposto. Na realidade, apenas permitem que essa exista ao definirem regras sobre a atribuição da competência tributária, tendo o tributo de ser sempre previsto pela lei interna.

Como resultado, nada obsta a que os exercícios de subsunção àqueles requisitos, um para efeitos das CDT’s e outro para efeitos do CIRS, cheguem a conclusões diversas quanto ao modo como o seu âmbito (objetivo e subjetivo) deve ser preenchido. Tal, na verdade, parece ser o caso das entidades transparentes estrangeiras quando encontram o regime dos RNH em situações *inbound*.

---

<sup>79</sup> Cf. De igual forma, quanto às sociedades comerciais, o Art.º 3, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais.

<sup>80</sup> Cf. Pires, Rita Calçada, Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 132.

Senão vejamos, para efeitos de garantir o acesso às CDT's, teremos de contornar a entidade, dado que somente os sócios / beneficiários poderão aceder aos mesmos. Contudo, ao categorizar o rendimento recebido por esses segundo as regras do CIRS, não dispomos de ferramentas normativas que nos permitam descartar o negócio jurídico subjacente em favor da transparência. Somos, pois, forçados a considerar as relações jurídicas, estabelecidas entre os sócios / beneficiários, na criação de tais entidades.

Concluindo, consideramos que o encontro entre o regime dos RNH e as entidades transparentes estrangeiras, em situações *inbound*, podem levar a resultados paradoxais, os quais podem tornar inviável o acesso ao regime, seja por parte dos sócios residentes ou pelos próprios entes transparentes.

Na nossa opinião, tanto o regime dos RNH como as regras de incidência do CIRS, ignoram as dificuldades criadas pelo contacto com regimes de transparência fiscal estrangeiros, e não estão preparados para lidar com os efeitos resultantes dos mesmos. Por essa razão, a intervenção do legislador nacional, no sentido da criação de soluções normativas que promovam maior segurança jurídica nesta área, seria recomendável.

#### **4.4 Das lições do direito comparado**

Numa perspetiva *de lege ferenda*, parece-nos útil proceder à consulta das soluções normativas adotadas pelas demais jurisdições, em face da transparência fiscal estrangeira, de modo a informar as opções de política fiscal do legislador nacional.

Para tal, utilizaremos como principal referência as conclusões do Relatório Geral do 68.º Congresso da IFA, organizado em 2014, de onde retiramos os elementos expostos de seguida.<sup>81</sup> Em termos gerais, muitos ordenamentos contam com definições internas que não só distinguem as entidades nacionais das estrangeiras, como também permitem classificar as mesmas como “opacas” ou “transparentes”, através dos mais variados critérios.

Na prática, a opção legislativa mais comum parece ser a introdução de uma referência genérica, a qual classifica uma entidade estrangeira como “opaca” caso a mesma seja equivalente ou semelhante às entidades domésticas “opacas”.

Tais países apoiam, por norma, as análises de comparabilidade em testes especialmente desenvolvidos para o efeito, os quais podem operar tendo por base uma mera aproximação (e.g.,

---

<sup>81</sup> Cf. Lang, Michael e Staringer, Claus, op. cit., 2014, p. 34-36.

Alemanha, Áustria, Luxemburgo) ou ser mais exigentes, requerendo uma estrita equivalência (e.g., Austrália, Espanha).

Por outro lado, alguns ordenamentos analisam as entidades estrangeiras pela sua personalidade jurídica, atribuindo o estatuto de opacidade somente às que possuem personalidade jurídica (e.g., Bélgica, Finlândia, México, Polónia e Rússia). De forma similar, valorizando características retiradas do direito civil local, outras jurisdições usam a presença / ausência de responsabilidade pessoal dos investidores para efetuarem a distinção (e.g., Noruega e Suíça).

Adicionalmente, existe uma categoria singular de países que não dependem de critérios isolados, mas ao invés disso utilizam uma abordagem mais abrangente, analisando a natureza da entidade (e.g., Reino Unido) ou a natureza das relações entre as partes, os seus direitos e obrigações legalmente estabelecidos (e.g., Canadá).

Mais ainda, procurando uma maior simplificação, alguns países escolheram considerar todas as entidades estrangeiras como “opacas”, independentemente da sua forma legal ou características particulares (e.g., Grécia e Itália).

Por último, temos os países que não parecem ter normas específicas no que toca à classificação de entidades estrangeiras (e.g., República Checa e França), os quais podem ou não adotar a solução do Estado de origem das entidades.

