TRIBUTAÇÃO EM PORTUGAL DE ENTIDADES TRANSPARENTES LOCALIZADAS NO ESTRANGEIRO

TAXATION IN PORTUGAL OF TRANSPARENT ENTITIES LOCATED ABROAD

BRUNO SANTIAGO

ANA CARRILHO RIBEIRO[1]

RESUMO

A crescente intensificação da mobilidade dos contribuintes entre jurisdições e a facilidade com que se estabelecem relações jurídicas com tipos de entidades que, historicamente, são estranhas ao nosso ordenamento jurídico interno, tem vindo a reforçar a necessidade (premente) de compreender o enquadramento dado pelo ordenamento tributário português às entidades transparentes localizadas no estrangeiro; focando-se este estudo, em especial, nas *partnerships*. Assim, partindo da análise do conceito de transparência fiscal nas suas várias aceções, e por uma análise comparativa das entidades que se qualificam como *partnerships* em diversas jurisdições, o presente estudo pretende assinalar as dificuldades de vária ordem que podem resultar das interações entre ordenamentos jurídicos causadas por situações plurilocalizadas que são cada vez mais comuns, bem como analisar por que regras jurídicas internas e internacionais se pauta o tratamento fiscal aplicável a estas entidades, fazendo uma incursão pelas orientações emitidas pela Administração Fiscal quando relevante.

Este estudo pretende também efetuar um enquadramento sobre os mais recentes desenvolvimentos do direito tributário internacional no que toca ao tratamento deste tipo de entidades (nomeadamente, em sede de direito convencional e da União Europeia), e apresentar

(1) Advogados, Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados S.P., R.L. Bruno Santiago é Sócio e a Ana Carrilho Ribeiro é Associada Principal do Departamento de Direito Fiscal da Morais Leitão. Este artigo expressa algumas opiniões pessoais que aos Autores apenas vinculam. Os autores podem ser contactos em brunosantiago@mlgts.pt e acribeiro@mlgts.pt.

algumas ideias-chave que, na perspetiva dos autores, poderão contribuir para tornar o regime interno português aplicável às *partnerships* mais claro e alinhado com os princípios do respeito pelo direito estrangeiro e de maior proximidade, numa lógica de favorecer a facilidade de interação do nosso ordenamento jurídico com os demais.

Palavras chave: Entidades transparentes, transparência fiscal, partnerships, convenções para evitar a dupla tributação, CMOCDE, MLI.

ABSTRACT

The growing intensity of taxpayers mobility between jurisdictions and the ease with which relationships are established with entities that, historically, are alien to our domestic legal system, have reinforced the need (now compelling) to better grasp the current framework offered by the Portuguese tax system to transparent entities located abroad with a particular focus on partnerships. Thus, beginning with the analysis of the tax transparency concept in its various possible meanings, and by a comparative analysis of entities that qualify as partnerships in different jurisdictions, this study aims to point out the wide-ranging difficulties that may arise from the interactions between legal systems caused by international situations which are increasingly common, as well as to examine the domestic and international legal rules which define the tax treatment applicable to these entities, referencing the guidelines issued by the Portuguese Tax Administration whenever relevant.

This study also summarizes the latest developments in international tax law with regard to the treatment of such entities (in particular in international and European Union law), and to present certain key ideas which, from the authors' perspective, may contribute towards clarifying the domestic tax regime applicable to partnerships, and become more compliant with international law principles, with a view to favoring the ease of interaction between the domestic legal system and that of other jurisdictions.

Keywords: Transparent entities, tax transparency, partnerships, double tax conventions, OECDMC, MLI.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO 4
2. O CONCEITO DE TRANSPARÊNCIA FISCAL 4
3. O CONCEITO DE TRANSPARÊNCIA FISCAL EM PORTUGAL 6
4. DA IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS ENTIDADES NAS SITUAÇÕES INTERNACIONAIS COM RELEVÂNCIA TRIBUTÁRIA 12
4.1. EM GERAL 12
4.2. REFERÊNCIAS DE DIREITO COMPARADO A ENTIDADES QUALIFICÁVEIS COMO *PARTNERSHIPS* 15
4.2.1. PRINCIPAIS TIPOS DE PARTNERSHIPS PREVISTAS EM JURISDIÇÕES DE COMMON LAW 15
4.2.2. SEMELHANÇAS COM CERTAS ENTIDADES E FIGURAS JURÍDICAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS 16
5. O REGIME DE TRANSPARÊNCIA FISCAL NOS EUA E REINO UNIDO 17
6. REFERÊNCIAS A PARTNERSHIPS NAS CDT CELEBRADAS POR PORTUGAL 19
7. A APLICAÇÃO DE CONVENÇÕES PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO A PARTNERSHIPS 21
7.1 INTRODUÇÃO 21
7.2 O RELATÓRIO DA OCDE SOBRE A TRIBUTAÇÃO DE *PARTNERSHIPS* 22
7.3 A REVISÃO DA CMOCDE DE 2000 23
7.4 A REVISÃO DA CMOCDE DE 2017 24
8. CONSIDERAÇÕES CONTIDAS NO MLI 27
9. CONSIDERAÇÕES CONTIDAS NO DIREITO DA UE 28
10. TRIBUTAÇÃO EM PORTUGAL DE RENDIMENTOS PAGOS A E POR PARTNERSHIPS 31
10.1 RENDIMENTOS PAGOS A PARTNERSHIPS 31
11. RENDIMENTOS PAGOS POR *PARTNERSHIPS* 35
11.1 RENDIMENTOS PAGOS POR PARTNERSHIPS ESTRANGEIRAS A PESSOAS SINGULARES RESIDENTES 35
11.2 RENDIMENTOS PAGOS POR PARTNERSHIPS ESTRANGEIRAS A PESSOAS COLETIVAS RESIDENTES 38
12. UM OLHAR DIFERENTE 40

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende abordar o regime presentemente aplicável em Portugal aos rendimentos *provenientes de* e *pagos a* entidades de direito estrangeiro que sejam consideradas *transparentes* para efeitos fiscais*,* dando nota das recentes evoluções legislativas e a nível internacional nestas matérias, terminando por sugerir uma nova abordagem interpretativa de análise do tema.

Devido à pletora de diferentes realidades a nível internacional que podem ser abrangidas por regimes de transparência fiscal a presente análise circunscrever-se-á a veículos comummente denominados de *partnerships* e similares, não abrangendo outros veículos ou entidades tais como *trusts*, fundações, *joint ventures*, associações, cooperativas e veículos ou organismos de investimento coletivo que merecem um tratamento dedicado.(2)

2. O CONCEITO DE TRANSPARÊNCIA FISCAL[3]

O próprio conceito de transparência fiscal pode ser analisado e aplicado de diferentes ângulos, aos quais poderão corresponder consequências técnicas diversas – nomeadamente, este pode ser definido como uma manifestação, no âmbito do direito tributário, da *desconsideração da personalidade jurídica*(4) de uma entidade para determinados efeitos devidamente circunscritos, como para efeitos de tributação dos rendimentos obtidos por essa entidade ao nível dos seus membros (i.e. tributação numa ótica de *pass through*), ou constituir uma isenção de imposto

(2) Sobre o tratamento fiscal dos *trusts* em Portugal *vide*, por todos e por último, FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, "The Taxation of Trusts in Portugal", *European Taxation*, vol. 57, n.º 11, IBFD, Países Baixos, novembro, pp. 481-495.

(3) Sobre o conceito de transparência fiscal, *vide* J. L. SALDANHA SANCHES, "Sociedades transparentes: alguns problemas no seu regime", em *Fisco*, n.º 17, 15 Fevereiro de 1990, Edifisco, Lisboa, pp. 35, CIDÁLIA LOPES E DIANA LUÍS, *"*O regime de transparência fiscal: estudo comparativo de Portugal, Espanha, França e Reino Unido" em *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal,* Ano VIII, N.º 3, Almedina, Abril de 2016, pp. 61., e MICAELA ANDREIA MONTEIRO LOPES, *A Transparência Fiscal, Contributo para a Compreensão do Artigo 6.º do Código do CIRC*, 1.ª Ed., Vida Económica – Editorial, S.A., Porto, 2018.

(4) Cf. MICAELA ANDREIA MONTEIRO LOPES, *ob cit*., p. 38.

sobre o rendimento[5]. Naturalmente, a análise terá de ser realizada de forma casuística, tendo em conta as características específicas de cada regime de transparência fiscal e a sua aplicação às várias entidades abrangidas por estes regimes.

Historicamente, a *desconsideração da personalidade jurídica* surgiu pela mão do direito comercial, em que, fazendo aquilo a que a doutrina americana chama *to lift the corporate veil,* a doutrina alemã *durchgriff*, e a francesa *transparence*, se pretendeu afastar o princípio da separação entre a pessoa coletiva e os seus membros.[6]/[7]

Assim, e para efeitos comerciais e civis, a proteção conferida pelo instituto da personalidade coletiva poderá ser afastada, tendo este instituto surgido *a posteriori* para sistematizar e explicar diversas soluções concretas, estabelecidas para resolver problemas reais postos pela personalidade coletiva, e que poderão ser divididos em quatro grandes grupos: (1) a confusão de esferas jurídicas, (2) a subcapitalização, (3) o atentado a terceiros, e (4) o abuso da personalidade.[8]

No âmbito do direito fiscal, porém, a desconsideração de uma entidade para efeitos tributários pode não resultar de qualquer circunstância patológica, mas antes pretender implementar certas políticas fiscais, como por exemplo, obstar à dupla tributação dos rendimentos auferidos por certas entidades através da tributação dos mesmos apenas na esfera dos seus sócios, ou promover a neutralidade fiscal entre formas coletivas e individuais de exercício de certas atividades económicas. Noutros casos, o instituto poderá ser utilizado para a prevenção da

---

[5] Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU, "A Aplicação Subjectiva das Convenções contra a Dupla Tributação – Estudo sobre o artigo 1.º da Convenção Modelo da OCDE", em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol. II. Organizadores: Eduardo Paz Ferreira, Helena Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma, Almedina, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 396 «*11. Nas entidades transparentes, o cálculo da matéria colectável é feito nos termos do CIRC mas, no momento em que, a essa matéria colectável se deveria aplicar a taxa de imposto, é a mesma dividida pelos sócios e por estes acrescida à sua própria matéria colectável. 12. Desta forma, resulta que as entidades transparentes são pessoas isentas de tributação em sede de IRC, como o são muitas outras pessoas colectivas. Dessa isenção não resulta que elas não sejam sujeitas a imposto, mas apenas que elas se encontram dele isento*.". Como nota o Autor, esta distinção pode ser muito relevante, desde logo para efeitos de determinação da entidade transparente como "pessoa residente" para efeitos de aplicação de uma convenção para evitar a dupla tributação.

[6] Cf. J.L. SALDANHA SANCHES, ob. cit., pág. 35.

[7] Para uma análise mais desenvolvida sobre a origem, evolução e aplicação do instituto do *levantamento da personalidade coletiva*, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

[8] Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pág. 115 e ss.

elisão fiscal, como no caso do regime de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado, desenvolvido no seguinte capítulo.

3. O CONCEITO DE TRANSPARÊNCIA FISCAL EM PORTUGAL

No nosso ordenamento jurídico-fiscal podemos encontrar demonstrações da desconsideração da personalidade jurídica, nomeadamente, no regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas ("IRC") e no artigo 20.º n.º 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares ("IRS"), bem como no regime de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado, previsto no artigo 66.º do Código do IRC (comummente designado regime *Controlled Foreign Company* ou, abreviadamente, "CFC").

Em relação ao regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do IRC, este traduz-se na imputação aos sócios, no seu rendimento tributável para efeitos de IRC ou IRS, da matéria coletável das sociedades civis não constituídas sob forma comercial, das sociedades de profissionais[(9)], e das sociedades de simples administração de bens. Prevê-se também que sejam sujeitos a este regime os Agrupamentos Complementares de Empresas ("ACE") e os Agrupamentos Europeus de Interesse Económico ("AEIE") com sede ou direção efetiva em território português, que se constituam e funcionem nos termos legais, imputando-se os lucros ou prejuízos do exercício destas entidades no rendimento tributável do respetivos membros.[(10)]

Enquanto em ambos os casos a entidade transparente não será tributada em sede de IRC salvo quanto às tributações autónomas[(11)], cabe fazer uma distinção quanto ao modo como opera a imputação de rendimentos: enquanto no caso das *sociedades transparentes* (i.e. aquelas que se

---

(9) Sobre o regime da transparência fiscal aplicável às sociedades de profissionais, e em especial às sociedades de advogados, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU, "A transparência fiscal e a(lguma)s sociedades de advogados", *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2019, Ano I, número 1, disponível em https://www.afp.pt/revista/edicoes/625-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-i-n-1-2019?start=8 a 06.07.2021.

(10) Para uma análise mais aprofundada sobre se o regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do IRC constitui uma isenção subjetiva de imposto ou uma exclusão tributária por configurar uma situação de *não incidência de IRC*, *vd.* MICAELA ANDREIA MONTEIRO LOPES, ob. cit, pág. 121 e seguintes, J.L. SALDANHA SANCHES, ob. cit., pág. 35.

(11) Cf. o disposto no artigo 12.º do Código do IRC: «*As sociedades e outras entidades a que, nos termos do artigo 6.º, seja aplicável o regime de transparência fiscal não são tributadas em IRC, salvo quanto às tributações autónomas*.».

encontram previstas no n.º 1 do artigo 6.º do Código do IRC) o regime legal prevê que seja imputada a matéria coletável determinada nos termos do Código do IRC, no caso dos *grupos transparentes* (i.e. das entidades previstas no n.º 2 do artigo 6.º do Código do IRC) deverá proceder-se à imputação de lucros ou prejuízos, também apurados nos termos desse Código.

