

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Fiscal



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

OS LIMITES À APLICAÇÃO DA *PRINCIPLE PURPOSE TEST*

Um exame à relação (de especialidade) entre as normas anti abuso específicas e a *principle purpose test* previstas na Convenção Modelo da OCDE

Manuel Sousa Ferreira

Sob a orientação do Senhor Professor Doutor Bruno Aniceto da Silva

Lisboa, Portugal

2025

Ao meu Pai e à minha Mãe, por todo o apoio e motivação.

Lista de Acrónimos e Abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BO	Beneficial Ownership Clause
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
Cfr.	Conforme
LoB	Limitation on Benefits
n.º	número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
op. cit	<i>opus citatum</i> (da obra citada)
p.	Página
pp.	Páginas
PPT	Principle Purpose Teste
segs.	Seguintes
UE	União Europeia
Vd.	Vide

Palavras-chave: *principle purpose test*; cláusulas específicas anti abuso; Ação 6 do plano BEPS.

Índice

1. Introdução	5
1.1. Contextualização	5
1.2. <i>Principle purpose test</i>	7
1.2.1. <i>A (aparente) cláusula de prevalência</i>	8
1.2.2. <i>Elemento subjetivo</i>	9
1.2.3. <i>Elemento objetivo</i>	10
2. A relação da PPT com as restantes cláusulas específicas	12
2.1. Cláusulas específicas anti abuso	16
2.1.1. Cláusula do beneficiário efetivo	16
2.1.1.1. <i>Contexto histórico</i>	16
2.1.1.2. <i>Âmbito de aplicação da cláusula do beneficiário efetivo</i>	20
2.1.2. Artigo 10.º da Convenção: período mínimo de detenção de 365 dias para as distribuições de dividendos	22
2.1.2.1. <i>Âmbito de aplicação da cláusula específica</i>	23
2.1.2.2. <i>Conclusão intermédia</i>	24
2.1.3. Artigo 13.º da Convenção: constituição em mais de 50% do ativo da sociedade alineada por bens imóveis	25
2.1.3.1. <i>Âmbito de aplicação da cláusula específica</i>	26
2.1.3.2. <i>Conclusão intermédia</i>	26
2.1.4. Cláusula da limitação de benefícios	28
2.1.5. Cumprimento <i>artificial</i> das cláusulas específicas anti abuso	29
3. Conclusão	31
4. Bibliografia	33

1. Introdução

1.1. Contextualização

O ponto de partida dos temas de direito fiscal internacional é e sempre será a dupla tributação. Esta consubstancia o fim e limites dos acordos bilaterais celebrados entre estados. Com efeito, o mesmo fluxo de rendimento ser tributado duplamente constitui um entrave à livre circulação de capitais e, naturalmente, deve ser eliminado ou mitigado através da celebração de acordos bilaterais. Nestes, os estados acordam em (i) restringir os seus poderes tributários – abdicando, parcialmente, da sua sobreria tributária – e, (ii) aplicar métodos de eliminação da dupla tributação: isenção ou crédito. Deste modo, há muitos anos a esta parte, foi comumente aceite pelos estados a necessidade de celebrarem acordos bilaterais, onde fossem estipuladas normas distributivas de alocação de poderes tributários, concedendo benefícios tributários, designadamente, a isenção de tributação ou taxas reduzidas de retenção na fonte.

No entanto, a celebração destes acordos bilaterais trouxe oportunidades de planeamento fiscal, tipicamente através do uso indevido dos Tratados ou da manipulação do conceito de residência¹. O tema do planeamento fiscal aceite e não aceite já foi amplamente discutido pela doutrina. Segundo entendemos, o conjunto de atos (ilícitos) que violem diretamente a letra e o espírito da lei é considerado planeamento fiscal não aceite, e é denominado pela doutrina como evasão fiscal. Pelo contrário, foi, durante muitos anos, planeamento fiscal aceite, o conjunto de atos (lícitos) que embora não violem diretamente a lei², contrariem o espírito das normas. Com efeito, empresas com presença em múltiplas jurisdições que pese embora não violem diretamente a lei, reorganizavam-se por forma, artificialmente, erodir a base tributável em jurisdições com níveis de tributação elevada e, simultaneamente, transferiam os lucros para jurisdições de baixo ou sem tributação.

A OCDE, apercebendo-se dos expedientes de elisão fiscal, decidiu atuar em quinze frentes, criando o projeto *base erosion and profit shifting* (“BEPS”) ou, erosão da base e transferência de lucros. O relatório final³ do projeto BEPS foi publicado em fevereiro de 2013 e contempla

¹ Vd. OCDE (2013), “*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*”, pp. 20-22, parágrafo 75, consultado em 04/07/2025 e disponível em <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatorystatementmultilateralconventiontoimplementtaxtreatyrelatedmeasuresstopreventBEPS.pdf>.

² Vd. Leitão, Menezes, “*Evasão e Fraude Fiscal Internacional, Estudos de Direito Fiscal*”, Almedina, 1999, pp. 110-117.

³ Cfr. com o relatório final do projeto BEPS. Consultado em 04.07.2025 e disponível em https://www.oecd.org/en/publications/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en.html.

quinze ações⁴ – cada uma com um objetivo distinto – representativas de áreas críticas de intervenção ao nível da legislação doméstica e internacional de cada estado. No entanto, os países pertencentes ao quadro inclusivo do BEPS⁵ não foram obrigados a implementar as quinze ações, muitas eram diretrizes e recomendações a seguir. A OCDE estabeleceu que apenas determinadas ações seriam de implementação obrigatória⁶. A ação seis que versa sobre a “prevenção na atribuição de benefícios da Convenção em circunstâncias impróprias”⁷ é de implementação obrigatória e será a ação analisada pela presente dissertação.

No âmbito da ação seis, a OCDE estipulou⁸ as principais práticas a serem combatidas e as medidas necessárias (e obrigatórias) que os estados devem implementar para solucionar a questão.

Primeiro as principais práticas a serem combatidas. Abstratamente, existem várias formas de elisão fiscal. Nem todas são visadas pela ação seis. Naturalmente que o objetivo, *latu sensu*, da ação seis do BEPS é combater todos os comportamentos indevidos que desvirtuem o espírito das normas. No entanto, a OCDE pretendeu combater uma forma específica de elisão fiscal, o “*treaty shopping*”⁹. Este é caracterizado pelo comportamento de contribuintes residentes num estado terceiro – no sentido do estado que não celebrou um acordo bilateral – explorarem as limitações de um acordo bilateral celebrado entre (outros) dois estados com o objetivo de aceder, indiretamente, aos benefícios nele previstos¹⁰. Analisaremos adiante alguns comportamentos identificados pelos comentários à Convenção Modelo da OCDE.

Segundo as medidas a serem (obrigatoriamente) implementadas¹¹. Identificadas que foram as práticas a serem combatidas, a OCDE escolheu dois grupos de medidas a serem implementadas (i) a incorporação do novo título e preâmbulo – que ratifica o objetivo primordial dos acordos bilaterais, a eliminação da dupla tributação, e, adiciona um novo objetivo igualmente importante, o combate às práticas indevidas de “*treaty shopping*”¹² – e,

⁴ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”, pp. 2-15. Consultado em 05.06.2025 e disponível em [Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report \(EN\)](#).

⁵ Para consulta dos países pertencentes ao quadro inclusivo do BEPS, Vd. <http://www.oecd.org/tax/>, consultado no dia 02.07.2025.

⁶ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

⁷ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

⁸ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

⁹ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

¹⁰ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

¹¹ Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

¹² Vd. OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

cumulativamente, (ii) *implementar uma de três opções* – (a) somente uma cláusula anti abuso geral denominada PPT; (b) uma cláusula anti abuso geral denominada PPT juntamente com uma cláusula de limitação de benefícios (LOB”) simplificada, ou; (c) uma cláusula de limitação de benefícios (“LOB”) detalhada juntamente com um pacote de cláusulas anti abuso específicas na lei doméstica¹³.

Surpreendentemente, a maioria dos estados optou por incorporar somente a PPT¹⁴ prevista no artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo. A incorporação massiva da PPT nos acordos bilaterais existentes justifica a relevância do tema que nos propomos desenvolver.