Neste contexto, para nós, a posição de Portugal acaba por se aproximar deste último grupo dado que, com poucas exceções em si limitadas (e.g., CFC rules), não criou normas tributárias especialmente talhadas para classificar entidades transparentes estrangeiras.

Tal posição, por comparação, parece ir contra a tendência maioritária verificada entre os demais países. Pois, não obstante as diferenças detetadas nos regimes concretos, é inegável a existência de uma tendência no sentido da regulação expressa do fenómeno da transparência fiscal estrangeira.

## **5. Conclusões**

Após o nosso estudo, dispomos de elementos para concluir que a presença de entidades transparentes estrangeiras, no decurso de negócios jurídicos tributáveis, levará à produção de efeitos relevantes na tributação, em Portugal, dos rendimentos daí decorrentes.

Quanto à delimitação conceptual do tema, concluímos que uma “*entidade transparente estrangeira*” será toda aquela que, por desígnio de lei estrangeira, não esteja sujeita ao pagamento de qualquer imposto sobre o seu rendimento, sendo os seus sócios tributados no seu lugar, segundo os critérios locais aplicáveis ao caso.

Neste âmbito, a primeira conclusão relevante prende-se com o facto de tais entidades serem incapazes de aceder aos benefícios das CDT’s, por incumprimento com as normas relativas à residência convencional, sempre que não se encontrem sujeitas a imposto no Estado de origem.

Por outro lado, a participação de entidades transparentes estrangeiras em operações económicas não conduzirá a grandes particularidades no enquadramento tributário interno aplicável, dado que este último carece de normas específicas para lidar com as mesmas.

Neste contexto, as exceções à regra serão os regimes tributários internos que dependam de alguma forma do enquadramento tributário internacional das operações, de que são exemplo a dispensa de retenção na fonte em IRC e certos benefícios fiscais em sede de IRS (e.g. regime dos RNH).

Ora, neste âmbito, concluímos que a presença da transparência fiscal estrangeira, particularmente em face do regime dos RNH, poderá levar a resultados paradoxais em que os testes de âmbito nacional e internacional de tal regime especial entram em contradição, impossibilitando a sua aplicação na generalidade das circunstâncias.

Por último, consultamos igualmente as soluções normativas adotadas pelas demais jurisdições, em face da transparência fiscal estrangeira, tendo identificado uma clara tendência no sentido da regulação normativa expressa de tal fenómeno.

## **Bibliografia**

ABREU, Miguel (2014) - “Branch Report (Portugal)”, Cahiers de Droit Fiscal Internacional, Volume 99b, Mumbai, p. 659.

ABREU, Miguel (2013) - “A aplicação subjetiva das Convenções contra a dupla tributação”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. Coimbra, Almedina, p. 396.

ALMEIDA, Mário Aroso (2022) - Teoria Geral do Direito Administrativo. Coimbra, Almedina, p. 151.

ALMEIDA, Veronica Scriptorum Freire (2009) - A Tributação dos Trusts. Coimbra, Almedina, p. 268-273.

ALMEIDA, Veronica Scriptorum Freire (2020) - O direito dos trusts na perspetiva internacional. Coimbra, Almedina, p. 103-148.

BRABAZON, Mark (2019) - After the Flood: Transparent and Hybrid Entities in Australian Treaties after the MLI. Legal Studies Research Paper Series, n. ° 19/61, University of Sydney Law School, p. 2-34.

BRABAZON, Mark (2020) - Holding Proteus: Emerging Treaty Practice on Hybrid and Fiscally Transparent Entities. British Tax Review, Issue 5, Sweet & Maxwell, p. 670-693.

CÂMARA, Francisco de Sousa da (2017) - The Taxation of Trusts in Portugal. European Taxation Journal, Nov. 2017, IBFD, p. 481-495.

COURINHA, Gustavo (2020) - Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Coimbra, Almedina, p. 55-65.

DOURADO, Ana Paula (2018) - Governação Fiscal Global. Coimbra, Almedina, p. 89-91.

DOURADO, Ana Paula (1996) - A Tributação dos Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Europeia. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal nº 175, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, pp. 17-34.

FAUSTINO, Manuel (2020) - Sobre a qualificação dos rendimentos obtidos no reembolso de obrigações. “Temas de IRS- Princípios Constitucionais, Tributação e Garantias”, Coordenação Paula Rosado Pereira, Coimbra, Almedina, p. 277-353.

FEUILLADE, M. C. (2012) - Aplicación del derecho público extranjero. Prudentia Iuris, Pontificia Universidad Católica Argentina, p. 98-100.

FIELD, Heather (2009) - “Checking in on the ‘Check-the-Box’”, Loyola of Los Angeles Law Review, p. 27-44.