Quanto às primeiras, a matéria coletável será apurada nos termos do Código do IRC e posteriormente imputada e tributada em sede de IRC ou IRS, sendo incluída na declaração de rendimentos dos sócios, independentemente de qualquer distribuição de lucros.(12) No caso dos *grupos transparentes*, encontra-se prevista a imputação do lucro tributável ou do prejuízo fiscal da entidade, apurado nos termos do Código do IRC.(13)

Em sede de obrigações acessórias, as entidades abrangidas pelo regime previsto no artigo 6.º do Código do IRC deverão apresentar declarações de inscrição, de alterações ou de cessação, bem como declarações periódicas de rendimentos, declaração anual de informação contabilística e fiscal, e declaração fiscal e financeira por país.(14)

Estas entidades encontram-se ainda adstritas ao pagamento das tributações autónomas previstas no artigo 88.º do Código do IRC, sendo esse valor deduzido ao montante de imposto a pagar pelos sócios em sede de IRS ou IRC,(15)/(16) não estando, porém, sujeitas ao pagamento de derrama.(17)

Adicionalmente, estas entidades serão sujeitas a retenção na fonte de imposto nos termos gerais previstos no Código do IRC, sendo esse pagamento posteriormente imputado aos respetivos

---

(12) O que pode causar um desfasamento temporal entre a obrigação de pagamento do imposto e o efetivo recebimento de lucros, na esfera dos sócios.

(13) Como assinala MICAELA ANDREIA MONTEIRO LOPES, ob. cit, pág. 129, no caso dos *grupos transparentes*, os resultados negativos também serão imputados, permitindo que sejam consumidos por outros rendimentos obtidos, o que, comparativamente com o regime aplicável às *sociedades transparentes*, em que os prejuízos apenas serão imputados por meio da sua dedução ao lucro tributável dos anos seguintes gerados da própria sociedade, constitui um regime mais favorável.

(14) Cf. o disposto no n.º 9 do artigo 117.º do Código do IRC.

(15) Cf. o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo ("STA") no processo 830/11, em 21/03/2012.

(16) Cf. MICAELA ANDREIA MONTEIRO LOPES, ob. cit, pág. 137.

(17) Cf. a Informação Vinculativa proferida no processo n.º 371/08 com despacho do Substituto Legal do Diretor-geral dos Impostos em 2008-03-26, disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/rendimento/circ/Documents/ficha_doutrinaria_transparentes_derrama.pdf em 08/07/2021.

sócios.[18] Cabe ainda referir que estas entidades não têm de efetuar os pagamentos por conta e pagamentos especiais por conta previstos, respetivamente, nos artigos 105.º e 106.º do Código do IRC, podendo, todavia, esse pagamento caber aos sócios.[19]

Quanto à aplicação do mecanismo de dedução de crédito por dupla tributação internacional, previsto no artigo 90.º n.º 2 a) e 91.º do Código do IRC a uma sociedade abrangida pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do IRC, essa dedução deverá ser apurada pela entidade transparente e posteriormente imputada aos respetivos sócios ou membros nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 90.º do Código do IRC.[20]

Ainda a propósito deste regime de transparência fiscal, e da sua aplicação a situações plurilocalizadas, cabe notar que o n.º 11 do artigo 5.º do Código do IRC prevê que «*para efeitos da imputação prevista no artigo seguinte, considera-se que os sócios ou membros das entidades nele referidas que não tenham sede nem direcção efectiva em território português obtêm esses rendimentos através de estabelecimento estável nele situado*».

Noutras palavras, esta norma ficciona a existência de um estabelecimento estável quando o sócio ou membro de uma entidade sujeita ao regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do IRC seja não residente em território português, não permitindo assim a

[18] Cf. o disposto na Circular 8/90 da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, de 16/02/1990.

[19] Cf. o disposto na referida Circular 8/90, bem como na Informação Vinculativa proferida no processo n.º 2017/1130, sancionado por despacho de 2017-08-31, da Diretora de Serviços do IRC, e disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/rendimento/circ/Documents/PIV_11836_1130_2017_DSIRC.pdf em 08/07/2021.

[20] Cf. a ficha doutrinária emitida no processo 185/2017, sancionado por Despacho, de 27 de junho de 2017, da Diretora de Serviços, disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/rendimento/circ/Documents/FD_CIRC_185_2017.pdf em 08/07/2021.

existência de um verdadeiro regime de transparência fiscal (ou pelo menos, um que seja aplicável em situações internacionais).[(21)/(22)/(23)]

As normas CFC, por seu turno, encontram a sua origem em normas anti diferimento de tributação aplicáveis a pessoas singulares, adotadas pelos Estados Unidos da América em 1937, com o propósito de garantir a equidade tributária entre os investimentos realizados por pessoas singulares nesse país e no estrangeiro. Todavia, apenas em 1962, conjuntamente com a distinção feita entre rendimento ativo e passivo, veio a ser incorporado no *US Internal Revenue Code* o enquadramento que tem vindo a servir de base às regras CFC atualmente difundidas,[(24)] cuja adoção ganhou especial vigor após a crise de 2008 quando a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ("OCDE"), no âmbito da iniciativa Base Erosion and Profit

[(21)] Parece-nos, no mínimo, discutível, que esta ficção possa operar quando seja aplicável uma CDT, porque a sua operacionalização configuraria uma presunção que seria ilidida por força das normas sobre estabelecimento estável previstas nas CDT. Naturalmente, não ignoramos que o afastamento desta presunção resultaria na não tributação, em Portugal, dos rendimentos dos sócios não residentes de sociedades abrangidas pelo regime de transparência fiscal do artigo 6.º do Código do IRC. Seria, assim, recomendável a clarificação da aplicação deste regime de transparência fiscal quando estejam em causa sócios não residentes, especialmente quando estejam em causa *sociedades de profissionais* ou *sociedades de simples administração de bens*, visto que estas, à luz da CDT, serão de se considerar sociedades residentes em Portugal, e os seus rendimentos sujeitos à regra geral de tributação da entidade na fonte, e da tributação das distribuições feitas aos sócios no estado de residência (sem prejuízo da retenção na fonte que lhes seja aplicável).

[(22)] MICAELA ANDREIA MONTEIRO LOPES, *ob. cit.*, pág. 157, a este propósito refere que «[é] *possível admitir-se que esta presunção seja ilidida por força da maioria das CDT celebradas por Portugal, em conformidade com as regras sobre* estabelecimento estável *nelas previstas. Não podemos aceitar que destas resulte,* necessariamente, *que os sócios de uma entidade tratada como transparente tenham um estabelecimento estável em Portugal, enquanto Estado da fonte.* (…) *Consideramos ser adequada a alteração do preceito no sentido de a consideração do* estabelecimento estável *operar, no Direito interno português, ao nível da própria sociedade transparente, caso a mesma reúna as características necessárias à respetiva qualificação, nos termos do artigo 5.º do Código do IRC ou da CDT aplicável.*».

[(23)] Também GUSTAVO LOPES COURINHA, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 62, a propósito da tributação dos sócios ou membros não residentes de sociedades transparentes residentes em Portugal, e referindo-se à numeração do artigo vigente à data, menciona que se trata de «*uma complexa situação internacional, em que os efeitos daquele regime produzem uma imputação da matéria coletável a um sujeito passivo (de IRS ou IRC) não residente: uma vez que a sociedade não é opaca, os rendimentos imputados não são qualificáveis como "*dividendos*", pelo que apenas serão tratados como simples* "lucros empresariais", *os quais não são tributados em Portugal na ausência de um estabelecimento estável ao qual sejam imputáveis. […] É a este efeito que pretende obstar o artigo 5.º/n.º 9 do Código do IRC, ao prescrever um estabelecimento estável fictício para todos os rendimentos imputados a sócios não residentes, de acordo com o regime da transparência fiscal; trata-se de um peculiar regime que, todavia, julgamos ser de afastar na presença de Convenções de Dupla Tributação que sigam a solução da Convenção Modelo OCDE, atenta a definição de* "estabelecimento estável", *manifestamente incompatível com ficções jurídicas*.».

[(24)] Para um estudo mais desenvolvido sobre a origem e desenvolvimento deste regime, cf. RICHARD KREVER, *Controlled Foreign Company Legislation*, Chapter 1: General Report, Editors: Georg Kofler *et al*., European and International Tax Law and Policy Series, Vol. 17, IBFD, Países Baixos, 2020, pp. 3.

Shifting ("BEPS"), recomendou a inclusão de um regime CFC para evitar a deslocalização dos rendimentos para jurisdições de baixa tributação e o diferimento abusivo da tributação de rendimentos.(25)

Estas regras, ao sujeitar a tributação, na esfera de um sujeito passivo residente, determinados rendimentos auferidos por entidades jurídicas estrangeiras (e ainda que se trate de entidades *opacas*, i.e. não consideradas como transparentes para efeitos fiscais) através de um regime de imputação independente da sua distribuição, e de acordo com a respetiva proporção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos por esse sujeito passivo, permitem a desconsideração da personalidade jurídica dessas entidades (bem como, possivelmente, daquelas entidades através das quais a participação na sociedade CFC seja detida), para efeitos da sujeição a tributação dos rendimentos por si auferidos na esfera do acionista ou detentor de direitos residente.(26) Nessa medida, a este regime subjaz a aplicação do conceito de transparência fiscal numa dimensão internacional.

O regime CFC previsto nos artigos 66.º do Código do IRC e 20.º do Código do IRS foi inicialmente introduzido no ordenamento jurídico português apenas quanto a sociedades de direito estrangeiro pelo Decreto-Lei n.º 37/95 de 14 de fevereiro, com o propósito de contrariar a tendência para a deslocalização de rendimentos para territórios que assegurem um regime fiscal privilegiado, consistindo num regime de antecipação de consideração para efeitos de tributação em Portugal dos lucros que cabem ao sócio residente.(27)/(28)

Considerando que os lucros distribuídos por entidades residentes sujeitas a um regime fiscal mais favorável seriam sujeitos a imposto, não podendo os mesmos, em sede de IRC, beneficiar do regime de *participation exemption* previsto no artigo 51.º do Código do IRC, parece daí

(25) OCDE, *Action 3*: Final Report, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, disponível em www.oecd.org, em 12 de maio de 2021.

(26) Para mais desenvolvimentos sobre a natureza jurídica das regras CFC, MARIA CATARINA COSTA DIAS ALVES SANTOS, *Confrontação da regra CFC do artigo 66 do CIRC com as Recomendações da Ação 3 do BEPS*, tese de Mestrado em direito e prática jurídica de Direito Fiscal e Financeiro, disponível em https://repositorio.ul.pt/ em 12 de maio de 2021, pp. 19.

(27) Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 37/95 de 14 de fevereiro.

(28) Cf. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA E BERNARDO AYALA, "Portugal – CFC Taxation" em *Fisco* n.º 78/79, LEX, Lisboa, 1996, e, exaustivamente, RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado,* Publicações Universidade Católica, Porto, 2005.

resultar que o regime CFC português tem como finalidade a eliminação do diferimento abusivo de imposto,(29) sendo utilizado o mecanismo da transparência fiscal para eliminar a vantagem fiscal, ainda que o que o legislador pretenda tributar sejam os dividendos a que o sujeito passivo terá direito.(30)

De uma forma geral, para determinar se a entidade se deve qualificar como CFC e se os seus rendimentos devem, portanto, ser imputados aos sócios residentes, os regimes CFC podem partir da análise do tipo de rendimentos auferidos pelas entidades (*transactional approach*) para aferir se se trata de rendimentos ativos ou passivos, ou da análise da localização das entidades (*jurisdictional approach*) para aferir se estas são residentes em jurisdições de baixa tributação. No caso de Portugal, mesmo após a transposição da *Anti Tax Avoidance Directive* (ou, simplesmente, "ATAD"), o regime interno segue uma abordagem híbrida, ainda que seja preponderante o *jurisdictional approach*.(31)

(29) Cf. BRUNO MARQUES, "O Regime de Imputação de Rendimentos de Entidades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado: um contributo para a sua evolução", em *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano XI, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 119 e seguintes

(30) Como refere BRUNO MARQUES, ob. cit., pág. 128, os regimes CFC poderão operar através de diferentes mecanismos para eliminar o diferimento do imposto, nomeadamente dos que seguem: a desconsideração da personalidade jurídica (ou transparência fiscal) e a ficção de distribuição de dividendos, tendo ambos os mecanismos diferenças estruturais relevantes, nomeadamente quanto ao tratamento do imposto pago no outro estado, o controlo exigido, o tratamento dos prejuízos fiscais, o momento da tributação, assim como a lei aplicável para o cálculo do rendimento. Na visão do autor, com o qual concordamos, Portugal adotou um regime híbrido, como parece indicar o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 37/95 de 14 de fevereiro, onde se pode ler «*A outra medida visa contrariar a acumulação, por residentes, de resultados em sociedades por eles controladas, situadas em território que lhes concede um regime fiscal privilegiado, e decorre directamente do princípio da tributação numa base ilimitada dos rendimentos obtidos por residentes. Consiste, assim, dado o carácter presumidamente instrumental da sociedade controlada, num simples regime de antecipação da consideração para efeitos de tributação em Portugal dos lucros que cabem à participação do sócio residente. Isso traduz-se na imputação a este, independentemente de distribuição, da parte do lucro - após impostos - que lhe cabe, tendo em conta o capital social detido, mas com aplicação de um regime semelhante ao dos lucros distribuídos.*»

(31) Cf. RICARDO DA PALMA BORGES E MARTA CARMO, ob. cit., pág. 577 e seguintes. Neste contexto, notamos que, sem prejuízo de a aplicação do regime poder ser afastada quando o rendimento auferido pela entidade não se qualificar como *tainted income*, à luz do disposto no n.º 6 do artigo 66.º do Código do IRC, a qualificação de uma entidade como residente numa jurisdição sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável verifica-se quando essa jurisdição conste de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ou quando o imposto sobre os lucros efetivamente pago seja inferior a 50% do que seria devido nos termos do Código do IRC. Apesar de a norma prever estes critérios alternativos, parece-nos que deverá ser defensável considerar que uma entidade não estará submetida a um regime fiscal claramente mais favorável para efeitos de aplicação deste regime quando, apesar de se localizar num território previsto na lista aprovada pro portaria, o imposto sobre os lucros efetivamente pago seja equivalente ou superior a 50% do imposto que seria devido nos termos do Código do IRC.