1.2. Principle purpose test

Com a publicação do relatório final da ação seis, foi incorporado no número 9 do artigo 29.º da Convenção Modelo da OCDE a seguinte cláusula:

“Independentemente das restantes disposições da presente Convenção, deverá ser negada a atribuição de um benefício ao abrigo da presente Convenção respeitante a matéria de rendimento ou capital se for razoável concluir, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos para a celebração de qualquer esquema ou transação que resultou direta ou indiretamente em tal benefício, salvo se for possível garantir que a concessão de tais benefícios nessas circunstâncias esteja em conformidade com o objeto e propósito das disposições relevantes da presente Convenção”¹⁵.

A PPT pode ser classificada como uma cláusula geral anti abuso. Tipicamente, uma cláusula geral tem o seu âmbito de aplicação definido – aplica-se a todos os casos. Porém,

¹³ *Vd.* OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op. cit.*, pp. 2-15.

¹⁴ Atualmente, já ratificaram o instrumento multilateral 105 países. Esta informação foi atualizada no dia 18 de junho de 2025, disponível em [Signatories and Parties \(BEPS MLI Positions\)](#), consultado no dia 02/07/2025.

¹⁵ *Vd.* o artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo da OCDE, consultado em 02/06/2025 e disponível em <https://www.oecd.org/en/topics/oecd-model-tax-convention-on-income-and-on-capital.html>. Tradução nossa do disposto no artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo da OCDE: “*Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention*” e “*Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d’un élément de revenu ou de fortune s’il est raisonnable de conclure, compte tenu de l’ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l’octroi de cet avantage était l’un des objets principaux d’un montage ou d’une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l’obtenir, à moins qu’il soit établi que l’octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l’objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention*”.

como sabemos, outras cláusulas anti abuso específicas foram adicionadas à Convenção e fazem parte integrante do objeto e das finalidades que a Convenção pretende atingir. Nessa medida, tipificada a PPT na Convenção, urge determinar em que medida estas cláusulas específicas continuam a ter aplicabilidade prática.

Assumimos, assim, como pressuposto nesta investigação que a PPT não tem o seu âmbito de aplicação definido. Com efeito, analisaremos as cláusulas específicas que possam estar em conflito de normas com a PPT, com o objetivo de delimitar o escopo de aplicação de ambas.

A aplicação da PPT está dependente da verificação de alguns requisitos cumulativos. Naturalmente, a presente dissertação não os analisará a todos – dado a irrelevância de alguns dos seus elementos para o objeto em análise –, apenas os relevantes para o nosso tema. Deste modo, começaremos por analisar o corolário da relação entre a PPT e as demais cláusulas da Convenção, (i) a cláusula de prevalência; de seguida, veremos em que casos pode a PPT ser aplicada ao abrigo do seu (ii) elemento subjetivo e, (iii) elemento objetivo.

1.2.1. A (aparente) cláusula de prevalência

Uma cláusula de prevalência é caracterizada por predominar sobre todas as restantes. Mesmo que implique tornar todas as restantes letra morta. Neste ponto analisaremos o significado do excerto inicial da cláusula onde se pode ler “*independentemente das restantes disposições da presente Convenção*”¹⁶. Este constitui o corolário da dissertação.

A PPT é uma cláusula geral de direito internacional. Nessa medida, a interpretação a atribuir à cláusula está dependente das regras de direito internacional. Mormente, da Convenção de Viena de Direito dos Tratados. Com efeito, os conceitos de direito internacional devem ser interpretados de acordo com os “*termos utilizados, tendo por base o contexto, o seu objeto e fim*”¹⁷. Não termina por aqui. A Convenção de Viena refere ainda que “*faz parte do contexto da norma, o seu texto, preâmbulo e anexos incluídos*”¹⁸. Ora, pela ordem sistemática dos elementos interpretativos estipulados pela Convenção de Viena, existe cristalinamente prevalência da interpretação literal sobre as restantes. Deste modo, o sentido comum a atribuir

¹⁶ *Vd.* o artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo da OCDE, consultado em 02/06/2025 e disponível em <https://www.oecd.org/en/topics/oecd-model-tax-convention-on-income-and-on-capital.html>.

¹⁷ *Cfr.* com a Convenção de Viena do Direito dos Tratados, disponível em [Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados](#), consultado em 02/08/2025.

¹⁸ *Cfr.* com a Convenção de Viena..., *op. cit.*

aos termos utilizados pelo legislador deve prevalecer; não obstante, o sentido dos termos utilizados tem de estar em conformidade com o contexto, objeto e fim da PPT.

Primeiro o elemento literal da interpretação. O relatório final da ação seis foi publicado em duas línguas oficiais, em inglês e francês. A cláusula geral começa por prever que a sua aplicação é “*notwithstanding the other provisions of this Convention*”¹⁹ e “*nonobstant les autres dispositions de la présente Convention*”²⁰. De acordo com o dicionário de inglês Webster’s New World²¹, o termo “*notwithstanding*” é sinónimo de “*spite of the fact that*” ou “*although*”; e, pelo dicionário francês Larousse²², o termo “*nonobstance*” é significado de uma “*clause qui signifie qu’un acte a une valeur indépendante de tous les obstacles qu’on chercherait à lui opposer*” ou “*não se opondo*”.

Deste modo, e havendo consenso na tradução literal do termo utilizado “*notwithstanding*” e “*nonobstance*”, a tradução adequada para língua portuguesa é a palavra “*independentemente*”. Assim, conforme defende KUŹNIACKI²³ a aplicação da PPT é independente das restantes cláusulas dispostas na Convenção. Pelo que, a primeira conclusão a retirar do elemento literal é a existência de uma cláusula de prevalência. Assim, caso a nossa análise terminasse no elemento literal, seríamos forçados a concluir que a PPT, enquanto cláusula geral, a PPT tem o seu âmbito de aplicação definido – aplica-se a todos os casos, incluindo os casos que estão dentro do âmbito de aplicação das restantes normas da Convenção.

Não obstante, o sentido a atribuir aos termos utilizados tem de estar em conformidade com o objeto e fim da norma. O mesmo é dizer que os termos utilizados – que constituem o elemento literal de interpretação – têm de coincidir com o espírito que o legislador pretendeu atribuir à norma.

1.2.2. Elemento subjetivo

De um modo geral, a aplicação da PPT está dependente do preenchimento de alguns requisitos, designadamente do elemento subjetivo. Este elemento cinge-se à prova, pelas autoridades tributárias, de que, seja razoável concluir, tendo em consideração todos os factos e

¹⁹ *Vd.* o artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo da OCDE, consultado em 02/06/2025 e disponível em <https://www.oecd.org/en/topics/oecd-model-tax-convention-on-income-and-on-capital.html>.

²⁰ *Vd.* o artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo..., *op. cit.*

²¹ “*Notwithstanding*” *Vd.* Webster’s New World, College Dictionary, Third Edition, p. 1247.

²² “*Nonobstance*” *Vd.* Larousse, Dictionnaire de la langue française, p. 1189.

²³ *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2018) “*The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application*”, World Tax Journal, Vol. 10, Número 2, 2018, pp. 231-250.

circunstâncias relevantes, que a “a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos para a celebração de qualquer esquema ou transação”²⁴.

O legislador internacional pretendeu que as administrações tributárias pudessem não conceder os benefícios da Convenção, nos casos em que a transação tenha por base uma motivação (meramente) fiscal. A prova de uma motivação parece uma prova praticamente impossível de realizar. Nessa medida, a prova foi simplificada, bastando que seja razoável concluir que houve uma motivação fiscal.

Com efeito, vejamos o significado atribuir aos termos utilizados na cláusula geral. Em primeiro lugar, “um dos (principais) objetivos” significa que a motivação não tem de ser única. Podem existir outras motivações e, ainda assim, a fiscal ser uma delas. Por hipótese, determinada transação pode ter uma motivação fiscal e económica e a fiscal ser principal na mesma. Em segundo lugar, “um dos principais (objetivos)” significa que a motivação fiscal não tem de ser a primordial. Podemos ter uma motivação principal económica e a fiscal, ainda assim, ser uma das principais.

Deste modo, o objetivo principal (ou a motivação principal) está entre a motivação única e a essencial. Pode ser menos do que a motivação única e a essencial e ainda assim o elemento subjetivo estar preenchido. À *contrário*, o elemento subjetivo não estará preenchido quando a motivação fiscal é negligenciável. Isto é, quando a transação seja realizada independentemente da obtenção do benefício da Convenção.