HOYLE, Stephen (2014) - Chapter 16: United Kingdom. “Taxation of International Partnerships - Part Two: Country Surveys”, IBFD, p. 509-533.

LANG, Michael e STARINGER, Claus (2014) - Qualification of taxable entities and treaty protection. Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, Volume 99b, p. 34-797.

LOPES, Micaela A. M. (2018) - A transparência fiscal contributo para a compreensão do artigo 6.º do CIRC. Coimbra, Almedina, p. 16-75.

MACHADO, João Batista (1970) - Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis. Coimbra, Almedina, p. 379-388.

MACHADO, João Batista (2017) - Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra, Almedina, p. 30-103.

MACHADO, Jónatas e COSTA, Paulo (2016) - Manual de Direito Fiscal, perspectiva multinível. Coimbra, Almedina, p. 302.

MCGOWAN, M. T. (2021) - The classification of entities, and the meaning of "tax transparency", in United Kingdom tax law, Tese de Doutoramento em Direito. Amsterdão, Faculdade de Direito da Universidade Livre de Amsterdão, p. 11-13.

MENDES, João (1978) - Direito Civil: Teoria Geral. Lisboa, AAFDL, p. 630.

MERKS, Paulus and FRANKENBERG, Sebastian (2014) - Chapter 12: Netherlands. "Taxation of International Partnerships - Part Two: Country Surveys", IBFD, p. 383-409.

MESQUITA, Maria (1998) - As convenções sobre a dupla tributação. Lisboa, Centro de Estudos Fiscais - Direcção-Geral dos Impostos - Ministério das Finanças, p. 90-91.

MORAIS, Rui Duarte (2005) - Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado. Porto, Universidade Católica Editora, p. 183-189.

MORAIS, Rui Duarte (2007) - Apontamentos ao IRC. Coimbra, Almedina, p. 12-29.

MORAIS, Rui Duarte (2014) - Sobre o IRS. Coimbra, Almedina, p. 95-100.

MOREIRA, André Tavares de Mello (2016) - The Portuguese and the English tax transparency regimens, Tese de Mestrado em Direito. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 35-45.

NABAIS, José Casalta (1998) - O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra, Almedina, p. 23-90.

NABAIS, José Casalta (2017) - Direito Fiscal. Coimbra, Almedina, p. 30-252.

OBUOFORIBO, Belema (2018) - "Chapter 9: Scope of Tax Treaties – Persons Covered", Roy Rohatgi on International Taxation: Volume 1 Principles, 2018, p. 91-92.

OCDE (2018) - "OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress report July 2017 - June 2018", p. 25-26.

OCDE (2015) - “Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report”, p. 13-21.

OCDE (1999) - “The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships”, Issues in International Taxation n.º 6, p. 7-10.

PARADA, Leopoldo (2018) - Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach. Intertax, Vol. 46, Issue 12, p. 971-993.

PARADA, Leopoldo (2019) - Chapter 1: Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? “The Aftermath of BEPS - Part 1: New Law on Tax Treaty Entitlement”, IBFD, p. 1-20.

PEETERS, Bart (2016) - Classification of Foreign Entities for Corporate Income Tax Purposes. Corporate income tax subjects, Gutmann, D. [edit.], EATLP International Tax Series, n.º 12, IBFD, p. 59-70.

PEREIRA, Paula Rosado (2016) - Estudos Sobre IRS: Rendimentos de Capitais e Mais-Valias. Cadernos do IDEFF n.º 2, Coimbra, Almedina, p. 22-28.

PEREIRA, Paula Rosado (2020) - Princípios do Direito Fiscal Internacional. Coimbra, Almedina, p. 509-511.

PEREIRA, Paula Rosado (2022) - Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional. Coimbra Almedina, p. 143-146.

PEREIRA, Paula Rosado (2022) - Manual de IRS. Coimbra, Almedina, p. 101-129.

PFATTEICHER, Linda E.S. and KOTARBA, Chris (2014) - Chapter 17: United States. “Taxation of International Partnerships - Part Two: Country Surveys”, IBFD, p. 535-575.

PICHEL, Paulo da Rocha (2022) - “Distribuição de Lucros de Sociedades Estrangeiras Sujeitas a um Regime de Transparência Fiscal Internacional a Sócio Residente Fiscal Não Habitual em Portugal - Algumas notas”, Revista Direito Estado e Sociedade, 2022, p. 307-308.

PIRES, Manuel (1984) - Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento. Lisboa, Centro de Estudos Fiscais da Direção Geral das Contribuições e Impostos, p. 586.