Adicionalmente, é de notar também o regime de *tributação à saída,* aplicável em Portugal a certos organismos de investimento coletivo e fundos de capital de risco residentes,(32) e que, ainda que não seja qualificável como um regime de transparência fiscal em sentido próprio, segue uma lógica semelhante à aplicável a entidades transparentes, isentando de imposto sobre o rendimento a totalidade ou determinados rendimentos auferidos por estes veículos, e tributando os respetivos rendimentos apenas aquando do seu pagamento aos titulares de unidades de participação ou participações sociais.(33)

4. DA IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS ENTIDADES NAS SITUAÇÕES INTERNACIONAIS COM RELEVÂNCIA TRIBUTÁRIA

4.1. EM GERAL

Por regra, em situações internacionais, a categorização de uma entidade para efeitos fiscais pelo estado da fonte é necessária para determinar como tributar os rendimentos por si auferidos – nomeadamente, para determinar se deverá tributar a entidade ou os seus participantes, a taxa de imposto, e quando exista convenção para evitar a dupla tributação, se a entidade deve ser considerada residente no outro estado para efeitos de se lhe poder aplicar a referida convenção. Naturalmente, a categorização das entidades é também relevante para o estado de residência dos sócios ou membros de uma entidade, designadamente para determinar o tipo de rendimento (e.g. se dividendos ou outro), o *timing* da tributação e se haverá direito à dedução de um crédito de imposto por impostos pagos pela entidade.(34)

Também a este propósito, notamos que frequentemente os estados têm regras claras para a categorização de entidades pertencentes ao seu ordenamento jurídico, pelo que as questões e potenciais conflitos de qualificação tendem a surgir quando se pretende categorizar uma entidade residente noutra jurisdição.

(32) Cf. artigos 22.º, 22.º-A e 23.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais ("EBF").

(33) Sem prejuízo do imposto do selo que seja aplicável sobre o valor líquido global dos organismos de investimento coletivo abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, conforme o disposto na verba 29 da Tabela Geral do Imposto do Selo.

(34) JOHN AVERY JONES, *et al*., "Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax", *in Bulletin for International Taxation,* 2002 (Volume 56), No 7.

Neste contexto, diversas jurisdições partem da classificação das entidades para efeitos tributários de acordo com critérios de direito privado ou comercial, por motivos de simplificação.(35) Assim, consoante a natureza legal de determinado veículo, este será ou não considerado como uma entidade tributável.

Prosseguindo, e ainda que, por regra, se possa dizer que as normas fiscais de uma multitude de jurisdições utilizem critérios de direito privado ou comercial como referência, é também frequente que um veículo societário seja desqualificado como entidade tributável, e vice-versa (i.e. que um veículo à partida qualificado como entidade não tributável seja qualificado, no contexto de certos factos tributários, como uma entidade tributável).

A este propósito, um exemplo muito comum em diversas jurisdições desta possível *desqualificação* para efeitos tributários é o tratamento fiscal das *partnerships*, que são frequentemente dotadas de personalidade jurídica e judiciária, mas não serão, em muitas jurisdições, tratadas como entidades tributáveis, mas antes como entidades transparentes para efeitos fiscais. (36)

Assim, poder-se-á dizer que a personalidade jurídica não é, para muitas jurisdições, um elemento decisivo para efeitos de definição do tratamento fiscal de uma entidade como *transparente*.

Ademais, o conceito de personalidade jurídica pode variar de jurisdição para jurisdição.(37)

Em termos de abordagens possíveis para a determinação de que entidades deverão ser consideradas como entidades sujeitas a tributação à luz da lei interna, existem, pelo menos, duas alternativas: ou determinar especificamente que entidades deverão ser consideradas como tal, através de uma lista que pretende ser exaustiva, ou através de um catálogo demonstrativo ou

(35) Como será o caso do Reino Unido, Alemanha e Holanda. Cf. JOHN AVERY JONES, *et al*., ob. cit., pág. 289

(36) Cf. MICHAEL LANG, CLAUS STARINGER, *Qualification of taxable entities and treaty protection*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 99b, subject 2., 2014, pág. 26 e seguintes, que dá também o exemplo de certas jurisdições que re-classificam figuras contratuais como entidades tributáveis (como a *associación en participación* no México).

(37) Sendo até possível que um dado veículo, que se considere com tendo personalidade jurídica, encontre limitações na sua capacidade jurídica, podendo, por exemplo, validamente celebrar um contrato de trabalho com um trabalhador, mas não podendo deter bens imobiliários (cf. JOHN AVERY JONES, *et al*., ob. citada, pág. 297).

indicativo. Segundo entendemos, a segunda abordagem referida é a mais difundida,[38]/[39] e é, naturalmente, a mais flexível, permitindo acomodar, sem alterações, novos tipos de veículos que venham a ser criados nas jurisdições relevantes. Todavia, a primeira abordagem acarreta a vantagem de conferir maior certeza jurídica às relações tributárias estabelecidas pelos contribuintes relevantes.

Uma outra alternativa será ainda prever uma referência geral, na legislação tributária, para a legislação societária, de forma a que os veículos societários (caso cumpram os critérios previstos por essa referência geral) sejam automaticamente tratados como entidades tributáveis.[40]

Adicionalmente, vários sistemas fiscais tentam resolver este tema complexo de classificação das entidades pela introdução de definições gerais (*catch-all clauses*) do que serão entidades tributáveis com o propósito de incluir todas as entidades que cumpram determinado(s) critério(s) (e.g. a detenção de personalidade jurídica).[41] Uma outra abordagem possível será ainda a definição de entidade tributável através da sua definição *a contrario*, i.e. serão entidades tributáveis todas as entidades não incluídas numa determinada lista.[42]

---

[38] Cf. MICHAEL LANG, CLAUS STARINGER, ob. cit., pág. 28, e os vários *Branch Reports* incluídos na publicação.

[39] Recentemente foi publicada em Espanha a resolução de 6 de fevereiro de 2020 (disponível em link), que, adotando a referida abordagem de aplicação de critérios indicativos, veio determinar os critérios aplicáveis para determinar, à luz da legislação fiscal espanhola, que entidades estrangeiras se deverão considerar transparentes para efeitos fiscais (*Entidades en Atribución de Rentas* ou "EAR"), e inclui critérios tais como: (i) que a entidade não seja, por si, contribuinte de um imposto sobre o rendimento, (ii) que os rendimentos gerados pela entidade sejam tributados na esfera dos seus sócios / membros, mas apenas na medida em que o seja independentemente de distribuição, e que (iii) o rendimento obtido pela entidade e atribuído aos seus sócios / membros conserve, de acordo com a lei aplicável no estado de constituição da entidade, a mesma qualificação relativa à natureza da atividade ou fonte de que proceda.

[40] Cf. MICHAEL LANG, CLAUS STARINGER, ob. cit., pág. 28, que dá o exemplo do Reino Unido, Austrália e Nova Zelândia como jurisdições que atribuem o estatuto de entidade tributável aos seus veículos domésticos considerados como "body corporate".

[41] Cf. MICHAEL LANG, CLAUS STARINGER, ob. cit., que dá como exemplo a Alemanha e Áustria que qualificam como entidades tributáveis todas as entidades que se considerem pessoas jurídicas nos termos da lei comercial ("*any legal person under private law"*), ou da Bélgica que prevê que sejam tratadas como tal as entidades que tenham personalidade jurídica separada ("*separate legal personality*"). Adotando uma abordagem ainda mais ampla, a República Checa considera como entidades tributáveis todas as pessoas jurídicas que não sejam pessoas singulares.

[42] Cf. MICHAEL LANG, CLAUS STARINGER, ob. cit., como será o caso de França.

4.2. REFERÊNCIAS DE DIREITO COMPARADO A ENTIDADES QUALIFICÁVEIS COMO *PARTNERSHIPS*

4.2.1. PRINCIPAIS TIPOS DE PARTNERSHIPS PREVISTAS EM JURISDIÇÕES DE COMMON LAW

Não pretendendo realizar uma descrição exaustiva das características destes veículos, mas apenas para referir algumas propriedades que lhes serão comuns, poderá afirmar-se, desde logo, que, de um modo geral, as *general partnerships* de *common law* não têm personalidade jurídica (*i.e.* não são considerados entes jurídicos separados dos seus membros)[(43)/(44)] e devem dedicar-se à prática de atividades comerciais.[(45)] Os bens afetos às suas atividades são detidos pelos seus sócios,[(46)] e têm capacidade judiciária.[(47)]

Nas jurisdições de *common law* a responsabilidade contratual dos sócios é conjunta (no sentido de que todos os sócios são responsáveis pela totalidade da dívida), e conjunta e solidária em sede de responsabilidade civil extracontratual.

Quanto às *limited partnerships* de *common law*, estas seguem todas as características das *general partnerships*, exceto no que segue: são sujeitas a registo (o que releva sobretudo para efeitos de estabelecer a responsabilidade limitada), a responsabilidade dos *limited partners* é limitada ao seu capital, contanto que não intervenham na gestão da entidade, e, por último, os *limited partners* devem fazer contribuições de capital.[(48)]

[(43)] JOHN AVERY JONES, *et al*., ob. cit, pp. 293 e ss., com exceção das *partnerships* americanas (representadas neste artigo como uma *partnership* do tipo Delaware Revised Uniform Partnership Act ("RUPA")) e da *partnership* escocesa, que, tendo personalidade jurídica, não sobreviveria a uma alteração dos membros que a integram.

[(44)] Ainda que, de uma perspetiva comercial, uma *partnership* de *common law* partilhe muitas características normalmente atribuídas a entidades com personalidade jurídica (e.g. pode ser-lhe atribuído um nome, e abrir uma conta bancária nesse nome, emitir faturas, receber e prestar serviços, entre outros).

[(45)] A *partnership* Delaware RUPA também pode dedicar-se a atividades sem fins lucrativos.

[(46)] Mais uma vez, excetuam-se as *partnerships* Delaware RUPA e Escocesas, em que os bens são detidos pela *partnership*. Em regra, nas *partnerships* de *common law* não será sequer possível registar certos bens, tais como ações ou bens imobiliários, em nome da *partnership*, sendo esse registo feito em nome dos membros desta, ou de *trustees*, e sendo esses bens compropriedade dos membros, mas sujeitos ao *partnership agreement* (cf. JONES, JOHN AVERY, *et al*., ob. cit., pp. 300).

[(47)] Regra geral, as *partnerships* de *common law* podem ser processadas e processar outras entidades judicialmente. Uma *partnership* Delaware RUPA pode processar e ser processada em seu nome, enquanto uma *partnership* escocesa, tendo personalidade jurídica, não pode ser demandada ou demandar em seu nome, salvo se o seu nome incluir o nome de pessoas reais.

[(48)] Cf. JOHN AVERY JONES, *et al*., ob. cit., pp. 304.

Já as *limited liability partnerships* são entidades em que todos os sócios beneficiam de responsabilidade limitada.[49]/[50]

As *Limited Liability Companies* americanas são veículos com um regime legal algo *híbrido*, visto que reúnem características de sociedades e de *partnerships / sole proprietorships*.[51]

4.2.2. SEMELHANÇAS COM CERTAS ENTIDADES E FIGURAS JURÍDICAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Podemos distinguir cinco tipos de sociedades comerciais previstas no Código das Sociedade Comerciais: sociedade em nome coletivo, sociedade por quotas, sociedade anónima, sociedade em comandita simples e sociedade em comandita por acções.

A sociedade em nome coletivo será a figura mais próxima de uma *general partnership*, visto que todos os seus sócios respondem subsidiária e ilimitadamente pelas dívidas da sociedade.[52]/[53] A sociedade por quotas e a sociedade anónima serão equivalentes a *limited liability companies*, sendo a responsabilidade dos sócios limitada ao valor das suas entradas ou das ações subscritas. As sociedades em comandita simples e em comandita por ações poderão ser consideradas como equivalentes às *limited partnerships*, na medida em que os sócios poderão ter responsabilidade limitada ou ilimitada[54] (sócios comanditários e sócios

[49] Ainda que a extensão dessa limitação possa aplicar-se de forma diferente consoante os diferentes veículos em causa.

[50] Note-se que esta não se confunde com a *UK Limited Liability Partnership*, que é uma sociedade (*corporation*) com personalidade e capacidade jurídicas, ainda que seja geralmente sujeita a imposto como uma *partnership*.

[51] Para efeitos fiscais, nos Estados Unidos serão tratadas como *sole proprietorships* quando tenham apenas um membro, e como uma *partnership* quando tenham dois ou mais membros. Cf. O regime de transparência fiscal nos EUA e Reino Unido para mais desenvolvimentos.

[52] Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU, ob. cit., pág. 655.

[53] Cf. JORGE M. COUTINHO DE ABREU (Coord.) *et al.*, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário,* Vol. III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 16.

[54] Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU, ob. cit., pág. 655.

comanditados),[55] correspondendo às definições anglo-saxónicas de, respetivamente, *limited partner* e *general partner*).[56]

Todavia, e salvo se se aplicar o regime da transparência fiscal previsto para as sociedades de profissionais ou de simples administração de bens, estas entidades serão tratadas, para efeitos fiscais, como entidades *opacas*, sendo sujeitas a tributação sobre o rendimento na sua esfera.[57]

5. O REGIME DE TRANSPARÊNCIA FISCAL NOS EUA E REINO UNIDO

Nos Estados Unidos, os membros de entidades transparentes são tributados diretamente, em sede de imposto sobre o rendimento, sobre todos os itens que constituam rendimentos, mais-valias, menos-valias, deduções e créditos de impostos, auferidos por essas entidades.[58]

As General Partnerships são consideradas entidades transparentes para efeitos fiscais, e são constituídas de acordo com as leis estaduais, que geralmente correspondem ao US Uniform Partnership Act ("UPA") ou Revised Uniform Partnership Act ("RUPA").