1.2.3. Elemento objetivo

Preenchido que esteja o elemento subjetivo, para que a PPT possa ser aplicada é necessário o não preenchimento do elemento objetivo – “salvo se for possível garantir que a concessão de tais benefícios nessas circunstâncias esteja em conformidade com o objeto e propósito das disposições relevantes da presente Convenção”²⁵. A prova do elemento objetivo cabe aos contribuintes e caracteriza-se pela oportunidade de estes poderem demonstrar que a obtenção do benefício naquelas condições é consistente com o objetivo e finalidade da Convenção²⁶. Nesta medida, o elemento objetivo configura um dos limites à aplicação da PPT.

²⁴ *Vd.* o artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo da OCDE, consultado em 02/06/2025 e disponível em <https://www.oecd.org/en/topics/oecd-model-tax-convention-on-income-and-on-capital.html>.

²⁵ *Vd.* o artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo..., *op.cit.*

²⁶ *Vd.* CHAND, Vikram (2018), “The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis”, *Intertax*, 46, Issue 1, 2018, pp. 21-28.

Para averiguar o objetivo e finalidade da Convenção, para além do seu texto e anexos, é fulcral a análise do preâmbulo onde estão explicados os objetivos primordiais da Convenção. Entre eles, a (i) eliminação da dupla tributação (ii) sem criar oportunidades de tributação reduzida ou dupla não tributação (incluindo através dos expedientes de *treaty shopping*)²⁷. Deste modo, para além da eliminação da dupla tributação, os benefícios concedidos pela convenção não podem permitir práticas de tributação muito reduzida ou dupla não tributação. Nesta medida, por forma a acautelar estas práticas, a OCDE aditou requisitos às normas da Convenção, com vista a alinhar os objetivos da Convenção com a concessão dos benefícios da Convenção. Com efeito, aditou normas específicas anti abuso que determinam limites (de abuso) a partir dos quais existirá uma situação de abuso que desvirtua o espírito atribuído à norma (i.e., períodos mínimos para a detenção de participações sociais, entre outros).

Na medida em que PPT não dispõe do seu âmbito de aplicação definido, a sua introdução num acordo bilateral, pode, em certa medida, desvirtuar os benefícios por ele concedidos. Mormente, a abrangência da PPT permite que as administrações tributárias possam negar os benefícios da Convenção em situações compreendidas pela objeto e finalidade da própria Convenção. Com efeito, a discricionariedade de fundamentos que podem ser invocados pelas administrações tributárias causa naturalmente insegurança no sistema de tratados bilaterais.

Pelo supra exposto, cremos que a introdução do elemento objetivo visa, primordialmente, garantir a concessão dos benefícios sempre que estes se demonstrem alinhados com os objetivos e finalidades da Convenção. Não podendo, por isso, as administrações tributárias negar os benefícios da Convenção quando estes se encontrem naturalmente em conformidade com o preâmbulo da Convenção. Adiante veremos com mais detalhe situações em que o elemento objetivo será determinante para a manutenção dos benefícios da Convenção.

²⁷ *Vd.* OCDE (2015), “*Preventing the Granting...*”, *op.cit.*, p. 2-11.

2. A relação da PPT com as restantes cláusulas específicas

Nesta discussão há duas correntes possíveis: (i) defender a posição de que a norma geral [PPT] foi intencionalmente dotada de uma cláusula de prevalência e deverá, nessa medida, sobrepor-se a todas as restantes previstas na Convenção; ou (ii) defender, como MORENO²⁸ e CHAND²⁹, que o princípio da especialidade deve regular a relação entre ambas as normas, definindo que as circunstâncias previstas pelas normas específicas não podem ser sujeitas à PPT³⁰. Nas próximas páginas, o autor defenderá a posição (ii) apresentando os argumentos a favor e contra desta posição.

Por descuido do legislador internacional, a introdução da PPT na Convenção Modelo sem uma disposição que expressamente regule a interação entre normas, determinou uma sobreposição de âmbitos de aplicação. Havendo um conflito de normas, teremos de recorrer aos princípios gerais para dirimir o conflito, designadamente, ao princípio da especialidade e hierarquia de normas (se aplicável).

O princípio da hierarquia de normas, no caso concreto, não resolve o conflito de normas. Segundo entendemos, não existe uma hierarquia relevante, quer de valor probatório ou aplicação das normas no tempo, que possa afastar a aplicação de uma em detrimento da outra.

No entanto, conclusão diferente pode ser retirada da aplicação do princípio da especialidade. Segundo este princípio, a aplicação de uma norma especial afasta a aplicação da norma geral³¹. Naturalmente que a norma especial ao regular uma circunstância em concreto, dispõe da solução adequada ao caso concreto. Nessa medida, será benéfico a aplicação da norma especial, sempre que possível. Por maioria de razão, sendo a norma geral aplicada somente às circunstâncias não previstas pela norma especial, existe um certo carácter de complementaridade da geral face à especial. Aquela aplicar-se-á aos casos não cobertos pela norma especial.

O primeiro argumento a favor da aplicação do princípio da especialidade na interação entre normas anti abuso prende-se com o papel que as normas específicas desempenham na

²⁸ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” and “The New” Live Together? The Principle Purpose Test and Other Anti-Avoidance Instruments in Tax Treaties”, *Intertax*, 49, Issue 10, 2021, pp. 771 – 785, disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/49.10/TAXI2021079>

²⁹ *Vd.* CHAND, Vikram, “The Interaction of the Principle Purpose Test (and the Guidance Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules”, *Intertax*, 49, Issue 2, 2018, pp. 115 – 123, disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/46.2/TAXI2018013>.

³⁰ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old...””, *op. cit.*, pp. 771 – 785.

³¹ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old...””, *op. cit.*, pp. 771 – 785.

Convenção Modelo. Estas foram incluídas no elenco de requisitos cumulativos com o objetivo claro de alinhar a concessão dos benefícios com o objeto e finalidade prosseguidos pela Convenção. Assim, por maioria de razão, o cumprimento das normas específicas baliza, em certa medida, a concessão dos benefícios. Seria, portanto, perverso permitir às administrações tributárias fazerem uso da PPT para não conceder benefícios que as normas específicas atribuiriam. O mesmo é dizer que a PPT seria aplicada contra o objeto e finalidade prosseguido pela própria Convenção.

À contrário, defender o carácter de prevalência da PPT tornaria todas as restantes normas específicas letra morta. Com efeito, mesmo que um contribuinte genuinamente cumpra o limite imposto pela norma específica, poderia vir a PPT desconsiderar os benefícios com base na mesma circunstância que passou o teste da cláusula específica. Cremos que não tenha sido esse o espírito do legislador internacional na concessão da PPT. Caso contrário, porque não retirar as normas específicas ou negligenciar, pelo menos, a sua aplicação?

Alinhado com este entendimento, o princípio da segurança e certeza jurídica impõem a aplicação do princípio da especialidade. Conforme explica VASQUES, “*o direito fiscal, à semelhança do direito penal, reveste redobrada importância, desde logo porque os tributos representam uma ablação coativa do património. Ao planear a sua atividade e ao gerir o seu quotidiano, famílias e empresas precisam de poder confiar na lei tributária e nas orientações da administração, fundando nestas muitas decisões cujos efeitos económicos se prolongam no tempo. A previsibilidade e a constância da lei, que se dirão sempre aconselháveis em qualquer área do ordenamento jurídico, tomam-se de superlativa importância quando lidamos com taxas, contribuições ou impostos*”³². Deste modo, é notório que a previsão de normas específicas que contemplem limites concretos segundo os quais a concessão de benefícios se encontre alinhados com o espírito da Convenção, respeita a segurança e certeza jurídica que se impõe a qualquer sistema tributário. Nesta medida, a atribuição de um carácter de prevalência desvirtua, na nossa opinião, a segurança jurídica e previsibilidade imposta por qualquer sistema tributário que deseje atrair investimento. Pelo que, a articulação imposta pelo princípio da especialidade prossegue o princípio da segurança e certeza jurídica; o mesmo não se pode afirmar relativamente ao carácter de prevalência.

³² *Vd.* VASQUES, Sérgio, “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, 2.^a Edição, 2011, pp. 338 – 350.

Um terceiro argumento decisivo, na nossa opinião, é a exceção prevista na PPT – o preenchimento do elemento objetivo³³. Quando analisámos a PPT verificámos que, ainda que todos os seus restantes elementos se encontrem preenchidos, caso o contribuinte faça prova inequívoca de que a concessão dos benefícios da Convenção está em conformidade com o objeto e finalidade desta, a PPT não poderá ser aplicada³⁴. O mesmo é dizer que a PPT prevê, na própria letra da norma, a imposição do princípio da especialidade.