PIRES, Rita Calçada (2018) - Manual de Direito Internacional Fiscal. Coimbra, Almedina, p. 132.

PINTO, Carlos Mota (2005) - Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra, Coimbra Editora, p. 296.

RAO, Siddhesh (2018) - Coverage of OECD Multilateral Instrument on India and Its Top 10 Tax Treaty Partners in Terms of Foreign Direct Investment. Intertax, Vol. 49, Issue 10, p. 434-449.

ROCHA, Joaquim Freitas (2021) - Lições de Procedimento e Processo Tributário. Coimbra, Almedina, p. 179-180.

SANTIAGO, Bruno e Ribeiro, Ana Carrilho (2021) - Tributação em Portugal de entidades transparentes localizadas no estrangeiro. Revista Eletrónica de Fiscalidade da AFP, Ano III, Número 1, p. 42.

SHOUERI, Luís Eduardo e TOMAZELA, Ramon (2021) - The Influence of the BEPS Multilateral Instrument on Tax Treaties Concluded by Non-signatory Countries. Intertax, Vol. 49, Issue 10, p. 818-843.

SCHWARZ, Jonathan (2021) - Schwarz on Tax Treaties. Londres, Wolters Kluwer, p. 167-168.

VASQUES, Sérgio (2018) - Manual de Direito Fiscal. Coimbra, Almedina, p. 326-337.

VOGEL, Klaus (2015) - Klaus Vogel on double taxation conventions / ed. Ekkehart Reimer, Alexander Rust. Amsterdão, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, Vol. 1, p. 125-126.

WEST, Jean-Philippe Van (2019) - Tax Treaty Entitlement and Hybrid Entities: Article 1(2) and Article 1(3) of the OECD Model (2017). European and International Tax Law and Policy Series, n.º 11, Series Editor Michael Lang, IBFD, p. 195-225.

WHEELER, Joanna C. (2007) - Conflicts in the attribution of income to a person. Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, Volume 92b, Subject 2, p. 28.

WHEELER, Joanna C. (2019) - Chapter 2: Some Thoughts about Transparency, Attribution and CFC Regimes and Their Interaction with Tax Treaties. “The Aftermath of BEPS - Part 1: New Law on Tax Treaty Entitlement”, IBFD, p. 21-35.

XAVIER, Alberto (1994) - El problema de las calificaciones en derecho tributário internacional. Revista de Derecho y Hacienda Publica, p. 663 e ss.

XAVIER, Alberto (1994) - Il problema delle qualificazioni nel diritto tributário. Rivista di Diritto Tributario, n.º 5, p. 523 e ss.

XAVIER, Alberto (2014) - Direito Tributário Internacional. Coimbra, Almedina, p. 3-190.

## **Decisões Administrativas:**

Ficha Doutrinária, informação vinculativa, processo n.º 2360/2016, com despacho concordante da Diretora Geral, emitida a 20 de dezembro de 2017.

Ficha Doutrinária, informação vinculativa, processo n.º 8153/2012, com despacho concordante do Substituto Legal do Diretor-Geral, emitida a 20 de março de 2014.

Ficha Doutrinária, informação vinculativa, processo n.º 794/2010, com despacho concordante do Substituto Legal do Diretor-Geral, emitida a 20 de março de 2014.

Despacho Informação, processo n.º 313/2014, com despacho concordante da Subdiretora-Geral, emitida a 18 de fevereiro de 2014.

Ficha Doutrinária, procedimento amigável de uniformização de interpretação processo n.º 1588/2010, com despacho concordante do Diretor de Serviços das Relações Internacionais, emitida a 20 de setembro de 2010.

Circular n.º 6/2009, emitida com despacho concordante do Diretor-Geral dos Impostos, a 6 de abril de 2009.

### **Decisões jurisprudenciais:**

Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão, processo n.º 083/12.0BEALM, datado de 27 de outubro de 2021, relatado por Anabela Russo.

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão, processo n.º 2476/16.5T8LSB.L1.S1, datado de 12 de novembro de 2020, relatado por Ilídio Sacarrão Martins.

Tribunal Central Administrativo Sul, Acórdão, processo n.º 2078/05.1BELSB, datado de 21 de maio de 2020, relatado por Tânia Meireles da Cunha.

Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), Decisão Arbitral, datada de 29 de outubro de 2019, relatado por Jorge Cabrita.

Tribunal Central Administrativo Sul, Acórdão, processo n.º 46/10.0BELRS, datado de 8 de fevereiro de 2018, relatado por Cristina Flora.