Cabe notar ainda que o regime fiscal dos Estados Unidos da América oferece uma abordagem algo *sui generis*, ao permitir que os contribuintes decidam como classificar as entidades relevantes, salvo certas excepções[59], através das denominadas *check-the-box elections*.[60]

---

[55] Cf. artigo 465.º do Código das Sociedades Comerciais, e o comentário feito a esse propósito em JORGE M. COUTINHO DE ABREU (Coord.), *ob. cit.,* Vol. 6.

[56] Todavia, e salvo se se aplicar o regime da transparência fiscal aplicável às sociedades de profissionais ou de simples administração de bens, estas entidades serão tratadas como entidade *opacas*, sendo sujeitas a tributação sobre o rendimento na sua esfera.

[57] Por igual, também as sociedades irregulares, que sejam comerciais quanto ao seu objeto, ainda que sem forma legal, e, portanto, destituídas de personalidade jurídica, terão capacidade tributária e estarão sujeitas a ao regime geral de IRC pelo lucro obtido com a atividade comercial exercida (cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 0733/14, de 15-04-2015).

[58] Cf. Country Tax Guides, United States – Corporate Taxation, disponível em IBFD Research Platform, na versão disponível em 20.06.2021.

[59] Certas entidades estrangeiras, listadas como *per se corporations* pela Treas. Reg. 301.7701-3(b)(8)(i) são obrigatoriamente qualificadas como *corporations*. A sociedade anónima portuguesa encontra-se prevista nesta lista.

[60] Eleição feita no I.R.S. Form 8832, Entity Classification Election.

Caso não seja realizada essa eleição (que, naturalmente, tem também por efeito atribuir segurança jurídica à posição do contribuinte), encontram-se previstos determinados critérios abstratos para aferir a qualificação aplicável a uma entidade.(61)

No Reino Unido, os membros de entidades transparentes são considerados como tendo direito a uma parte do rendimento auferido pela entidade assim que este é obtido, sujeitando o rendimento a imposto nesse momento. Quando se trate de uma entidade opaca, o sócio apenas é tributado quando existir uma distribuição de rendimento pela entidade.

Quanto às entidades residentes no Reino Unido, as UK General Partnerships e UK Limited Partnerships são geralmente tratadas como transparentes em sede de imposto sobre o rendimento, de forma a que os seus membros são sujeitos a imposto na porção de rendimento gerado pelas entidades que lhes seja alocável. As UK Limited Liability Partnerships são consideradas sociedades à luz da demais legislação, mas tratadas como transparentes para efeitos fiscais.(62)

Ademais, para efeitos de determinar a tributação, no Reino Unido, dos sócios de entidades estrangeiras, encontra-se prevista uma lista indicativa,(63) que determina que entidades devem ser consideradas opacas ou transparentes.

De acordo com a informação publicada por *Her Majesty's Revenue and Customs* ("HMRC")(64) esta lista disponibiliza essa determinação para várias entidades estrangeiras, tendo em conta o regime legal vigente no Reino Unido, sendo essa classificação realizada tendo por referência as leis aplicáveis na jurisdição da sua localização, bem como as normas estatutárias e outros acordos relevantes para a constituição, existência e gestão das entidades, e tomando em conta

(61) As *check-the-box regulations* definem como *partnership* uma entidade que não seja tratada como *corporation* e que tenha pelo menos dois membros, e como *disregarded entity* uma entidade detida por um só membro. A *partnership* pode realizar uma eleição para ser tratada como uma entidade transparente ou *corporation* (Treas. Reg. § 301.7701-3(a)). A classificação de uma US *partnership* será como *partnership*, visto que estas entidades nos Estados Unidos deverão sempre ter pelo menos dois membros, e pelo menos um dos membros terá responsabilidade ilimitada (cf. Country Tax Guides, United States – Corporate Taxation, disponível em IBFD Research Platform, na versão disponível em 20.06.2021).

(62) Cf. Country Tax Guides, United Kingdom – Corporate Taxation, disponível em IBFD Research Platform, na versão disponível em 20.06.2021.

(63) Disponível em https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm180030, em 20.06.2021, nos termos da qual a sociedade anónima e a sociedade por quotas portuguesas são consideradas entidades opacas.

(64) Disponível em https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm180020, em 20.06.2021.

as disposições previstas nas convenções para evitar a dupla tributação aplicáveis. A lista não pretende ser *definitiva*, visto que poderão ocorrer alterações relevantes à legislação estrangeira após a análise dos casos pela HMRC.

Adicionalmente, os contribuintes têm a opção de requerer à HMRC que se pronuncie sobre se uma entidade estrangeira deve ser considerada opaca ou transparente, mediante pedido escrito, acompanhado da documentação considerada relevante.

6. REFERÊNCIAS A PARTNERSHIPS NAS CDT CELEBRADAS POR PORTUGAL

A CDT celebrada com o Reino Unido prevê, no seu artigo 10.º, n.º 3, que o termo "dividendos" inclui os lucros atribuídos aos sócios das sociedades de pessoas (*partnerships*).[(65)] Todavia, não é claro se esta norma pretende qualificar como dividendos os lucros atribuídos por uma *partnership* do Reino Unido aos seus membros residentes fiscais em Portugal (*v.g.* pagamentos *inbound*), ou se, pelo contrário, pretende classificar como tal os rendimentos pagos por *sociedades de pessoas* residentes em Portugal a sócios residentes no Reino Unido (*v.g.* pagamentos *outbound*).

Parece-nos que a adoção da primeira interpretação daria maior aplicabilidade prática ao preceito, visto que, caso se considere que a norma pretende classificar como dividendos os rendimentos pagos por *sociedades de pessoas* ou *partnerships* residentes em Portugal, estariam apenas em causa, em nosso ver, os rendimentos pagos por sociedades em nome coletivo e sociedades em comandita simples ou por ações.

No entanto, enquanto as *partnerships* do Reino Unido não deverão ser sujeitas a imposto nessa jurisdição, e, portanto, não serão passíveis de ser enquadradas como *residentes* para efeitos do artigo 4.º da Convenção, as *sociedades de pessoas* portuguesas são consideradas entidades sujeitas a IRC, e que, portanto, deverão ser consideradas *residentes* ao abrigo do referido artigo,

---

(65) Na versão de língua portuguesa, a convenção prevê que «*O termo "dividendos" usado neste artigo significa os rendimentos provenientes de acções, acções ou bónus de fruição, partes de minas, partes do fundador ou outros direitos, com excepção dos créditos, que permitam participar nos lucros, assim como os rendimentos derivados de outras partes sociais assimilados aos rendimentos das acções pela legislação fiscal do Estado de que é residente a sociedade que os distribui e, no caso do Reino Unido, inclui qualquer elemento do rendimento (com excepção dos juros ou royalties que beneficiem de uma redução do imposto do Reino Unido, de acordo com o artigo 11 ou o artigo 12 desta Convenção que, segundo a legislação do Reino Unido, seja considerado como distribuição de uma sociedade, e, no caso de Portugal, inclui, além dos lucros atribuídos aos sócios das sociedades de pessoas (partnerships), os lucros auferidos pela participe, em regime de conta em participação*.»

pelo que a adoção da primeira interpretação acima expendida poderia resultar na aplicação da Convenção a rendimentos que dela não beneficiariam à partida, visto que seriam pagos por entidades que não se qualificam como *residentes* para a aplicação da mesma, à luz do disposto nos artigos 1.º e 4.º da mesma.

A CDT celebrada com os EUA prevê, na alínea (a) do artigo 3.º do Protocolo que «[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 sociedades de pessoas, entidades similares, heranças ou fideicomissos estejam sujeitos a imposto nesse Estado como rendimentos de um residente, quer na sua titularidade, quer na titularidade dos respetivos associados ou beneficiários*.». Assim, estas entidades poderão estar abrangidas pelas disposições da CDT na medida em que os seus rendimentos sejam sujeitos a imposto na fonte.

A propósito desta CDT, cabe notar que a *Technical Explanation*(66) refere que o termo «*company*», sendo definindo como qualquer entidade societária («*body corporate*») para efeitos fiscais, deverá, no caso dos Estados Unidos, tomar em conta as regras previstas nas Treasury Regulations §301.7701-2, que geralmente se aplicam para determinar se uma entidade é tributável como uma sociedade, e portanto deve ser considerada uma sociedade para efeitos da CDT. Refere-se ainda que, no caso dos EUA, uma *Publicly Traded Partnership* tratada como uma sociedade nos termos do *Code Section* 7704 deverá ser tratada como uma sociedade para efeitos da CDT.(67)

Ainda a propósito da disposição contida na (a) do artigo 3.º do Protocolo, refere a *Technical Explanation* que, para efeitos de aplicação da CDT, os rendimentos recebidos por uma *partnership* americana apenas serão tratados como recebidos por um residente nos EUA quando

(66) *Treasury Department Technical Explanation of the Convention and Protocol between the United States Of America and the Portuguese Republic for the avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income signed at Washington on September 6, 1994*, disponível em https://www.treasury.gov/ em 13.06.2021.

(67) Este tipo de entidades, cujos *ownership interests* são negociados em mercados de títulos elegíveis, são, por regra, tributadas como sociedades, salvo quando mais de 90% do seu rendimento for considerado *passivo*. Cf. United States - Business and Investment - Country Tax Guides - 2. Forms of Business, section 2.3.5, disponível em IBFD Research Platform, na versão disponível em 09.07.2021.

sejam incluídos na *distributive share* de sócios que sejam residentes nesse país (mesmo implicando um *look through* através de outras *partnerships* de que estes sejam sócios).

Por último, notamos que a *Technical Explanation*, a propósito do artigo 26.º da CDT, refere que a *Section* 1446 do Código impõe uma obrigação de retenção na fonte de imposto a qualquer *partnership* cujo rendimento seja efetivamente relacionado com uma atividade exercida nos EUA («*income effectively connected with a U.S. trade or business*»), na medida em que parte do rendimento da *partnership* seja atribuível a um sócio estrangeiro, e contanto que tal medida não seja de se considerar discriminatória à luz do disposto no artigo 26.º da CDT.[(68)]

7. A APLICAÇÃO DE CONVENÇÕES PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO A PARTNERSHIPS

7.1 INTRODUÇÃO

Importa começar por elucidar que, para efeitos convencionais, as *partnerships* são consideradas nacionais dos Estados Contratantes, em pé de igualdade com as pessoas singulares e as demais pessoas coletivas e as associações, de acordo com a definição que deste termo é dada nos Modelos de Convenção da ONU e da OCDE nos quais a generalidade das convenções celebradas por Portugal se inspiram (cf. artigo 3º. n.º 1 g) (ii) da Convenção Modelo da OCDE ("CMOCDE") e artigo 3º. n.º 1 f) (ii) da Convenção Modelo das Nações Unidas ("CMONU")).

Não obstante a abrangência da definição convencional de nacional, as *partnerships* não resultavam (até à última revisão de 2017) das definições convencionais de "pessoa" e de "residente".[(69)] Pelo que, até à prolação do relatório sobre as *partnerships*[(70)] de 1999, punha-se a questão se as *partnerships*, e, mais genericamente, as entidades transparentes para efeitos fiscais no Estado onde se localizam ou foram constituídas, bem com os rendimentos obtidos

[(68)] Assim, deverá entender-se que os montantes de imposto retidos no estado da fonte (EUA) são devidos nos termos previstos pela CDT, podendo dar direito a dedução por crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional, para efeitos de IRS e IRC.

[(69)] Cf. primeira frase do parágrafo 8.13 dos comentários ao artigo 4.º da CMOCDE.

[(70)] OECD, "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships", *Issues in International Taxation* n. 6, Paris, OECD Publishing, 1999.

por essas entidades e pelos seus membros, podiam beneficiar das convenções para evitar a dupla tributação.

De um modo geral, os problemas que se suscitam em torno do pagamento de rendimentos que envolvam *partnerships* num contexto internacional são: a) possibilidade da ocorrência de situações de dupla tributação pela recusa inapropriada dos benefícios de uma convenção; b) não tributação pela obtenção dos benefícios de uma convenção em situações não desejadas; ou, c) a atribuição das vantagens convencionais a um nível inapropriado (v.g. atribuição de uma taxa de tributação na fonte aplicável a sociedades quando os dividendos são auferidos por uma pessoa singular).[(71)]

7.2 O RELATÓRIO DA OCDE SOBRE A TRIBUTAÇÃO DE *PARTNERSHIPS*

Este tema da aplicação das convenções a entidades transparentes começou a ser encarado em 1993 quando a OCDE formou um grupo de trabalho para estudar a aplicação do Modelo a entidades não societárias, tais como as *partnerships* e os *trusts*. O produto deste grupo de trabalho acabou por vir à estampa no início de 1999 com a divulgação do célebre relatório, ao qual já fizemos referência, sobre a tributação das *partnerships* ("*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*"), tendo algumas das suas conclusões acabado por ser incorporadas nos comentários da CMOCDE na revisão de 2000.[(72)]

No que respeita ao relatório sobre as *partnerships* importa destacar que esclareceu que as mesmas constituem sociedades ou corpos de pessoas para efeitos da definição de pessoa, muito embora as *partnerships* que sejam transparentes não devam ser consideradas residentes para

[(71)] COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS, Fifteenth session, Application of Treaty Rules to Hybrid Entities, 10 October 2017 (disponível em 15STM_CRP28_Hybrid-Entities.pdf (un.org), consultado em 18.5.2021).