Ora, antes da introdução das normas específicas, o mero preenchimento dos requisitos cumulativos encontrava-se alinhada com o objetivo e finalidade da Convenção e, nessa medida, permitia a concessão dos benefícios da Convenção. Assim, o aditamento das normas específicas reflete a necessidade de alinhar a concessão dos benefícios com o espírito das normas. Nessa medida, e conforme dissemos acima, a tipificação desta baliza os objetivos e as finalidades prosseguidos pela Convenção, na concessão dos benefícios. Deste modo, a mera prova do cumprimento da norma específica permite ao contribuinte afastar a aplicação da PPT³⁵.

Com efeito, o desfecho do exemplo E³⁶ dos comentários ao artigo 29.º da Convenção Modelo da OCDE defende esta posição. Adiante iremos explorar as consequências práticas deste exemplo. A OCDE, com vista a demonstrar que o mero cumprimento dos limites arbitrários impostos pelas cláusulas específicas é suficiente para a concessão dos benefícios da mesma (pois está em conformidade com o seu objeto e finalidade), expôs o seguinte: a empresa Rco, residente no estado R, detém uma participação social de 24% na empresa Sco, residente no estado S, durante o período de 5 anos. Imediatamente após a entrada em vigor de um acordo bilateral celebrado entre os dois estados (R e S), a Rco decidiu aumentar a sua participação para 25% por forma a cumprir os requisitos cumulativos do artigo 10.º e, assim, poder aproveitar o benefício prevista na Convenção. O presente exemplo assume que a motivação do aumento da participação é meramente fiscal, no sentido de a razão principal e única para o seu acontecimento foi para aceder ao benefício previsto na Convenção. O mesmo é dizer que o elemento subjetivo da PPT se encontra preenchido. Partindo deste pressuposto, a OCDE afirma que, ainda assim, a PPT não pode ser aplicável neste caso, dado que está previsto que conceder

³³ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old...”, *op. cit.*, p. 12.

³⁴ *Vd.* CHAND, Vikram (2018), “The Principal Purpose...”, *op. cit.*, p. 5-12.

³⁵ *Vd.* CHAND, Vikram (2018), “The Principal Purpose...”, *op. cit.*, p. 34-39.

³⁶ *Vd.* OCDE (2017) “Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017”, parágrafo 173, pp. 585-590. Consultada em 01/06/2025 e disponível em https://www.oecd.org/en/publications/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en.html.

o benefício naquelas circunstâncias prossegue o objeto e finalidade do artigo mencionado³⁷. Conclui dizendo que, a norma específica utiliza um limite arbitrário de 25% para definir quais são os acionistas que podem beneficiar da taxa reduzida de retenção na fonte. Neste sentido, um contribuinte que genuinamente aumente a participação social com o objetivo principal e único de cumprir com este requisito, está a atuar em conformidade com o espírito da norma³⁸.

Pelo exposto, existem argumentos fortes que nos permitem defender a aplicação do princípio da especialidade ao caso concreto. No entanto, existem dois argumentos igualmente válidos que nos dizem em sentido contrário.

O primeiro já analisamos e prende-se com a previsão de uma cláusula de prevalência. A norma foi publicada em duas línguas oficiais, inglês e francês, e, em ambas, a tradução literal dos termos utilizados atribui inequivocamente o carácter de prevalência à PPT. Vimos, no entanto, que existem outros elementos interpretativos igualmente importantes e que permitem, em certa medida, desconsiderar este argumento.

O segundo argumento contra o princípio da especialidade prende-se com a repartição das regras do ónus da prova. O cumprimento dos limites impostos pelas normas específicas deve ser expressamente provado pelos contribuintes; ao passo que, a aplicação da PPT está dependente de prova – simplificada, como vimos – por parte das administrações tributárias. Nesta medida, uma vez que a PPT depende da prova pelas administrações, à partida, a sua aplicação estará mais condicionada do que as normas específicas. Nessa medida, a sua aplicação não se deverá confundir com a aplicação das normas específicas, no sentido de poder ser aplicada independentemente da aplicação da norma específica. Deste modo, o carácter de prevalência poderia ser justificado neste sentido.

Pelo supra exposto, é notório que as normas especiais contêm o seu âmbito de aplicação concretamente definido. Caso contrário, não seriam norma especiais. Se entendermos – como é o nosso caso – que o princípio da especialidade deve aplicar-se, podemos também afirmar que, em certa medida, o âmbito de aplicação das normas especiais delimita, *à contrário* – ou, pela negativa –, o âmbito da norma geral. Com efeito, a norma geral deve aplica-se a todos os casos não cobertos pela norma especial. Nesta medida, podemos concluir os casos em que a PPT não pode ser aplicada. Vejamos, de seguida, casos em concreto.

³⁷ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention...*”, *op.cit.*, parágrafo 173, pp. 585-590.

³⁸ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention...*”, *op.cit.*, parágrafo 173, pp. 585-590.

2.1. Cláusulas específicas anti abuso

Vimos anteriormente que as cláusulas específicas têm um âmbito de aplicação curto e concretamente definido. São exemplos designadamente (i) a *cláusula do beneficiário efetivo*; (ii) o *período mínimo de detenção de 365 dias para as distribuições de dividendos*; (iii) o *ativo da sociedade alienada não ser constituído em mais de 50% por bens imóveis* e (iv) a *cláusula de limitação de benefícios*; Vejamos, de seguida, as diretrizes impostas pelos comentários à Convenção Modelo e em que medida o princípio da especialidade pode estar refletido nestes comentários.

2.1.1. Cláusula do beneficiário efetivo

Para KUŹNIACKI a cláusula do beneficiário efetivo é uma cláusula específica de atribuição de rendimentos³⁹. Não é uma cláusula anti abuso. Nessa medida, a sua relação com a PPT é *sui generis* e não deverá ser extensível às restantes cláusulas específicas anti abuso.

Não obstante, tanto as administrações tributárias como a jurisprudência têm aplicado indiscretamente a cláusula do beneficiário efetivo para combater situações de abuso⁴⁰. Deste modo, e antes de procedermos à análise que nos propomos, vejamos o contexto histórico do seu aparecimento, com vista a definirmos o seu âmbito e espírito.

2.1.1.1. Contexto histórico

A cláusula de beneficiário efetivo foi incluída na Convenção Modelo da OCDE em 1977. Mormente, nas disposições relativas a rendimentos passivos: dividendos, juros, royalties e outros rendimentos. Não foi, porém, incluída no pagamento de lucros empresariais nem nas mais-valias. Esta referência ao beneficiário efetivo era limitada, mencionando apenas que o *“estado da fonte não podia ver os seus poderes tributários limitados ao aplicar uma taxa reduzida de retenção na fonte, quando fosse interposto um agente ou representante entre o beneficiário do rendimento (ou acionista último) e o pagador do mesmo”*⁴¹.

Apesar deste termo ter sido amplamente incluído em todos os Tratados, esta cláusula foi ignorada durante muitos anos. Até que, em 1986, a OCDE produz um relatório relativo às

³⁹ *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2023) *“Beneficial Ownership in International Taxation and Biosemantics – Why a Redundant, Paradoxical and Harmful Concept Can Be a Potent Weapon in the Hands of the Tax Authorities”*, Bulletin for International Taxation, Volume 77, n.º 2, pp. 42-52. Consultado em 17/06/2025 e disponível em [oecd_international-beneficial-ownership-in-international-taxation-and-biosemantics-why-a-redundant-paradoxical-and-harmful-concept-can-be-a-potent-weapon-in-the-hands-of-the-tax-authorities-ibfd.pdf](https://www.oecd.org/tax/bulletin-for-international-taxation/beneficial-ownership-in-international-taxation-and-biosemantics-why-a-redundant-paradoxical-and-harmful-concept-can-be-a-potent-weapon-in-the-hands-of-the-tax-authorities-ibfd.pdf).

⁴⁰ *Vd.* CHAND, Vikram, *“The Interaction of the Principle Purpose...”*, *op.cit.*, pp. 118-120..

⁴¹ *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2023) *“Beneficial Ownership...”*, *op.cit.*, pp. 42-52..

*conduit companies*⁴², que abordava os possíveis casos de abuso através da interposição de estruturas intermédias entre a detenção de ativos e os acionistas. Este relatório resultou numa grande alteração aos comentários à Convenção Modelo da OCDE em 2003, substituindo a versão de 1977⁴³.

Em 2003, com a alteração feita concretamente ao parágrafo 12.3 dos comentários ao artigo 10.º da Convenção Modelo, a OCDE pretendeu atribuir utilidade prática à cláusula do beneficiário efetivo, utilizando-a como arma de arremesso para prevenir o abuso fiscal através da interposição de estruturas intermédias. Deste modo, atribuindo-lhe o carácter de cláusula anti abuso específica, deu-lhe o seguinte texto:

“Seria igualmente incompatível com o objeto e a finalidade da Convenção que o Estado da fonte concedesse um alívio ou isenção nos casos em que um residente de um Estado Contratante, sem que exista uma relação de agência ou de representação fiduciária, atue meramente como intermediário para outra pessoa que, de facto, é quem beneficia do rendimento em causa. (...) uma sociedade intermediária não pode, em regra, ser considerada como beneficiária efetiva se, apesar de ser a titular formal, detiver, na prática, poderes muito limitados que a tornem, em relação ao rendimento em questão, um mero fiduciário ou administrador que atua por conta das partes interessadas”⁴⁴.

A cláusula de beneficiário efetivo que apenas se dirigia aos agentes e representantes interpostos entre o acionista e o pagador dos rendimentos, passou, em 2003, a ser dirigida a qualquer pessoa que funcionasse como um passador de rendimentos. Naquela altura, a maioria dos grupos económicos detinham estruturas intermédias que recebiam rendimentos passivos e repassavam-nos ao(s) beneficiário(s) efetivo(s). Nessa medida, parece-nos que foi precisamente o abuso fiscal através da interposição de estruturas intermédias que a OCDE pretendeu combater.

A partir dos anos 2000s, o contencioso em torno desta cláusula começou a surgir, do qual destacamos o caso *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan em 2006*, 8 ITLR

⁴² *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2023) “*Beneficial Ownership...*”, *op.cit.*, pp. 41-52.

⁴³ *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2023) “*Beneficial Ownership...*”, *op.cit.*, pp. 41-52.

⁴⁴ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income...*”, *op.cit.*, parágrafo 12.3, p. 234.

635. Este caso retrata um financiamento que se pretendia que fluísse da Indonésia para as Maurícias, onde se optou pela interposição de uma estrutura intermédia na Holanda. O tribunal entendeu que uma empresa interposta na Holanda que recebe e repassa a totalidade dos juros ao acionista, não tendo poderes de disposição sobre o juro que recebe, não é beneficiária efetiva do rendimento.

Um elevado número de contencioso em torno desta cláusula levou a OCDE, em 2014, a alterar os comentários com vista a clarificar o conceito de beneficiário efetivo. Pese embora não terem alterado a letra dos Tratados, decidiram alterar os comentários com o objetivo de limitar o efeito da cláusula de beneficiário efetivo. Mormente, retirar à cláusula a função anti abuso – incluída com a alteração aos comentários em 2003 –, e restringir a sua aplicação aos casos de atribuição de rendimentos⁴⁵. Com efeito, a alteração referida aos comentários passou a dispor o seguinte:

“12.4. Nestes diversos exemplos (agente, representante fiduciário, sociedade intermediária), o beneficiário direto dos dividendos não pode ser considerado o beneficiário efetivo, na medida em que o seu direito de usar e fruir dos dividendos se encontra limitado por uma obrigação contratual ou legal de os transmitir a outrem. Tal obrigação decorre, por regra, de instrumentos jurídicos relevantes, mas pode igualmente ser reconhecida com base em todos os factos e circunstâncias que demonstrem, de forma substancial, que o beneficiário direto não detém, efetivamente, o direito de usar e fruir os dividendos de forma livre de qualquer obrigação, contratual ou legal, de os transmitir a outrem (...)”⁴⁶.

Surpreendentemente, apesar das boas intenções, a OCDE acabou por dar um tiro no pé. Se o objetivo era limitar a função da cláusula, com o aditamento efetuado aos comentários conseguiram o efeito oposto. Com efeito, a OCDE aditou o seguinte excerto aos comentários *“também poderá ser reconhecida com base em todos os factos e circunstâncias que revelem, em substância, que o recipiente não detém, de forma clara, o direito de usar e fruir os dividendos de forma livre, estando esse direito condicionado por uma obrigação contratual ou legal de transmitir o montante recebido a outrem(...)”⁴⁷*. Desta feita, a obrigação contratual ou

⁴⁵ *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2023) *“Beneficial Ownership...”*, *op.cit.*, pp. 41-52.

⁴⁶ *Vd.* OCDE (2017) *“Model Tax Convention on Income...”*, *op.cit.*, p. 234.

⁴⁷ *Vd.* OCDE (2017) *“Model Tax Convention on Income...”*, *op.cit.*, p. 234.

legal de repassar os rendimentos passou a estar demonstrada sempre que uma estrutura intermédia, normalmente (ou habitualmente) [ponto-chave] repasse os rendimentos para outra sociedade.

Devido à alteração aos comentários, as administrações tributárias continuaram, indiscretamente, a combater o abuso fiscal por meio da interposição de estruturas intermediárias com a cláusula do beneficiário efetivo. Até que, em 2019, no caso *A Sarl v. Federal Tax Administration, Case 2C-209/2017 em 2019*, o tribunal levanta o tema da interpretação dos comentários e questiona se a nova versão dos comentários pode ser tida em conta, uma vez que é extemporânea à letra da norma que se está a aplicar. A posição da doutrina não é unânime. Para alguns autores não podemos ter em conta a nova versão dos comentários e para outros podemos e devemos ter em consideração a nova versão dos comentários.

Em suma, duas importantes conclusões devem ser retiradas do contexto histórico (i) a função pretendida pela OCDE com a cláusula do beneficiário efetivo não se confunde com os objetivos anti abuso; e (ii) nem todos os estados, mesmo nos dias que correm, aplicam corretamente o conceito de beneficiário efetivo.

A primeira conclusão é relativa à função da cláusula do beneficiário efetivo pretendida pela OCDE. Com a alteração aos comentários em 2014, a OCDE foi clara no objetivo pretendido com a cláusula do beneficiário efetivo: é uma cláusula específica de atribuição de rendimentos que serve para negar os benefícios da Convenção, sempre que o recipiente dos rendimentos não tenha o direito de fruir e/ou dispor dos mesmos. Dito de outro modo, os benefícios da Convenção devem ser negados sempre que exista (normalmente) a obrigação contratual ou legal de repassar os rendimentos recebidos.

A segunda conclusão é relativa ao conceito de beneficiário efetivo adotado pelos estados. Como vimos, apesar da OCDE ter alterado os comentários em 2014, há estados que fazem uma interpretação restritiva da versão de 2014 dos comentários. Com efeito, não aplicam a cláusula de beneficiário efetivo somente aos casos de atribuição de rendimentos, vão mais além. Têm em consideração a versão de 2003 dos comentários e, para além da função de atribuição de rendimentos, atribuem à cláusula do beneficiário efetivo efeitos anti abuso⁴⁸.

⁴⁸ *Vd. CHAND, Vikram, "The Interaction of the Principle Purpose...", op.cit., pp. 118 – 121.*

2.1.1.2. *Âmbito de aplicação da cláusula do beneficiário efetivo*

Findo o contexto histórico, encontramos-nos em condições de delimitar o âmbito de aplicação da cláusula do beneficiário efetivo. Conforme dissemos anteriormente, esta norma tem um cariz legal e procura determinar em que medida o recipiente dos rendimentos dispõe do direito económico ou legal de usufruir do rendimento. Não será, *à contrário*, beneficiário efetivo quem tenha a obrigação legal, contratual ou baseada num costume da empresa, de repassar os rendimentos para outrem.

Com efeito, a cláusula do beneficiário efetivo exerce um papel distinto das normas específicas anti abuso. Nesta medida, não existirá um conflito de normas a ser solucionado. Cada norma prevê o seu âmbito de aplicação e em caso algum existe sobreposição de âmbitos de aplicação. Este entendimento tem respaldo nos comentários à Convenção onde é dito que *“o facto do recipiente do dividendo ser considerado o beneficiário efetivo do mesmo não implica, contudo, que a limitação de tributar seja automaticamente aplicável. Esta limitação não deve ser concedida em casos de abuso da provisão. A disposição do artigo 29.º [entenda-se a PPT] (...) deve ser aplicada para prevenir o abuso, em casos em que o recipiente seja o beneficiário efetivo do dividendo”*⁴⁹. O mesmo é dizer que, ainda que o recipiente seja o beneficiário efetivo de um rendimento, pode existir um caso de abuso ao qual deve ser aplicada a PPT. O mesmo pode acontecer ao contrário, apesar de ser menos vulgar. À partida, se o teste do beneficiário efetivo não estiver preenchido, dificilmente não existirá uma situação abusiva à qual a PPT deva ser aplicada. Não obstante, são dois testes diferentes com objetivos diferentes.