[(72)] Como nota ROBERT DANON as recomendações do relatório das *partnerships* não chegaram a obter uma adesão consensual por parte dos países membros que muitas vezes preferem tratar deste assunto em disposições convencionais expressas. Neste sentido *vide* também COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS, Fifteenth session, *Application of Treaty Rules to Hybrid Entities*, 10 October 2017. Ainda segundo este Autor a fraca aderência possa estar na metodologia utilizada no relatório que seguiu uma análise de situações concretas (ainda que hipotéticas) em detrimento de uma abordagem mais principológica, cf. "Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection", 68 *Bull. Intl. Taxn.* 4/5 (2014).

efeitos convencionais.[73] Outras duas conclusões que se podem extrair do referido relatório são que, nas situações em que uma *partnership* não tem direito ao benefício de uma convenção por ser transparente para efeitos fiscais, os seus membros/sócios terão direito aos benefícios das convenções celebradas pelos seus Estados de residência na medida do rendimento que lhes é atribuído, que deve manter a mesma natureza que tinha quando recebido pela *partnership*. Finalmente, na decorrência da conclusão anterior, considera-se que quando uma *partnership* esteja envolvida, o Estado da fonte deve tomar em consideração a forma como o Estado da *partnership* considera esta entidade.[74]

7.3 A REVISÃO DA CMOCDE DE 2000

Na sequência da incorporação de algumas recomendações do mencionado relatório nos comentários ao artigo 1.º da convenção modelo, Portugal formulou na revisão de 2000 da CMOCDE uma observação na qual refere que «*Portugal, país onde todas as sociedades de pessoas são tributadas nessa qualidade formulou várias reservas quanto às conclusões do relatório relativo a «A aplicação do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE às sociedades de pessoas» e considera que as soluções propostas no referido Relatório deveriam ser incorporadas em disposições especiais apenas aplicáveis quando incluídas nas convenções fiscais. É o caso, por exemplo, do tratamento aplicado ao sócio de uma sociedade de pessoas transparente do ponto de vista fiscal – uma noção consideravelmente fluida, dadas as diferenças existentes entre os Estados – designadamente quando há interposição de um terceiro Estado entre o Estado da fonte e o Estado da residência dos sócios. Convém sublinhar igualmente as dificuldades de ordem administrativa que podem decorrer de algumas das soluções propostas, aliás mencionadas no Relatório a propósito de certos casos*».[75]

---

[73] O artigo 4.º – que esmiúça o conceito de residente para efeitos convencionais — estabelece que residentes são apenas aqueles que estão sujeitos a imposto (*liable to tax*) sobre o rendimento no Estado em causa por efeito do domicílio ou de outro elemento de conexão semelhante.

[74] Para mais desenvolvimentos, no estilo preclaro que o caracteriza, cf. PHILIP BAKER, "The application of the Convention to Partnerships, Trusts and Other, Non-Corporate Entities" 2 *GITC Rev* 1, 2002.

[75] Segundo ANGELO NIKOLAKAKIS *et al.* "Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, With Respect to Fiscally Transparent Entities", *British Tax Review* No. 3, 2017, p. 295 e ss. (também publicado no *Bulletin for International Taxation* do IBFD): «[t]*he main reason for this* [i.e. para a não aplicação do Relatório sobre as Partnerships] *is that many states have traditionally*

No que respeita à fluidez do conceito de transparência fiscal a que a posição portuguesa faz alusão, admitimos que esta observação possa ter por base os parágrafos 38 e 39 do relatório das *partnerships*. Estes parágrafos explicam que alguns países computam o rendimento destas entidades como se fossem sujeitos distintos dos seus sócios, sendo depois atribuída uma fatia do rendimento da *partnership* a cada sócio que, juntamente com os seus outros rendimentos, contribui para a determinação da matéria coletável à qual serão aplicáveis as deduções à coleta, enquanto outros países computam o rendimento e o imposto devido da mesma forma dos anteriores, mas admitem a *partnership* como coletor do imposto devido pelos sócios.

7.4 A REVISÃO DA CMOCDE DE 2017

Entretanto os parágrafos inseridos na revisão de 2000 aos comentários ao artigo 1.º na sequência da emissão do relatório sobre as *partnerships* foram apagados na revisão de 2017 e a própria norma do artigo 1.º passou a conter uma regra a prever expressamente a situação das

applied tax treaties on the basis of their own attribution, qualification and interpretation rules and principles, and not on the basis of those which may be applicable under the laws of the other state party to a particular treaty. That is the innovation contemplated by the Partnership Report—that source states should apply tax treaties on the basis of the attribution and to some extent the qualification (and more general tax treatment) rules and principles applicable under the laws of the other state. The stated rationale for this approach (referred to as a "principle") is that "the State of source should take into account, as part of the factual context in which the Convention is to be applied, the way in which an item of income, arising in its jurisdiction, is treated in the jurisdiction of the person claiming the benefits of the Convention as a resident"». Este olhar, esta atenção, este cuidado para com a lei do outro Estado pode ser visto em contraste com o entendimento tradicional da norma fundamental no que respeita à interpretação das convenções – o artigo 3.º, n.º 2 da CMOCDE – mas, como referido no Relatório sobre as *partnerships* (§ 62), este tema da consideração pelo Estado da fonte do tratamento fiscal preconizado no Estado da residência não deve ser visto como um tema de interpretação mas sim de contexto factual de aplicação da convenção ou, caso assim não se entenda, deve-se entender que se trata de uma situação em que o contexto exige interpretação diferente, como alude o próprio artigo 3.º, n.º 2 da CMOCDE.

partnerships[(76)]*,* o mesmo sucedendo com a CMONU[(77)] (à semelhança do que já sucedia desde 1996 no modelo americano de convenção).[(78)]

Esta alteração à CMOCDE no sentido de oferecer algum tratamento à situação das *partnerships,* e das entidades transparentes em geral, foi rejeitada por Portugal (não obstante ter sido o que Portugal preconizava na observação que havia feito que este tema devia ser abordado por via de disposições expressas das convenções), tendo a observação aos Comentários acima citada deixado de constar e subido de tom pela formulação de uma reserva na qual é dito 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 «A aplicação do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE às sociedades de pessoas» (como indicado no próprio relatório em certos casos)*».[(79)]

As dificuldades administrativas nas quais Portugal se escuda parecem ser as mesmas a que se referia anteriormente e, nomeadamente, as resultantes de verificar se os sócios têm direito a beneficiar da convenção, e a ilustrada no exemplo 9 do relatório em que duas CDTs podem ser aplicadas (a CDT do Estado da fonte com o Estado de localização da *partnership* e a CDT do Estado da fonte com o Estado de residência dos sócios), preconizando a OCDE que o Estado da fonte aplique a retenção na fonte à taxa mais reduzida prevista nas duas CDT, o que se reconhece que pode ser um exercício trabalhoso no caso de haver muitos sócios residentes em Estados diferentes.

---

(76) Em rigor a nova regra codificada no modelo de convenção – o artigo 1.º, n.º 2 – não se aplica apenas a *partnerships*, mas sim a entidades transparentes em geral e é o resultado da Ação 2 do BEPS (OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2014 Deliverable,* OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project). Para uma análise exaustiva dos problemas e das dúvidas que se suscitam com esta nova norma, *vide* ANGELO NIKOLAKADIS *et al., ob. cit.*

(77) Para mais desenvolvimentos sobre a incorporação da norma sobre entidades transparentes no Modelo da ONU, *vide* DHRUV SANGHAVI, "BEPS Hybrid Entities Proposal: A Slippery Slope, Especially for Developing Countries", *Tax Notes International*, 23 janeiro 2017, p. 357 e ss.

(78) Para mais desenvolvimentos sobre a disposição [artigo 1(6)] da convenção modelo estadunidense, *vide* JASMIN KOLLMANN, ALESSANDRO RONCARATI, CLAUS STARINGER, "Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention", apud Land *et al* (Eds), *Base Erosion and Profit Shifting. The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, Series on International Tax Law, Vol. 95, Linde, 2016, p. 8 e ss.

(79) Cf. parágrafo 115 dos Comentários ao artigo 1.º na revisão de 2017.

Como acima referido, a revisão da CMOCDE (e da CMONU) de 2017 passou a conter um novo número 2 do artigo 1.º,[(80)] que estabelece uma equiparação entre os rendimentos obtidos por ou através de uma entidade transparente[(81)] de acordo com a lei fiscal de um dos Estados contratantes e os rendimentos obtidos por um residente de um Estado contratante, equiparação esta, todavia, limitada na medida em que apenas é admitida se o rendimento obtido por ou através dessa entidade transparente for tratado, pelo Estado que considera a entidade transparente, como rendimento de um residente desse Estado (e assim remetendo, implicitamente, para a definição de residente prevista no artigo 4.º e a consequente sujeição a imposto).[(82)/(83)]

De acordo com os Comentários, o número 2 do artigo 1.º assegura que o rendimento das entidades transparentes — onde pontificam por excelência (ainda que não necessária ou

[(80)] Que prescreve: *«[f]or the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State.»*

[(81)] Como esclarece o atual parágrafo 7 dos Comentários ao artigo 1.º, esta norma aplica-se independentemente das subtilezas do direito fiscal interno, máxime no que respeita a quem se considera obter o rendimento (se a entidade transparente se os seus membros) (daí a expressão legal "*by or through*") e independentemente da entidade ter ou não ter personalidade jurídica ou constitua uma pessoa para efeito da definição deste conceito no artigo 3(1)(a) da CMOCDE (daí a expressão legal "*entity or arrangement*").

[(82)] Como é referido no final do parágrafo 7, o número 2 do artigo 1 da CMOCDE pode aplicar-se mesmo a entidades transparentes localizadas em Estados terceiros na medida em que de acordo com a lei fiscal de um dos Estados contratantes essa entidade é tratada como transparente e o rendimento dessa entidade transparente localizada num Estado terceiro é atribuído a um residente desse Estado. Poderá ser o caso de algumas normas CFC, permitindo esta norma aplicar o CDT celebrado entre o Estado da residência do sócio da entidade CFC e o Estado da fonte do rendimento obtido pela CFC.

[(83)] De acordo com o parágrafo 12 do comentário ao artigo 1.º a equiparação ao rendimento de um residente tem como consequência a aplicação das demais regras distributivas da competência consoante a natureza do rendimento em questão. Ou seja, por exemplo, se a *partnership* obtém um dividendo de ações de uma sociedade residente no outro Estado contratante, o sócio dessa *partnership* residente nesse Estado pode beneficiar da taxa reduzida estabelecida na convenção celebrada com o Estado da fonte. Noutra linha de raciocínio o parágrafo 11 do comentário ao artigo 10.º reconhece a obrigação do Estado da fonte dos dividendos tributar à taxa reduzida os dividendos distribuídos a uma *partnership* no outro Estado e que o Estado da fonte considera ser transparente, na medida em que o Estado de residência da *partnership* considere esta como uma entidade residente sujeita a imposto. Relativamente à situação inversa — *i.e.* a situação em que é a partnership a distribuir rendimentos aos seus sócios — o parágrafo 27 dos Comentários ao artigo 10.º consagra que «[d]*istributions of profits by partnerships are not dividends within the meaning of the definition, unless the partnerships are subject, in the State where their place of effective management is situated, to a fiscal treatment substantially similar to that applied to companies limited by shares (for instance, in Belgium, Portugal and Spain, also in France as regards distributions to commanditaires in the sociétés en commandite simple). On the other hand, clarification in bilateral conventions may be necessary in cases where the taxation law of a Contracting State gives the owner of holdings in a company a right to opt, under certain conditions, for being taxed as a partner of a partnership, or, vice versa, gives the partner of a partnership the right to opt for taxation as the owner of holdings in a company.*»

exclusivamente) as *partnerships* — é tratado de acordo com os princípios plasmados no célebre relatório da OCDE de 1999 sobre *partnerships*, remetendo mesmo para o referido relatório para maior desenvolvimento e exemplos de como a norma deve ser aplicada em várias situações.

De acordo com alguns[(84)] e que acompanhamos, esta norma compreende dois testes para assegurar a aplicação da convenção. O primeiro teste é a determinação pelo Estado da fonte de que entidades não residentes e que eventos são tributados de acordo com a sua lei interna. O segundo teste passa por determinar, da perspetiva do Estado da fonte, em que medida devem ser concedidos ou recusados os benefícios da convenção relativamente ao rendimento em causa. E aqui, em vez de conceder ou negar os benefícios da convenção em função da forma como o Estado da fonte qualifica a entidade não residente, o Estado da fonte estará obrigado a conceder ou negar os benefícios da convenção em função da forma como o Estado da residência qualifica essa entidade. É para as situações em que a entidade é considerada transparente de acordo com o Estado da residência dessa entidade que a norma em causa é dirigida, determinando que, em vez de o Estado da fonte recusar a aplicação da convenção, a aplique por referência aos sócios da entidade transparente, na medida em que também sejam residentes do outro Estado contratante, como se fossem esses sócios a receber diretamente o rendimento.

8. CONSIDERAÇÕES CONTIDAS NO MLI

O tratamento das entidades transparentes também é tratado pela *Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros*,[(85)] adotada em Paris em 26 de novembro de 2016 (e daqui em diante designada pela abreviatura pela qual se tornou conhecida, decorrente do título em inglês: MLI). Esta convenção visa incorporar nas convenções bilaterais celebradas entre os Estados as medidas normativas identificadas nos vários estudos produzidos no âmbito do BEPS, de uma forma que ultrapasse a dificuldade e a morosidade normalmente associadas

(84) ANGELO NIKOLAKAKIS *et al.*, *ob. cit*., pp. 301-302.

(85) Aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019, de 14 de novembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 70/2019, de 14 de novembro, ambos publicados no DR, Série I, n.º 219, de 14 de novembro de 2019, e retificados, respetivamente, pelas Declarações de Retificação n.ºs 1-B/2020 e 1-A/2020, publicadas no DR, Série I, n.º 8, de 13 de janeiro de 2020. Pelo Aviso n.º 27/2020, de 14 de julho, publicado no DR n.º 135/2020, Série I, de 14 de julho de 2020, informa-se que Portugal depositou o seu instrumento de ratificação do MLI junto do Secretariado-Geral da OCDE em 28 de fevereiro de 2020, tendo entrado em vigor para Portugal a 1 de junho de 2020.

à renegociação de convenções bilaterais. Trata-se de uma espécie de convenção "sobretudo" no sentido em que as medidas normativas aí consagradas se vão passar a aplicar por cima das convenções vigentes, nos termos preconizados por cada um dos Estados signatários do MLI.

Em concreto, o artigo 3.º, n.º 1 do MLI — que tem por epígrafe «*Entidades Transparentes*» e abre a Parte II do MLI com o título de «*Híbridos Assimétricos*», sendo as restantes duas normas que compõem esta parte destinadas a abordar as entidades com dupla residência e os métodos para eliminar a dupla tributação — consagra uma norma em tudo idêntica ao número 2 do artigo 1.º da CMOCDE introduzido em 2017. Como decorre da alínea a) do número 5 da norma em apreço, os Estados que subscreveram o MLI podem reservar-se a não aplicar esta norma às suas CDTs que decidiram abranger pelo MLI. Foi o que Portugal fez, como resulta expressamente do artigo 2.º, al. b), da Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019, de 14 de novembro.

9. CONSIDERAÇÕES CONTIDAS NO DIREITO DA UE

Saindo do plano do direito fiscal internacional e entrando agora no direito derivado da UE encontramos referência a entidades transparentes desde logo na diretiva das fusões (2009/133/CE), sendo aí expressamente referido que os Estados-Membros não devem negar os benefícios da diretiva em virtude de considerarem entidades localizadas em outros Estados-Membros (e elencadas no Anexo I da Diretiva) como transparentes, numa clara manifestação de que o legislador europeu se quis afastar deste tema, apenas reconhecendo o problema e que o mesmo não deve obstaculizar a aplicação dos benefícios previstos na Diretiva.

Também a Diretiva mães-filhas (2011/96/CE) reconheceu o problema e resolveu-o no artigo 4.º, n.º 2 ao estabelecer, por um lado, que não impede que um Estado-Membro considere uma entidade de outro Estado-Membro como transparente e, por conseguinte, pretenda tributar a sociedade-mãe residente no seu território pela sua parte dos lucros obtidos pela sociedade afiliada, consoante estes vão sendo obtidos. Todavia, esclarece que nesta situação "*o Estado-Membro da sociedade-mãe abstém-se de tributar os lucros distribuídos da sociedade afiliada*". Neste caso e com vista a cumprir o desiderato da Diretiva de eliminação da dupla tributação económica dos lucros, mais refere a norma que «[a]*o determinar a parte da sociedade-mãe nos lucros da sua sociedade afiliada, consoante estes vão sendo obtidos, o Estado-Membro da sociedade-mãe isenta esses lucros ou autoriza a sociedade-mãe a deduzir, do montante do*

imposto devido, a fracção do imposto sobre as sociedades relativa à parte da sociedade-mãe nos lucros e paga pela sua sociedade afiliada e por qualquer sociedade subafiliada (…)»

Mais recentemente este tema dos pagamentos *a* ou *por* entidades transparentes passou a interlaçar-se com as denominadas assimetrias híbridas (*hybrid mismatches*). Com efeito, a diferente categorização da mesma entidade pelos dois Estados, com consequências na atribuição do rendimento a entidades diferentes, pode levar, com maior facilidade, a fenómenos do que se designa por 'dupla dedução' ou 'dedução sem inclusão'.

Nas palavras do Considerando 13 da Diretiva 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho de 2016 (produzida na sequência dos estudos do BEPS e conhecida por ATAD) «[a]*s assimetrias híbridas resultam das diferenças na qualificação jurídica (…) das entidades e essas diferenças revelam-se na interação entre os ordenamentos jurídicos de duas jurisdições. O efeito de tais assimetrias é, muitas vezes, uma (…) dedução dos rendimentos num Estado sem inclusão na base tributável do outro*». A solução que a ATAD consagra para as assimetrias híbridas que resultem numa dedução sem inclusão é a de o Estado-Membro do pagador recusar a dedução do pagamento. De notar, porém, que o regime da Diretiva não se aplica a toda e qualquer assimetria, mas apenas às assimetrias que ocorram entre empresas associadas.

Atendendo a que a Diretiva (UE) 2016/1164 abrange exclusivamente assimetrias híbridas entre Estados-Membros, foi elaborada uma alteração a esta Diretiva para passar a incluir também assimetrias híbridas que envolvam países terceiros, a fim de prever regras que sejam consentâneas com as recomendadas no relatório da OCDE sobre a neutralização dos efeitos das assimetrias híbridas (Ação 2 do projeto BEPS da OCDE), e de eficácia pelo menos equivalente à dessas regras. Referimo-nos à Diretiva (UE) 2017/952, do Conselho, de 29 de maio de 2017 (conhecida por ATAD 2) e que acaba por introduzir um conjunto de regras mais detalhadas sobre o tratamento deste fenómeno, incluindo regras sobre as denominadas assimetrias híbridas inversas.

Esta Diretiva foi transposta para a lei interna pela Lei n.º 24/2020, de 6 de julho. Na definição de assimetria híbrida temos, designadamente, «[u]*m pagamento efetuado a uma entidade*

híbrida([86]) [que] *dê origem a uma dedução sem inclusão*[(87)] *e o resultado dessa assimetria decorra de diferenças na imputação de pagamentos efetuados à entidade híbrida ao abrigo da legislação da jurisdição na qual a mesma está estabelecida ou registada e da jurisdição de qualquer pessoa com uma participação nessa entidade híbrida*» (artigo 68.º-A, n.º 1, al. b), ii), do Código do IRC). Uma situação da vida que cabe nesta definição é a de um pagamento feito por uma entidade residente e tributada em Portugal a uma entidade localizada noutro Estado-Membro que aí seja considerada transparente para efeitos fiscais, e cujos sócios sejam residentes em outro Estado que considere essa entidade como "opaca". Com efeito, neste caso o pagamento efetuado pela entidade residente em Portugal não será considerado nem no Estado de residência da entidade transparente nem no Estado de residência dos seus sócios. Nestas situações a alínea c) do número 1 do artigo 68.º-B do Código do IRC determina a não dedução fiscal do gasto em causa.

Digno de nota é também o regime das denominadas «*assimetrias híbridas inversas*» (artigo 68.º-C do Código do IRC), *i.e.,* das entidades que são consideradas transparentes no Estado onde estão localizadas, mas que são consideradas opacas no Estado de localização dos sócios que controlem a entidade. Nesta situação o regime legal determina que o Estado onde está localizada a entidade passe a considerar a entidade como opaca (no que pode ser considerado como uma intrusão na soberania fiscal de outro Estado) exceto se o rendimento dessa entidade for tributado na titularidade de pessoas singulares ou coletivas ao abrigo da legislação de outro Estado.

Por aplicação deste regime podemos constatar que uma entidade transparente residente em outro Estado-Membro e que, em princípio, não poderia beneficiar da convenção para evitar a dupla tributação celebrada com Portugal por ser transparente, pode acabar por beneficiar da dita

---

([86]) A alínea h) do número 1 do artigo 68.º-A do Código do IRC define 'entidade híbrida' como sendo «*qualquer entidade ou mecanismo que seja considerado como entidade tributável ao abrigo da legislação de uma jurisdição e cujos rendimentos ou gastos sejam tratados como rendimentos ou gastos de uma ou várias outras pessoas ao abrigo da legislação de outra jurisdição*».

([87]) A alínea f) do número 1 do artigo 68.º-A do Código do IRC define 'dedução sem inclusão' como sendo «*a dedução de um pagamento (…) em qualquer jurisdição em que esse pagamento (…) seja considerado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem que ocorra a correspondente inclusão, para efeitos fiscais, desse pagamento (…) na jurisdição do beneficiário, considerando-se como jurisdição do beneficiário aquela onde esse pagamento (…) seja recebido, ou tratado como tendo sido recebido, ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição*».

convenção em virtude de passar a ser opaca nesse Estado-Membro por aplicação deste regime especial…[88] Este exemplo é um bom espelho da crescente complexidade do direito fiscal em situações internacionais e da necessidade de os direitos fiscais dos Estados, designadamente do Estado português, passarem a adotar uma perspetiva de maior abertura e compreensão do direito fiscal dos outros Estados, o que é metodologicamente exigido para a correta aplicação do nosso próprio direito fiscal em situações internacionais.

10. TRIBUTAÇÃO EM PORTUGAL DE RENDIMENTOS PAGOS A E POR PARTNERSHIPS

Efetuada uma breve análise de direito comparado e um périplo pelos desenvolvimentos mais recentes nos planos internacional e europeu, cabe agora analisar o regime legal português relacionado com este tema, começando pela análise do tratamento fiscal dos rendimentos de fonte portuguesa auferidos por *partnerships* estrangeiras, concluindo com o tratamento fiscal dos rendimentos provenientes de *partnerships* estrangeiras que sejam auferidos por residentes em Portugal.

10.1 RENDIMENTOS PAGOS A PARTNERSHIPS

Conforme previsto na alínea c) do artigo 1.º do Código do IRC, são sujeitos passivos do IRC «[a]*s entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS.*».

Todavia, e nomeadamente para efeitos de aplicação de retenção na fonte de imposto, poderá ser relevante determinar qual a entidade beneficiária dos rendimentos, salvo se a CDT contiver norma que disponha em sentido diferente.[89]

---

[88] Isto não obstante o Considerando 11 da ATAD 2 referir que «[o]*s eventuais ajustamentos que devam ser feitos ao abrigo da presente diretiva não deverão, em princípio, afetar a repartição de direitos de tributação entre jurisdições prevista numa convenção para evitar a dupla tributação*». A introdução da locução «em princípio» é bem demonstrativa da falta de segurança da afirmação em causa.

[89] Também neste sentido, e especialmente quanto à CDT celebrada entre Portugal e o Reino Unido, cf. o parecer do CEF n.º 21/2013, registo n.º 9/2013, a propósito do pagamento de rendimentos de prestação de serviços de uma entidade portuguesa com um AEIE com sede no Reino Unido, em relação ao qual o n.º 1 do artigo 21.º do Regulamento (CEE) n.º 2137/85 do Conselho, de 25 de julho de 1985, prevê que "*os lucros provenientes das atividades do agrupamento serão considerados como lucros dos membros e repartidos entre eles na proporção*

Assim, no caso das *partnerships* abrangidas por um regime de transparência fiscal no seu Estado de residência, e apesar de esta situação não se encontrar prevista e esclarecida na legislação fiscal interna, parece-nos que os rendimentos de fonte portuguesa deverão ser considerados como lucros dos seus membros, e eventualmente sujeitos a redução ou isenção de retenção na fonte de imposto quando estes possam beneficiar de uma CDT. Esta parece ser também, ainda que implícita, a interpretação preconizada pela AT.

Com efeito, a AT veio já, em duas publicações, pronunciar-se sobre como realizar a certificação de residência fiscal de *partnerships* com e sem personalidade jurídica.

Na ficha doutrinária proferida no processo n.º 794/2010, por despacho de 20/03/2014 do Substituto Legal do Diretor-Geral da AT, a AT pronunciou-se a propósito da certificação de residência fiscal de *partnerships* sem personalidade jurídica, identificando como tais as *ordinary partnerships* e as *limited partnerships.*

Nesta publicação, a AT considera que, no caso das *partnerships* que não têm personalidade jurídica, os seus sócios são os efetivos beneficiários dos rendimentos. Nestes termos, a forma de comprovar que estão preenchidos os pressupostos que permitam a aplicação das normas de uma CDT será através da apresentação de um Modelo RFI-21 por cada um dos sócios da sociedade.

Refere-se ainda que poderão coexistir como sócios da *partnership* sócios residentes e sócios que não o sejam, pelo que é necessário saber a situação de todos os sócios. Para este efeito, é aceite pela AT que a certificação da residência fiscal dos sócios residentes naquele Estado seja efetuada através de documento (declaração) emitido pelas respetivas autoridades fiscais, identificando a totalidade dos sócios e referindo os que são considerados residentes e os que não são. Caso existam sócios que sejam não residentes, deverá ser indicada a percentagem que os mesmos representam na *partnership*, uma vez que a dispensa de retenção na fonte só poderá

prevista no contrato de agrupamento, ou, se este for omisso, em partes iguais". Neste parecer menciona-se também que apesar de no entendimento do CEF o *look through approach* não ter adotado por Portugal conforme as observações constantes do parágrafo 27.3 dos Comentários ao Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, a AT teria já abdicado da citada observação no caso de uma sociedade de advogados do Reino Unido sem personalidade jurídica, tendo considerado os seus sócios os verdadeiros beneficiários efetivos dos rendimentos, conforme resulta da ficha doutrinária proferida no processo n.º 794/2010, pelo que, considerando esse precedente, o mesmo tratamento deve ser dado aos rendimentos auferidos por um AEIE, sob pena de violação do princípio da igualdade, e, ainda, ao abrigo do princípio de reciprocidade na interpretação da CDT, visto que as autoridades competentes do Reino Unido aplicam igualmente o referido *look through approach*.

ser aplicada proporcionalmente ao valor da percentagem que os sócios residentes tenham no computo geral da *partnership*.

O referido procedimento, no caso das *partnerships* sem personalidade jurídica, deverá ser completado com a entrega, por parte dos referidos sócios, do formulário modelo 21-RFI.

Posteriormente, no Despacho da Direção de Serviços das Relações Internacionais, proferido no processo n.º 8153/2012 de 20/03/2014, a AT refere que no caso das *partnerships* com personalidade jurídica, designadas *limited liability partnerships* ("LLPs"), as mesmas estarão sujeitas ao regime da transparência fiscal, pelo que, não contemplando a legislação fiscal portuguesa qualquer norma especial para a comprovação de que estão reunidos os pressupostos que permitam a aplicação das normas de uma CDT a esse tipo de entidades, deverá ser apresentado um único Modelo RFI-21, contendo a informação comum a todos os beneficiários dos rendimentos, anexando-se:

- Uma lista que contenha os elementos de identificação dos beneficiários efetivos dos rendimentos;

- Uma declaração de que os beneficiários identificados na lista anexa são sócios da LLP e da percentagem que esses sócios detêm no capital da LLP (esta declaração poderá, ser emitida pelas autoridades competentes do Reino Unido ou, em alternativa, poderá ser fornecida pelo próprio sujeito passivo e, em caso de dúvida, a sua veracidade poderá ser comprovada através do mecanismo de troca de informação previsto na CDT luso-britânica);

- Um certificado emitido pelas autoridades competentes do Reino Unido, atestando que a LLP não é considerada, para efeitos da CDT luso-britânica, residente fiscal no Reino Unido e que os beneficiários identificados na lista anexa são residentes fiscais no Reino Unido, nos termos do artigo 4º da CDT luso-britânica, estando aí sujeitos a imposto sobre o rendimento.