No mesmo sentido, KUŹNIACKI entende *“o conceito de beneficiário efetivo importa-se, principal e diretamente, com a correta alocação de rendimentos. Tipicamente, prosseguir este objetivo resulta na prevenção de abuso através da não concessão dos benefícios dos tratados (...). No entanto, isto não significa que o conceito de beneficiário efetivo deva ser aplicado numa forma anti abuso. Significa, assim, que o conceito do beneficiário efetivo pode e frequentemente dispõe de um efeito indireto de anti abuso (...)”*⁵⁰. Com efeito, concordamos com a posição defendida pelo autor citado, na medida em que a aplicação da cláusula do beneficiário efetivo implica a não concessão dos benefícios da Convenção e,

⁴⁹ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income...*”, *op.cit.* p. 235.

⁵⁰ *Vd.* KUŹNIACKI, Błażej (2024), “*Determining the Beneficial Owner of Dividend Income Compared to Other Items of Income in International Taxation: nihil sub sōle novum*”, *Nordic Tax Journal*, Volume 2024, Issue S1, December 2024, p. 25. Consultado em 01/06/2025 e disponível em <https://sciendo.com/article/10.2478/ntaxj-2024-0004>.

consequentemente, inibe a vantagem em prosseguir com a operação. Deste modo, o efeito secundário e colateral de combater o anti abuso não é a função primordial do beneficiário efetivo e não altera a sua concessão de cláusula de atribuição de rendimento.

Em suma, uma vez que não existe um conflito de normas a ser regulado, a análise da relação entre ambas as normas está fora do âmbito da nossa dissertação.

2.1.2. Artigo 10.º da Convenção: período mínimo de detenção de 365 dias para as distribuições de dividendos

O artigo 10.º da Convenção Modelo regula a alocação de poderes tributários nas distribuições de dividendos. Com efeito, este atribuí naturalmente poderes tributários ao estado da residência do recipiente dos dividendos e, cumulativamente, ao estado da fonte, para tributarem distribuições de dividendos entre dois estados contratantes⁵¹. Neste sentido, a distribuição de dividendos que flua do estado da fonte para o estado da residência – na medida em que ambos os estados disponham de normas de incidência doméstica – será tributada por ambos os estados. No entanto, mediante o preenchimento dos requisitos cumulativos prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 10.º da Convenção, o estado da fonte manterá os seus poderes tributários, porém, limitados à taxa de 15% ou 5% de retenção na fonte.

Naturalmente, o caso que nos ocupa é a aplica da taxa reduzida de 5% de retenção na fonte sobre os dividendos que a maioria dos contribuintes pretende beneficiar. Não obstante, a análise que se segue servirá para ambos os casos. Para poderem beneficiar da taxa reduzida de 5% de retenção na fonte sobre os dividendos, os seguintes requisitos cumulativos têm de estar preenchidos: (i) o recipiente do dividendo tem de ser uma pessoa coletiva; (ii) tem de deter uma participação direta de pelo menos 25% do capital social da sociedade distribuidora; (iii) o recipiente tem de ser o beneficiário efeito do rendimento; e, por último – o requisito que nos ocupará as próximas páginas – (iv) o recipiente terá de manter a participação social durante 365 dias que inclui o dia da distribuição dos dividendos⁵².

Antes da inclusão do último requisito cumulativo, o mero preenchimento dos demais era condição suficiente para a aplicação da taxa reduzida de 5% de retenção na fonte. Todavia, deixou de o ser. A OCDE apercebeu-se que havia contribuintes a beneficiar da taxa reduzida em situações que embora não violem diretamente a letra da lei – pelo contrário, cumpriam os demais requisitos cumulativos – fugiam ao espírito que o legislador pretendeu atribuir à norma. Mormente, casos de compra de sociedades com dividendos por distribuir com único objetivo de beneficiar da taxa reduzida da Convenção entre outros casos. Deste modo, a inclusão do requisito do período mínimo de detenção, caracterizado por ser uma norma específica anti abuso, visou claramente alinhar as situações de concessão do benefício com os objetivos e as finalidades da norma.

⁵¹ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income...*”, *op.cit.*, p.35.

⁵² *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income...*”, *op.cit.*, p.35.

2.1.2.1. *Âmbito de aplicação da cláusula específica*

A concessão (automática) do benefício da taxa reduzida de retenção na fonte não estava, assim, alinhada com os objetivos e finalidades da Convenção, nas situações em que a participação no capital social da sociedade distribuidora não fosse mantida por um período mínimo de 365 dias⁵³. Por maioria de razão, os objetivos e finalidades da Convenção tipificados no novo preâmbulo não estavam a ser devidamente prosseguidos naquela situação.

Com a introdução do período mínimo de detenção, e assumindo que todos os demais requisitos estão cumulativamente preenchidos, as situações que não cumpram com o limite temporal imposto, não podem beneficiar da taxa reduzida da Convenção. *À contrário*, sempre que o limite temporal imposto se encontre preenchido, é razoável concluir que a conduta do contribuinte está de acordo com o espírito da norma. Estas são as duas circunstâncias que se encontram especificamente protegidas pela norma do período mínimo de detenção⁵⁴.

Adicionalmente, gostaríamos de realçar que a OCDE definiu o limite temporal de 365 dias de livremente, com o consenso de todos os países pertencentes ao quadro inclusivo do BEPS. Não obstante, a Convenção Modelo permite, a qualquer estado, (i) formular uma reserva à Convenção Modelo nessa matéria, afastando a aplicação da norma específica, ou (ii) alterar o limite temporal, aumentando ou reduzindo. Deste modo, a inclusão do período mínimo é um limite arbitrário bilateralmente escolhido que cumpre a função da norma e alinha o seu espírito com os objetivos e as finalidades da Convenção⁵⁵.

Neste sentido, o parágrafo 16 dos comentários ao artigo 10.º da Convenção estipula precisamente o âmbito de aplicação da cláusula específica anti abuso em análise, referindo, resumidamente, que este não extravasa o cumprimento ou incumprimento do limite temporal (arbitrário) imposto⁵⁶. Neste sentido, estipula que *“a alínea a) fora alterada por forma a restringir o seu âmbito de aplicação às situações em que a empresa que recebe o dividendo*

⁵³ No parágrafo 16 aos comentários do artigo 10.º da Convenção Modelo da OCDE, está explicado, através de um exemplo, a razão pela qual foi introduzido o período mínimo de detenção de 365 dias, incluindo o dia da distribuição, onde se pode ler *“[t]he reduction envisaged in subparagraph a) of paragraph 2 should not be granted in cases of abuse of this provision, for example, where a company with a holding of less than 25 per cent has, shortly before the dividends become payable, increased its holding primarily for the purpose of securing the benefits of the above mentioned provision, or otherwise, where the qualifying holding was arranged primarily in order to obtain the reduction”*.

⁵⁴ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, *“How do “The Old” ...”*, *op.cit.*, pp. 770 – 789.

⁵⁵ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, *“How do “The Old” ...”*, *op.cit.*, pp. 770 – 789.

⁵⁶ *Vd.* OCDE (2017) *“Model Tax Convention on Income ...”*, *op.cit.*, p. 237.

*detém uma participação direta de pelo menos 25% no capital social da empresa pagadora do dividendo durante o período mínimo de detenção de 365 dias (...)*⁵⁷.

2.1.2.2. Conclusão intermédia

Deste modo, podemos concluir que o âmbito de aplicação da norma especial encontra-se definido. Sabemos, assim, que a norma especial regula a circunstância do cumprimento ou incumprimento do limite temporal imposto. Deste modo, se aplicarmos o princípio da especialidade *in casu*, a norma geral [PPT] não poderá ser aplicada para negar os benefícios da Convenção, com base no cumprimento ou incumprimento do limite temporal. Este encontra-se, por isso, sob a alçada a norma específica e será este, por isso, a conceder ou negar os benefícios da Convenção.

Em suma, aplicando o princípio da especialidade, ao definirmos o âmbito de aplicação da norma específica, delimitamos *à contrário* o âmbito de aplicação da PPT. Vejamos; a PPT não será aplicável nas situações em que o elemento de abuso seja o período mínimo de detenção da participação. Será, por sua vez, aplicável aos elementos de abuso que em nada se relacionem com o cumprimento ou não do período mínimo de detenção da participação.