Resulta do exposto que em interações *outbound*, a AT respeita e acolhe o tratamento fiscal conferido à *partnership* pelo Estado da sua localização. Este parece-nos ser o entendimento correto, ainda que os requisitos procedimentais exigidos pela AT para a aplicação deste entendimento possam ser, em algumas situações, designadamente nas situações de *partnerships* com dezenas ou centenas de sócios, manifestamente desproporcionais, e, por isso, carece de revisão e adaptação.

Adicionalmente, na Circular n.º 6/2009, de 6 de abril de 2009, a AT veio esclarecer a aplicação do regime previsto nas CDT aos rendimentos obtidos em território português por fundos de investimento e de pensões e *trusts* não residentes e, em caso afirmativo, sobre os procedimentos a adotar para comprovação dos requisitos de que depende a aplicação desse regime.

Nessa publicação a AT refere que os *trusts* enquanto tais não beneficiam da aplicação do regime previsto nas CDT, salvo se tal se encontrar expressamente previsto nas CDT (como sucede, designadamente, nas convenções celebradas com os Estados Unidos da América e com o Canadá) e for feita a prova dos requisitos e condições nelas estabelecidos, incluindo a prova de que o *trust* é o beneficiário efetivo desses rendimentos, bem como, no caso da CDT celebrada entre a República Portuguesa os Estados Unidos da América, que se verificam as condições estabelecidas no seu artigo 17.º e no n.º 3 do respetivo Protocolo.

Quanto aos fundos de investimento e fundos de pensões, a aplicação do regime fiscal previsto nas CDT depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos: i) que o fundo seja considerado como "pessoa" para efeitos da convenção, ii) que o fundo se encontre sujeito a imposto por obrigação pessoal e ilimitada e não seja tratado como fiscalmente transparente (ou seja, esteja sujeito a imposto num Estado com o qual Portugal tenha celebrado CDT, independentemente da tributação que possa ocorrer na esfera dos respetivos participantes), e que iii) o fundo seja o beneficiário efetivo dos rendimentos.

A prova destes requisitos deve ser feita através: i) dos formulários em vigor para efeitos de aplicação das CDT, nomeadamente, do formulário Modelo 21 RFI (destinado à dispensa, total ou parcial, de retenção na fonte) com os Quadros III e VII devidamente preenchidos e autenticados, ou dos formulários Modelos 22 RFI, 23 RFI e 24 RFI (destinados ao reembolso do imposto retido em excesso) com os Quadros IV e IX, do primeiro e III e VII dos segundo e terceiro, devidamente preenchidos e autenticados, e ii) da declaração emitida pelas autoridades fiscais do Estado com o qual Portugal tenha celebrado CDT que confirme especificamente que o "fundo" cumpre o requisito referido na alínea ii) do ponto anterior.

Ademais, a AT considerou que, atendendo ao disposto no n.º II. 2. do Protocolo da CDT celebrada entre a República Portuguesa e o Reino dos Países Baixos, o regime fiscal previsto na mesma é, ainda, aplicável aos fundos de pensões que, embora estando isentos de imposto, façam prova de que são reconhecidos e controlados em conformidade com as disposições

regulamentares em vigor no Reino dos Países Baixos e comprovem que o fundo seja considerado como "pessoa" para efeitos da convenção.

Por último, a AT emitiu também uma ficha doutrinária no processo 1588/2010, com Despacho de 20/09/2010, do Diretor de Serviços das Relações Internacionais, quanto ao enquadramento das sociedades de investimento SICAV Luxemburguesas na CDT celebrada entre Portugal e o Luxemburgo, considerando que, tendo em conta que estas sociedades podem estar sujeitas a tributação, e que, nos termos da CDT são considerados residentes num Estado contratante quaisquer pessoas que ai estejam sujeitas a tributação em virtude do seu domicílio, residência ou sede, estas sociedades não se deverão considerar abrangidas pelo disposto no artigo 29º da CDT e no aditamento ao mesmo artigo constante do Protocolo anexo à CDT, devendo considerar-se como abrangidas pela CDT, nomeadamente no seu artigo 1º, desde que reúnam condições para serem consideradas como residentes fiscais no Luxemburgo nos termos do disposto no artigo 4º da mesma convenção.

11. RENDIMENTOS PAGOS POR *PARTNERSHIPS*

11.1 RENDIMENTOS PAGOS POR PARTNERSHIPS ESTRANGEIRAS A PESSOAS SINGULARES RESIDENTES

A AT já se pronunciou, em parte, quanto a este assunto na ficha doutrinária emitida no processo n.º 2360/2016, com despacho concordante da Diretora Geral, de 20-12-2017.

No referido pedido, o requerente, pessoa singular residente em Portugal, solicita à AT que defina o enquadramento legal aplicável à transferência, para a sua esfera patrimonial, dos resultados obtidos numa sociedade de responsabilidade limitada sedeada nos Estados Unidos da América[(90)], tratada para efeitos fiscais nos EUA como *partnership,* e da qual é sócio.

A este propósito, a AT entendeu que, salvo se aquela sociedade, no caso concreto, possa ser reconduzida a uma sociedade de profissionais ou de simples administração de bens, não poderá reconduzir-se à transparência fiscal do direito fiscal português para efeitos de imputação dos

[(90)] *Limited Liability Company* ou LLC.

seus rendimentos na esfera do sócios.(91) Ou seja, aqui a administração fiscal portuguesa entendeu que devia ajuizar sobre as propriedades da entidade estrangeira à luz do direito português, tendo concluído que à luz do nosso direito as entidades em causa não seriam transparentes para efeitos fiscais (com a consequência, designadamente, de os rendimentos ou lucros da LLC não deverem de ser imputados aos sócios residentes em Portugal «*como rendimentos derivados de uma atividade comercial*»).(92)

Assim, concluiu que os rendimentos pagos pela LLC são de se enquadrar como *rendimentos de capitais,* nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 5.º do Código do IRS, e portanto sujeitos à taxa especial de 28% prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º do Código do IRS, sem prejuízo de opção pelo seu englobamento.(93)

Tendo em conta o enquadramento *supra* descrito, bem como o tipo marcadamente *aberto* do disposto no artigo 5.º, n.º 1 do Código do IRS, parece que, quando auferidos por um sujeito passivo residente em território português, os rendimentos pagos por entidades qualificáveis como *partnerships* deverão ser enquadrados como rendimentos de capitais, e portanto geralmente sujeitos a tributação em Portugal à taxa de 28%, sem prejuízo da dedução do de imposto por dupla tributação jurídica internacional.

No entanto, quando os rendimentos sejam devidos por uma *partnership* domiciliada em país, território ou região sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, aplicar-se-á uma taxa agravada de 35%.(94)

---

(91) Aqui, a AT parece deixar implícito que o regime de transparência fiscal aplicável às sociedades residentes em território português também se poderia aplicar a sociedades estrangeiras, na medida em que cumprissem os requisitos para se qualificarem como *sociedades de profissionais* ou de *simples administração de bens*. Considerando a letra da norma, como referido *supra* parece-nos que tal interpretação extravasa claramente o âmbito de aplicação do regime.

(92) Este entendimento está nos antípodas do que protagonizamos, como veremos adiante.

(93) Ademais, e fazendo referência ao disposto no artigo 3.º do protocolo da Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e os EUA, conclui que estes rendimentos não deverão ser tratados como *dividendos*, mas antes como *outros rendimentos*, cuja competência tributária partilhada é atribuída pelo disposto no artigo 24.º da CDT, sendo assim elegíveis para a aplicação do mecanismo de eliminação da dupla tributação jurídica internacional previsto no n.º 1 n.º 3 do artigo 81.º do Código do IRS.

(94) Prevendo o artigo 72.º, n.º 17, a), do Código do IRS, que serão tributados autonomamente à taxa de 35% os «*rendimentos de capitais* […] *devidos* ***por entidades não residentes*** *sem estabelecimento estável em território*

A este propósito, cabe notar que, ao abrigo do regime legal vigente, poderá haver tributação de rendimentos auferidos por uma *partnerships* estrangeira sem que esta distribua rendimentos aos membros residentes em Portugal, através da aplicação das regras CFC.[95]

Por último, quando estejam em causa pessoas singulares que beneficiem do regime dos residentes não habituais[96] ("RNH"), enquadrando os rendimentos pagos por *partnerships* como rendimentos de Categoria E, estes poderão beneficiar de uma isenção de IRS contanto que, existindo CDT, se se entender que os mesmos podem ser tributados no outro Estado contratante, em conformidade com as disposições da mesma, ou, não existindo CDT, os rendimentos possam ser tributados no outro país, território ou região, em conformidade com as normas previstas na Convenção Modelo da OCDE, interpretadas de acordo com as observações e reservas formuladas por Portugal, e desde que a entidade não seja residente em país, território ou região sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável.

Muito embora não se conheça nenhuma posição administrativa sobre o assunto admite-se que seja possível o entendimento de que a isenção não pode operar na medida em que a *partnership*

português, que sejam domiciliadas em país, território ou região sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável […]» (sublinhado nosso), parece-nos que a referência a *entidades* permite incluir outros entes jurídicos que não se qualifiquem como *sociedades*, entre as quais se incluirão as *partnerships*.

[95] No caso de imputação de lucros auferidos por sociedades submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável a pessoas singulares residentes em Portugal, colocam-se ainda duas questões de ordem prática: uma primeira, relacionada com a falta de norma expressa, no Código do IRS, que permita a dedução dos valores que o sujeito passivo tenha já imputado ao seu rendimento abrigo do regime CFC, e uma outra, relacionada com a taxa a aplicar aos lucros imputados, provenientes de entidades domiciliadas em país, território ou região sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável, quando estes se qualifiquem como rendimentos de Categoria E. Quanto à primeira, parece-nos que a remissão pretendida pelo artigo 20.º, n.º 3, do Código do IRS deverá ser considerada como incluindo a possibilidade de *desimputação* dos rendimentos que vierem a ser distribuídos por essas entidades (naturalmente, na medida em que correspondam a lucros já imputados ao abrigo do regime CFC), sob pena de uma dupla tributação do mesmo rendimento. Para mais desenvolvimentos sobre este tópico cf. MANUELA DURO TEIXEIRA, "A Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado – Algumas Notas", em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, organizadores: Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Volume V, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro de 2011, pp. 678 e ss. Quanto à segunda questão, parece-nos que a taxa de 35% prevista na al. a) do n.º 17 do artigo 72.º do Código do IRS não se deverá aplicar aos lucros imputados ao abrigo do artigo 20.º do mesmo código, visto que não poderão ser considerados rendimentos de capitais conforme a definição dada pelo artigo 5.º desse código, nem pagos ou colocados à disposição dos respetivos titulares residentes em território português de acordo com o disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 71.º, devendo portanto esses rendimentos ser tributados à taxa especial de 28%, ainda que existam argumentos para considerar que se poderão aplicar as taxas gerais, i.e. progressivas, de IRS (sendo portanto de acompanhar RICARDO PALMA BORGES, ob. cit., pp. 600, nas suas conclusões). Todavia, esta interpretação poderá gerar um *desencontro* entre as taxas aplicáveis aos lucros imputados e as que se aplicarão mais tarde, aquando da dedução dos rendimentos distribuídos.

[96] Nos termos do disposto no n.º 8 e seguintes do artigo 16.º do Código do IRS.

não possa beneficiar de CDT celebrada entre Portugal e o Estado de residência desta, e, nessa medida, considerar-se que o rendimento em causa não possa ser tributado no outro Estado em conformidade com a CDT.

11.2 RENDIMENTOS PAGOS POR PARTNERSHIPS ESTRANGEIRAS A PESSOAS COLETIVAS RESIDENTES

Não havendo dúvidas de que o rendimento pago por *partnerships* estrangeiras a uma pessoa coletiva residente em Portugal deverá ser sujeito a IRC nos termos gerais,[(97)] e que, tendo esta suportado imposto na fonte, poderá ter direito a uma dedução de crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional[(98)], poder-se-ão levantar outras questões, nomeadamente quanto à possibilidade de aplicação do regime de *participation exemption* previsto no artigo 51.º do Código do IRC a rendimentos auferidos por entidades residentes e provenientes de *partnerships*.

Desde logo, cabe referir que o artigo 51.º do Código do IRC permite a eliminação da dupla tributação económica dos lucros e reservas recebidos por um sujeito passivo que detenha direta ou direta e indiretamente, uma participação não inferior a 10% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas. À partida, e não existindo regra que determine o que se deve entender por "entidade" para efeitos de aplicação da lei fiscal ou mesmo das normas contidas no Código do IRC, parece que uma *partnership* poderá qualificar-se como tal.[(99)]

Já quanto ao requisito de detenção de 10% do capital social ou dos direitos de voto, a sua verificação terá de ser analisada tendo em conta as características de cada veículo e os direitos que cabem a cada sócio do mesmo, sendo que nos parece defensável que as *capital accounts*, quando existam e na medida em que refletem as contribuições de capital dos sócios, poderão ser equiparadas a uma conta de capital social para estes efeitos. Esta participação deverá ser

---

(97) Designadamente, de acordo com a disposição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Código do IRC, as sociedades residentes, para efeitos fiscais, em Portugal, deverão ser tributadas em sede desse imposto pelo seu *worldwide income*.

(98) Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 artigo 90.º e artigo 91.º do Código do IRC, e contanto que, existindo CDT, o imposto pago no estrangeiro respeite os termos previstos nos termos da mesma.

(99) Em nosso ver, especialmente na medida em que se considere uma entidade com personalidade jurídica.

detida de modo ininterrupto, durante o ano anterior à distribuição ou, se detida há menos tempo, mantida durante o tempo necessário para completar aquele período.