⁵⁷ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income ...*”, *op.cit.*, p. 237.

2.1.3. Artigo 13.º da Convenção: constituição em mais de 50% do ativo da sociedade alineada por bens imóveis

O artigo 13.º da Convenção Modelo regula a alocação de poderes tributários na alienação de ações ou quotas, i.e., venda de sociedades. Com efeito, este atribui competência exclusiva ao estado da residência do acionista para tributar a mais-valia resultante da alienação de partes sociais⁵⁸. Neste sentido, se o estado da residência dispuser de uma norma de incidência para tal, apenas ele poderá tributar. No entanto, na grande maioria dos países europeus, existe um regime semelhante ao nosso artigo 51.º-C do Código do IRC que isenta, sob algumas condições, as mais-valias sobre partes sociais. Nesta medida, um acionista que aliene uma sociedade europeia estará, à partida, totalmente isento de tributação; não pagará impostos no estado da fonte pois este não dispõe de poderes tributários para os cobrar, e, ao abrigo da isenção doméstica referida, estará também isento no estado da residência.

Por sua vez, a Convenção atribui, nos casos de alienação direta de imóveis (e não de partes sociais), poderes tributários a ambos os estados e não permite a aplicação da isenção doméstica no estado da residência. Com efeito, a tributação da alienação direta de imóveis é substancialmente mais gravosa.

Neste sentido, desde muito cedo, as empresas do setor imobiliário constituíam sociedades imobiliárias – em que o seu ativo é apenas constituído por bens imóveis – com vista a camuflar as mais-valias imobiliárias em mobiliárias, alcançando a não tributação pelas razões acima expostas. Naturalmente que este comportamento, apesar de cumprir os requisitos dispostas na Convenção – nomeadamente, aquilo que realmente se está a vender são partes sociais – foge ao espírito da norma. Por isso, com vista a combater esta prática de mercado, foi introduzida a norma específica anti abuso do n.º 4 do mesmo artigo que, de forma sucinta permite requalificar a mais-valia mobiliária em imobiliária, sempre que o ativo da sociedade alienada seja constituído em mais de 50% por bens imóveis em algum dia nos últimos 365 dias antes da alienação⁵⁹.

À semelhança da análise que fizemos para a norma específica do período mínimo de detenção, o mesmo se aplica a este caso. Antes da inclusão do último requisito cumulativo, o mero preenchimento dos demais era condição suficiente para a aplicação do benefício. No entanto, naturalmente que este comportamento dos contribuintes desvirtua o espírito que o

⁵⁸ *Vd.* OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income...*”, *op.cit.*, p. 291.

⁵⁹ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “*How do “The Old” ...*”, *op.cit.*, 769-781.

legislador pretendeu atribuir à norma. Deste modo, a inclusão do requisito adicional da constituição em mais de 50% do ativo em bens imobiliários, caracterizado por ser uma norma específica anti abuso, visou alinhar as situações de concessão do benefício com os objetivos e as finalidades da norma.

2.1.3.1. *Âmbito de aplicação da cláusula específica*

Pelas razões expostas, a atribuição dos benefícios da Convenção naquelas circunstâncias não prosseguia o espírito da norma. Por maioria de razão, os objetivos e finalidades da Convenção tipificados no novo preâmbulo não estavam a ser devidamente prosseguidos naquela situação.

Com efeito, a introdução deste limite permitiu balizar as situações que se encontram em conformidade com o objetivo da norma, concedendo ou negando o benefício consoante o limite fosse ou não cumprido. À semelhança da cláusula anterior, estas são as circunstâncias cobertas por esta norma específica: o cumprimento ou não cumprimento da percentagem do ativo que é constituído por imóveis nos últimos 365 dias anteriores à alienação. Foi concebido, como dissemos anteriormente, um limite arbitrário que se consubstanciou num requisito cumulativo para a aplicação do benefício.

2.1.3.2. *Conclusão intermédia*

Deste modo, prevalecendo o princípio da especialidade, caso os contribuintes cumpram o limite imposto, não poderá vir a PPT, pelas razões expostas, desconsiderar o benefício concedido pela norma específica⁶⁰. Aceitar a aplicação da PPT neste caso seria contrário ao próprio objeto e finalidade da Convenção. Nessa medida, o próprio elemento objetivo da PPT, apesar de impor a prova ao contribuinte, não permitia a aplicação da PPT, uma vez que conceder o benefício da Convenção naquelas circunstâncias está de acordo com os próprios objetivos da Convenção⁶¹.

Chegados a este ponto, ao abrigo do princípio da especialidade, podemos concluir que a PPT só terá aplicação às circunstâncias não cobertas pelas normas específicas, bastando, por isso, aos contribuintes alegar e provar o cumprimento das normas específicas para afastar a

⁶⁰ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, 769-781.

⁶¹ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, 769-781.

aplicação da PPT, seja por aplicação do princípio da especialidade, seja pelo preenchimento do elemento objetivo da PPT⁶².

Não obstante, existirá alguma exceção a este princípio? Imaginemos, por hipótese, que o ativo da empresa A é constituído em 49% por dinheiro e em 51% por bens imóveis. Ora, neste caso, a venda da empresa A implicaria a não concessão do benefício da Convenção, nomeadamente do artigo 13.º da Convenção Modelo, resultando numa tributação combinada muito pesada. Os acionistas, conscientes de que os projetos de promoção imobiliária estão quase concluídos, começam a preparar a saída do negócio. Neste sentido, conscientes das vantagens em cumprir a norma específica em causa, a 370 dias da alienação da empresa A, realizam uma entrada de capital em dinheiro, a título de prestações suplementares ou aumento de capital social, por forma a equilibrar o ativo da empresa A. Como resultado da entrada de capital, o ativo da empresa A passou a ser constituído em 51% por dinheiro e em 49% por bens imóveis. *Quid Juris*.

Veremos, no capítulo seguinte, a posição de MORENO sobre o tema do cumprimento artificial dos limites impostos pelas cláusulas específicas anti abuso. No entanto, diremos, sobre o caso acima exposto, que estando a norma específica cumprida e não haverá razões para negar o benefício da Convenção. Consequentemente, ao abrigo do princípio da especialidade, a PPT não poderia ser aplicável para negar o benefício da Convenção atribuído pela norma específica. Vejamos em que medida o cumprimento artificial das cláusulas específicas pode ser atacado pela PPT⁶³.

⁶² *Vd.* CHAND, Vikram, “*The Interaction of the Principle Purpose...*”, *op.cit.*, pp. 119-121.

⁶³ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “*How do “The Old” ...*”, *op.cit.*, 769-781.

2.1.4. Cláusula da limitação de benefícios

A cláusula de limitação de benefícios é uma norma específica anti abuso que é caracterizada por dispor de teste de qualificação dos acionistas⁶⁴. Tipicamente, encontramos esta cláusula prevista no acordo bilateral com os EUA e, genericamente, atestada a qualificação dos acionistas, esta permite o acesso aos benefícios da Convenção.

O que dissemos para as normas específicas do período mínimo de detenção e para a constituição em mais de 50% do ativo da sociedade alienada, aplica-se integralmente à LoB. Está cláusula atende à qualificação dos acionistas e mediante o cumprimento dos testes estabelecidos, a transação levada a cabo estará em conformidade com o objeto e finalidade da norma.

Neste sentido, o princípio da especialidade deve prevalecer e na medida em que os acionistas cumpram ou não cumpram os testes estabelecidos, a concessão dos benefícios da Convenção estará sob a alçada da LoB. Deste modo, caso os acionistas sejam considerados, para efeitos da LoB, entidades qualificadas, não poderá vir a PPT negar a concessão dos benefícios com base na mesma circunstância por ela prevista.

Não obstante, e aplicando a análise realizada para as restantes cláusulas específicas, a aplicação da PPT encontra-se limitada ao âmbito de aplicação da LoB. Na medida em que a LoB preveja um teste específico para a circunstância em causa, afasta a aplicação da PPT.

⁶⁴ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, pp. 771-785.

2.1.5. Cumprimento *artificial* das cláusulas específicas anti abuso

Para MORENO, este caso é precisamente uma das exceções ao princípio da especialidade⁶⁵. Neste sentido, entende o autor que o argumento de que o cumprimento da norma específica está de acordo com o objeto e finalidade da Convenção, não pode ser usado à contrário para salvaguardar esta situação⁶⁶. Assim, sempre que o contribuinte adote um comportamento que artificialmente permita cumprir o limite imposto pela norma específica, a PPT poderá e deverá ser aplicada para negar o benefício concedido pela norma específica⁶⁷. Nestes casos, para o autor, o mero cumprimento do limite imposto não se encontra, por isso, em conformidade com o objeto e finalidade da Convenção⁶⁸. Quanto a nós, não seguimos a mesma posição.

À partida, defender esta exceção parece estar em conformidade com o segundo objetivo previsto no preâmbulo – combater o *treaty shopping* – e, bem assim, prosseguir os objetivos da Convenção. Mormente, conceder os benefícios da Convenção nestas circunstâncias poderá estar em desconformidade com os objetivos prosseguidos. Para os autores que defendem esta posição, o cumprimento artificial do limite imposto é uma circunstância não coberta pela norma específica. Assim, tratando-se de um comportamento não coberto pela norma específica, o princípio da especialidade impõe que se aplique a PPT para negar a concessão do benefício neste caso.

Existem, porém, dois argumentos que afastam esta tese. O primeiro é relativo à concessão do cumprimento *artificial*. Para nós, não existem comportamentos artificiais que permitam cumprir os limites impostos. Vejamos; a injeção de capital numa sociedade é um comportamento genuíno de transferência de dinheiro entre dois entes jurídicos. Ainda que a motivação seja meramente fiscal, havendo de facto a transferência dos saldos e o registo contabilístico dos mesmos, não há nada de artificial nesta operação. O mesmo se aplica para a detenção pelo período de 365 dias nas distribuições de dividendos. Ainda que os acionistas mantenham a detenção por 367 dias, a detenção é genuína e, por isso, suficiente para o cumprimento do limite imposto. Deste modo, conforme referimos anteriormente, os limites impostos pelas normas específicas são arbitrários e podem ser alterados em qualquer momento. O mero cumprimento do limite imposto pela norma específica, ainda que seja por 1% ou, por

⁶⁵ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, pp. 771-785.

⁶⁶ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, pp. 771-785.

⁶⁷ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, pp. 771-785.

⁶⁸ *Vd.* MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” ...”, *op.cit.*, pp. 771-785.

1 dia, é precisamente o critério adotado para aferir que a concessão dos benefícios naquelas circunstâncias está em conformidade com o espírito da norma.

Conforme analisamos acima, o exemplo E⁶⁹ dos comentários ao artigo 29(9) da Convenção Modelo dispõem precisamente neste sentido. A norma utilizada um limite arbitrário de 25% para definir quais são os acionistas que podem beneficiar da taxa reduzida de retenção na fonte. Nesta medida, o seu cumprimento é suficiente para a prova de que determinada atuação está em conformidade com o objeto e a finalidade da Convenção e que, conseqüentemente, os benefícios sejam concedidos ou não possam ser negados com base na PPT.

Pelo exposto, a OCDE ao estipular os limites do que entende estar em conformidade com o espírito das normas da Convenção, está consciente que estes possam moldar o comportamento dos contribuintes. O exemplo acima referido estabelece precisamente isso. Uma vez cumprido o limite, a concessão do benefício não pode ser negada pela PPT. Deste modo, por mais situações ou circunstâncias de abuso que possamos imaginar, será suficiente aos contribuintes cumprirem os limites para poderem usufruir dos benefícios da Convenção.

⁶⁹ Vd. OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income...*”, *op.cit.*, p. 588.

3. Conclusão

- I. Face à omissão de uma regra de compatibilidade entre normas, a introdução da PPT no artigo 29.º n.º 9 da Convenção Modelo revelou-se uma arma poderosa para as administrações tributárias e um verdadeiro pesadelo para os contribuintes.
- II. Não obstante, verificámos que o princípio que melhor regula a relação entre normas é o princípio da especialidade, segundo o qual atribui prevalência às cláusulas específicas face à PPT. Ficando, assim, o âmbito de aplicação da PPT reduzido às circunstâncias não previstas nas restantes cláusulas da Convenção.
- III. A aplicação deste princípio é forçada pela *(i)* função que as cláusulas específicas desempenham na Convenção. Mormente, no cumprimento do objeto e da finalidade principal da Convenção; pelo *(ii)* princípio da segurança e certeza jurídica que impõem a não atribuição de prevalência à PPT; e *(iii)* o elemento objetivo da PPT que reflete o próprio princípio da especialidade das restantes normas face à PPT.
- IV. Neste sentido, a relação entre a PPT e as cláusulas específicas *(i)* período mínimo de detenção; *(ii)* constituição do ativo em mais de 50% por bens imóveis; e *(iii)* LoB, deve seguir o princípio da especialidade no sentido de vedar a aplicação da PPT sempre que qualquer uma destas cláusulas específicas seja aplicada ao caso concreto.
- V. No entanto, o mesmo não acontece na relação com a cláusula do beneficiário efetivo. Esta cláusula visa a atribuição de rendimentos e, nessa medida, não conflitua com a PPT. Deste modo, a PPT pode ser aplicada, independentemente da aplicação da cláusula do beneficiário efetivo.
- VI. Pelo supra exposto, o âmbito de aplicação da PPT encontra-se delimitado a todas as circunstâncias de abuso, exceto as circunstâncias previstas pelas restantes cláusulas específicas previstas na Convenção Modelo da OCDE.
- VII. Acresce, ainda nos casos em que os limites impostos pelas cláusulas específicas são artificialmente cumpridos, concluímos que os comentários ao artigo 29.º estipulam, através do exemplo E, que a existência de razões meramente fiscais para executar uma

transação não é suficiente para que se possa aplicar a PPT. É ainda necessário que a concessão daquele benefício não esteja em conformidade com o objeto e finalidade da Convenção.

4. Bibliografia

C

Convenção de Viena do Direito dos Tratados, disponível em Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

CHAND, Vikram (2018), “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, 46, Issue 1, 2018, pp. 23-28.

CHAND, Vikram, “*The Interaction of the Principle Purpose Test (and the Guidance Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*”, Intertax, 49, Issue 2, 2018, pp. 115 – 123, disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/46.2/TAXI2018013>.

K

KUŹNIACKI, Błażej (2018), “*The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application*”, World Tax Journal, Volume 10, Número 2, 2018.

KUŹNIACKI, Błażej, OECD/International (2023) “*Beneficial Ownership in International Taxation and Biosemantics – Why a Redundant, Paradoxical and Harmful Concept Can Be a Potent Weapon in the Hands of the Tax Authorities*”, Bulletin for International Taxation, Volume 77, n.º 2, disponível em [oecd_international-beneficial-ownership-in-international-taxation-and-biosemantics-why-a-redundant-paradoxical-and-harmful-concept-can-be-a-potent-weapon-in-the-hands-of-the-tax-authorities-ibfd.pdf](https://www.oecd.org/tax/bulletin-for-international-taxation/beneficial-ownership-in-international-taxation-and-biosemantics-why-a-redundant-paradoxical-and-harmful-concept-can-be-a-potent-weapon-in-the-hands-of-the-tax-authorities-ibfd.pdf).

KUŹNIACKI, Błażej (2024), “*Determining the Beneficial Owner of Dividend Income Compared to Other Items of Income in International Taxation: nihil sub sōle novum*”, Nordic Tax Journal, Volume 2024, Issue S1, December 2024, disponível em <https://sciendo.com/article/10.2478/ntaxj-2024-0004>.

L

LEITÃO, Menezes, “*Evasão e Fraude Fiscal Internacional*”, Estudos de Direito Fiscal, Almedina, 1999.

Larousse, Dictionnaire de la langue française, disponível em <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>

M

MORENO, Andrés Báez, “How do “The Old” and “The New” Live Together? The Principle Purpose Test and Other Anti-Avoidance Instruments in Tax Treaties”, *Intertax*, 49, Issue 10, 2021, disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/49.10/TAXI2021079>

O

OCDE (2013), “*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*”, disponível em <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatorystatementmultilateralconventiontoimplementtaxtreatyrelatedmeasurestopreventBEPS.pdf>.

OCDE (2015), “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”, disponível [Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report \(EN\)](#)

OCDE (2017) “*Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*”, parágrafo 173, pp. 585-590. Consultada em 01/06/2025 e disponível em https://www.oecd.org/en/publications/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en.html.

V

VASQUES, Sérgio, “*Manual de Direito Fiscal*”, 2.^a Edição, Almedina, 2011.

W

Webster’s New World, College Dictionary, Third Edition, disponível em <https://www.yourdictionary.com/about/websters-new-world-college-dictionary.html>