Adicionalmente, a lei exige ainda que a entidade que paga os lucros seja sujeita ao imposto sobre as sociedades em vigor no Estado Membro da sua residência ou, no caso de ser residente fora da UE, que seja sujeita a um imposto de natureza idêntica ao IRC cuja taxa nominal seja, no mínimo, de 12,6%.

Em alternativa ao cumprimento deste critério – que poderá ser difícil caso a *partnership* não seja sujeita a imposto na sua esfera – o regime poder-se-á ainda aplicar caso os rendimentos provenientes das categorias previstas pelo n.º 7 do artigo 66.º do Código do IRC ("*rendimentos passivos*") não excedam 25% da soma dos seus rendimentos.[(100)]

Em nosso ver, podem ainda existir argumentos para considerar que os requisitos para aplicação deste regime poderão ser aferidos numa lógica de *look through*, especialmente caso seja dada relevância, no regime fiscal interno, à transparência fiscal de *partnerships* estrangeiras.

Ou seja, numa situação em que a sociedade residente detenha uma participação numa ou mais *partnerships* transparentes para efeitos fiscais, deverá aferir-se o cumprimento dos requisitos de sujeição a imposto ao nível da(s) sociedade(s) detida(s) pelas referidas entidades. De outro modo, a detenção indireta de participações sociais que cumpram os requisitos previstos para efeitos do artigo 51.º do Código do IRC através de uma ou mais *partnerships* não sujeitas a imposto implicaria uma tributação mais desfavorável, quando comparada com uma situação de detenção direta dessas sociedades.

Ademais, o n.º 3 do artigo 51.º do Código do IRC, ao prever que pode beneficiar da isenção a parte da matéria coletável imputada ao abrigo do regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º desse Código que corresponda a lucros e reservas distribuídos à entidade transparente em virtude de uma participação que cumpra os requisitos exigidos pelo n.º 1 dessa norma, permite, numa lógica de *look through*, isentar de imposto os rendimentos pagos por sociedades que cumpram esses critérios a entidades residentes em Portugal, quando estas se enquadrem no

[(100)] Parece-nos que a remissão prevista pelo n.º 2 do artigo 51.º para o n.º 6 do artigo 66.º deve ser para o n.º 7 do artigo 66.º do Código do IRC, na redação vigente a esta data.

regime da transparência fiscal previsto na legislação portuguesa (que, como já referido, apenas se aplica a entidades residentes em território português).

Assim, e de acordo com uma interpretação literal do preceito, o mesmo apenas permite isentar de imposto os rendimentos recebidos *indiretamente* de sociedades que cumprem os requisitos para aplicação do *participation exemption* quando estes se incluam na matéria coletável imputável a uma sociedade residente *opaca* de outra entidade residente que se enquadre no regime da transparência fiscal, e já não quando essa entidade participada *transparente* seja residente no estrangeiro, o que, em nosso ver, poderá ser ilegal em virtude do tratamento discriminatório de entidades estrangeiras, à luz do direito da União Europeia.

Por último, cabe notar que os rendimentos auferidos por *partnerships* estrangeiras poderão ser tributados sem que estas distribuam rendimentos aos membros residentes em Portugal, através da aplicação das regras CFC previstas no artigo 66.º do Código do IRC, quando estas entidades sejam detidas direta ou indiretamente por sociedades residentes em Portugal. [(101)]

12. UM OLHAR DIFERENTE

A perspetiva que advogamos nesta matéria da qualificação das entidades transparentes estrangeiras em Portugal é a de seguir a qualificação efetuada pelo outro Estado. Esta posição está alicerçada, desde logo, no respeito pelo direito estrangeiro, mas também no princípio de maior proximidade. Com efeito, à partida, não há nenhuma razão ponderosa que obste ao reconhecimento e aceitação por Portugal do regime estrangeiro aplicável já que a aceitação da

[(101)] Não pretendendo elencar todas as dificuldades que levanta a aplicação deste regime, damos nota de algumas questões que nos parecem especialmente relevantes. Desde já, o n.º 3 do artigo 66.º do Código do IRC, ao determinar que a imputação seja «*feita na base tributável relativa ao período de tributação do sujeito passivo que integrar o termo do período de tributação da entidade, pelo montante do lucro ou rendimentos por esta obtidos, consoante o caso, determinados nos termos deste Código*» parece requerer que o lucro obtido pela entidade CFC seja apurado de acordo com as normas contabilísticas em vigor em Portugal, e corrigida pelas normas fiscais constantes do Código. Evidentemente, esta potencial obrigação de refazer as declarações contabilísticas das entidades sujeitas ao regime configura uma obrigação muitíssimo onerosa para os contribuintes visados, e a falta de orientações publicadas pela AT contribui para a incerteza com que estes se deparam caso tenham de operacionalizar o regime. Também quanto à posterior aplicação das normas previstas no Código do IRC ao resultado líquido (por forma a apurar o lucro tributável que deverá ser imputado) se poderão levantar uma série de questões. Nomeadamente, parece-nos que deverá ser de aplicar a isenção prevista no artigo 51.º do Código do IRC, quando os requisitos para tal se encontrem preenchidos. Adicionalmente, e como tem sido já identificado em artigos da especialidade, quando existam várias entidades, numa mesma cadeia de participações, que cumpram os requisitos para aplicação do regime, as normas em vigor parecem permitir uma imputação *em cascata*. Cf., por todos, BRUNO MARQUES, ob. cit.., pág. 141 e seguintes.

solução legal preconizada pelo direito estrangeiro em nada belisca a soberania fiscal portuguesa e o direito de Portugal tributar os rendimentos auferidos pelas pessoas singulares e coletivas residentes, bem como os rendimentos de fonte portuguesa obtidos por não-residentes. Esta aceitação do regime jurídico estrangeiro assenta também numa ideia de amizade e de abertura ao direito estrangeiro, o que favorece uma lógica de reciprocidade e, em último termo, uma maior interpenetração entre diversas ordens jurídicas (o que apenas representa o reconhecimento pelo Direito da realidade económica).(102)

Esta é também a posição que vemos favorecida no seio da convenção modelo da OCDE e que já resultava do relatório sobre a tributação das *partnerships*. Apesar de Portugal ter formulado observações às conclusões do mencionado relatório e uma reserva ao artigo 1.º, n.º 2 da CMOCDE introduzido em 2017, esta é também a posição da administração fiscal portuguesa pelo menos nas situações em que Portugal é o Estado da fonte.(103)

Efetivamente, a posição da administração fiscal numa informação vinculativa sobre a possibilidade de LLPs inglesas poderem beneficiar do CDT celebrado com Portugal, foi clara no sentido de que as LLPs não podem beneficiar por serem entidades transparentes de acordo com o direito fiscal britânico, mas que os seus sócios poderiam beneficiar da dita convenção na medida em que fossem residentes no Reino Unido. O mesmo se diga relativamente à posição assumida pela administração fiscal no que respeita à possibilidade de uma SICAV luxemburguesa beneficiar do CDT com Portugal, em que o fisco veio concluir positivamente pela análise que fez do direito luxemburguês. Esta posição é também defendida por Miguel Teixeira de Abreu que apresenta ainda outros dois argumentos favoráveis: por um lado o artigo 14.º, n.º 5, do Código do IRC, que para efeitos da verificação dos requisitos de que depende a isenção de retenção na fonte nos dividendos manda seguir as regras sobre residência da legislação fiscal do Estado da residência do sócio e, por outro lado, o artigo 33.º do Código Civil sobre a lei pessoal aplicável às pessoas coletivas.

(102) A expressão «amizade para com o direito estrangeiro» não é nossa, mas sim do Dr. MIGUEL GALVÃO TELES, nosso querido mestre, em conversas passadas e infelizmente terminadas.

(103) Como observa MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU no relatório de Portugal para o congresso da IFA de 2014, na Índia, dedicado ao tema "qualification of taxable entities and treaty protection", cf. Branch Report (Portugal), *cahiers de droit fiscal international*, vol. 99b, 2014.

Mas se a posição que sufragamos nos parece pacificada nas situações *outbound*, i.e. nas situações em que Portugal aparece como Estado da fonte a pagar rendimentos a outros Estados; na situação inversa, i.e., na situação em que residentes em Portugal auferem rendimentos de entidades transparentes no estrangeiro, a doutrina administrativa é mais escassa, apenas sendo conhecido um pronunciamento, em termos que não nos parecem inteiramente satisfatórios, numa informação vinculativa que envolvia rendimentos pagos por uma LLC americana. Nesta informação vinculativa (n.º 2360/2016) a AT reconhece que as LLC são transparentes nos Estados Unidos, mas «*aquela transparência fiscal da lei norte-americana não pode, em termos de direito comparado, reconduzir-se à transparência fiscal do direito tributário português*». A AT prossegue, ensaiando que seria possível o reconhecimento da transparência fiscal se, numa perspetiva teleológico-funcional, se pudesse concluir que a sociedade americana em causa era similar a uma sociedade de profissionais portuguesa ou a uma sociedade de simples administração de bens que, como é sabido, estão sujeitas ao regime da transparência fiscal em Portugal.

Assim, a AT acaba por negar relevância à qualificação jurídica efetuada pelo Estado da fonte, concluindo que os rendimentos em causa configuram, face à ordem jurídica portuguesa, rendimentos de capitais. Esta posição para uma situação *inbound* está nos antípodas daquela outra assumida pela administração fiscal, numa situação *outbound*. Pela nossa parte não vislumbramos nenhum fundamento jurídico válido para esta dualidade de critérios e defendemos exatamente o mesmo tratamento, ou seja, que Portugal enquanto Estado da residência do beneficiário dos rendimentos deve tomar em consideração e aceitar a qualificação jurídica da entidade pagadora efetuada pelo Estado da fonte. A interpretação que preconizamos acaba por ter uma maior irradiação no regime do Residente Não Habitual – em que pode estar potencialmente em causa uma isenção de imposto –, já que nas restantes situações de pessoas singulares e coletivas residentes, independentemente da qualificação jurídica feita pelo Estado da fonte, haverá sempre tributação em Portugal (podendo contudo ocorrer problemas de conflitos de qualificação e de consequente dupla tributação jurídica e económica internacional na solução preconizada pela administração fiscal).

No que respeita ao regime do Residente Não Habitual a aceitação da qualificação efetuada pelo Estado da fonte lança um novo olhar sobre o regime. Este regime caracteriza-se, nomeadamente e em traços largos, pela possibilidade de isenção de IRS nos designados rendimentos passivos

(i.e., os rendimentos que subsumimos nos rendimentos de capital, rendas e incrementos patrimoniais) na medida em que esses rendimentos possam ser tributados no Estado da fonte de acordo com a CDT celebrada por Portugal com esse Estado. Como é sabido, muitos dos potenciais candidatos ao regime do Residente Não Habitual têm estruturas patrimoniais com entidades transparentes estrangeiras e num determinado entendimento do regime, acabam por não assegurar o desiderato que presidiu à criação do mesmo. Referimo-nos ao entendimento segundo o qual tratando-se de rendimentos de entidades transparentes não é possível beneficiar da isenção de imposto pois, em princípio, as entidades transparentes não podem beneficiar das CDT, falecendo, assim, a aplicação do artigo 81.º, n.º 4 e 5, do Código do IRS. Todavia, pelas razões que já tivemos oportunidade de referir, este não nos parece ser o melhor entendimento.

O melhor entendimento parece-nos ser aquele que respeita e aceita a qualificação da entidade efetuada pelo Estado da fonte. Assim, se o Estado da fonte considera a entidade como transparente é porque, em princípio, na sua ótica, o que está em causa é apenas um rendimento auferido por um não-residente naquele território.

Um rendimento que poderá ou não ter fonte naquele Estado consoante a entidade que o pagar à entidade transparente esteja ou não localizada nesse Estado. Se o rendimento tiver fonte nesse Estado importa averiguar quem efetuou o pagamento e se essa entidade pode ou não beneficiar da CDT celebrada com Portugal, sendo que, se puder beneficiar, não há razão para não estar isento ao abrigo do RNH. Se o rendimento não tiver fonte naquele Estado, importa averiguar então o Estado da fonte e se a entidade pagadora nesse outro Estado pode beneficiar da CDT celebrada com Portugal.

O entendimento aqui expresso vale para as situações de contribuintes residentes em Portugal que são sócios/membros de entidades transparentes que exercem uma função essencialmente de detenção de ativos, sejam eles mobiliários ou imobiliários. Mas o mesmo vale *mutatis mutandis* para entidades transparentes que exerçam uma atividade económica ativa no território em que estão localizadas ou em outros territórios. Também aqui Portugal 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 qualificação – nomeadamente como salário ou rendimento profissional – efetuada pelo Estado de localização da entidade transparente.

Em conformidade com essa qualificação deve então Portugal aplicar o artigo 81.º, n.º 4 ou n.º 5, do Código do IRS e isentar ou tributar o rendimento em causa (designadamente isentar de IRS se de acordo com o Estado de localização da entidade transparente o rendimento do sócio não residente for tratado como salário e de acordo com a CDT celebrado com o Estado da entidade pagadora, i.e. a cliente da entidade transparente, os rendimentos forem aí tributados ou, caso o rendimento do sócio não residente for tratado como rendimento profissional e a atividade da entidade transparente for de elevado valor acrescentado, isentar também na medida em que de acordo com o CDT celebrado entre Portugal e esse Estado os rendimentos em causa auferidos por um residente em Portugal possam aí ser tributados).[(104)]

Em síntese, a perspetiva que aqui preconizamos pode revelar-se mais complexa e dispendiosa (designadamente em virtude da necessidade de conhecer o direito estrangeiro em causa), mas parece-nos ser uma posição muito mais coerente e conforme aos princípios que regem as relações internacionais, e por isso de seguir numa perspetiva de melhor aplicação do Direito.

[(104)] Parágrafo 43 do artigo 5.º da CMOCDE: «[i]*n the case of an enterprise that takes the form of a fiscally transparent partnership, the enterprise is carried on by each partner and, as regards the partners' respective shares of the profits, is therefore an enterprise of each Contracting State of which a partner is a resident.*»