



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Iva Maria Guterres Figueiredo

**As Cláusulas Gerais Anti Abuso: último reduto na tributação das multinacionais?**

(General Anti-Avoidance Rules- the key element on International Tax system?)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na  
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas,  
Menção em Direito Fiscal.

Orientador: Professor Doutor José Casalta Nabais

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Mestrado em Direito Fiscal

2016

## **Agradecimentos**

Quero expressar os meus sinceros agradecimentos:

Ao Professor Doutor José Casalta Nabais, meu orientador, pela competência científica, acompanhamento permanente e ilimitada disponibilidade.

À Professora Doutora Susana Tavares da Silva, pelos conhecimentos que me transmitiu ao longo desta expedição académica, pois sem as bases por ela fornecidas não teria sido possível elaborar este trabalho.

À Marieta e ao Daniel.

À minha família e ao meu Pai, pelo amor incondicional.

A todos, os meus melhores agradecimentos.

## Índice

Lista de Abreviaturas.....	4
Resumo.....	5
Abstract.....	6
Capítulo I	
1.Introdução.....	7
1.1. Lançamento do tema.....	7
1.2.Importância Crescente do Tema.....	13
1.3.Plano de Exposição.....	13
Capítulo II	
2-Planeamento Fiscal.....	14
2.1. O Estado Fiscal e o quadro da Liberdade de Gestão Fiscal.....	14
2.2.Os órgãos de Administração Societária no que concerne ao Planeamento Fiscal e a Economia Reputacional.....	18
2.3.Conceptualização do Planeamento Fiscal e Concorrência Fiscal.....	22
2.4.Conceptualizar o Planeamento Fiscal Abusivo.....	26
2.5.O Abuso na Jurisprudência do TJUE.....	29
2.6.Planeamento Fiscal Agressivo.....	34
2.6.1.A definição de Planeamento Fiscal Agressivo no âmbito da União Europeia.....	38
3.A conceptualização do Planeamento Fiscal Agressivo.....	41
Capítulo III	
4.A Cláusula Anti-Abuso.....	43
4.1.Os Elementos Constitutivos da Cláusula Geral Anti-Abuso.....	48
4.2.O Contributo da Jurisprudência na Aplicação da CGAA.....	53
4.3.Os elementos constitutivos da Cláusula Geral Anti -Abuso.....	67
Capítulo IV	
5.Contribuições: O hodierno Sistema Fiscal e as Cláusulas Gerais AntiAbuso.....	71
5.1.O Direito dos Estados ao imposto e o Direito das MNCs ao Planeamento Fiscal..	71

5.2.As Cláusulas Gerais Anti-Abuso: instrumento de mudança no Sistema Fiscal Internacional?.....	74
5.3.As MNCs, a moralidade e a Competitividade.....	78
5.4.Cláusula Geral Anti Abuso da Directiva Sociedade Mães e Afiliadas-minimusRule..	80
Capítulo V	
5.Síntese Conclusiva.....	82
6.Bibliografia.....	85



## Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
al.	Alínea
art.	Artigo
arts.	Artigos
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
CE	Comissão Europeia
CPA	Código de Processo Administrativo
CPPT	Código de Procedimento e de Processo Tributário
Conselho	Conselho Europeu
CRP	Constituição da República Portuguesa
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Convenção o	Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
Directiva	Directiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011
EM	Estado-Membro
Sem	Estados-Membros
EM <sup>te</sup>	Estado requerente
EM <sup>do</sup>	Estado requerido
EUA	Estados Unidos da América
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
LGT	Lei Geral Tributária
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
PE	Parlamento Europeu
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
proc.	processo
Ss	Seguintes
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia

## **Resumo**

O presente trabalho pretende pôr em evidência a conceptualização do Planeamento Fiscal Agressivo na perspectiva da OCDE e da EU, bem como, demonstrar se a medida anti abuso, desde logo, a Cláusula Geral Anti Abuso, poderá ser eficiente no combate a práticas legais mas, inaceitáveis e imorais.

A preocupação, pela reputação das multinacionais, ou seja, o risco reputacional começa a desenhar o seu caminho na sociedade. Se bem que, da perspectiva da sociedade é cada vez mais premente o pagamento da de impostos pelas multinacionais para a sustentabilidade do estado fiscal.

Analisaremos os vários elementos da cláusula geral anti abuso, considerando a influência que a jurisprudência e as decisões arbitrais terão sofrido.

No final apontaremos um quadro teórico para elencarmos as características que poderão assegurar a eficiência ou não das CGAA.

**Palavras-chaves:** planeamento fiscal agressivo, clausula geral anti abuso, EU, Responsabilidade Social, Moralidade Tributária

## **Abstract**

It is the primary intention of this research, to reveal evidence on “Aggressive tax Planning” conceptualizing it within the OECD and EU’s point of view, but also reveal the deeper relation with the anti-abuse measures - the GAAR. Therefore it contributes to answer and clarify the following question: “What level of efficiency is attainable by GAARs’?” Our main aim is to highlight a new perspective and provide tools to which the policy makers can address harmful tax practices to national finances – including abusive and aggressive tax practices.

This study exposes several concerns about multinational opportunistic behaviour which leads to the base erosion and profit shifting. Corporate Social Responsibility in taxation must be reborn, as in nowadays, morality is the best way to establish limitations to the increasing aggressive tax planning actions.

**Keywords:** Aggressive Tax Planning, General Anti Abuse Rule, Base erosion, Corporate Social Responsibility, tax morality

## 1. Introdução

### 1.1. Lançamento do tema

Apesar, das Cláusulas Gerais Anti Abuso (doravante, CGAA) terem sido adoptadas em praticamente todos os países da OCDE e da UE, o seu recorte jurídico não se coaduna com o actual estágio de desenvolvimento do Sistema Fiscal Internacional. Esta dissertação pretende escrutinar se, perante, o enquadramento jurídico, económico actual, e, as face às crescentes preocupações reveladas pelos diversos actores internacionais na luta contra o planeamento fiscal agressivo e abusivo, qual será o nível de eficiência das CGAA?

O planeamento fiscal, na sua conceptualização mais recente, planeamento fiscal agressivo<sup>1</sup> é hoje um dos assuntos mais debatidos nos círculos políticos, atendendo aos efeitos nefastos que tem trazido em termos de receita fiscal para os países.

A presente dissertação é impulsionada pela alteração de paradigma que o Direito Internacional Fiscal tem vivenciado nestes últimos anos. A economia globalizou-se e os princípios internacionais dos sistemas fiscais dos diversos países, herdados da Liga das Nações de 1920<sup>2</sup> acabaram por se eternizar não acompanhando a evolução das estruturas societárias das Multinacionais (MNCs), a forma como, numa base global, operam em termos económicos. A integração económica global não é consonante com os princípios que estruturam os mais diversos sistemas fiscais. Actualmente o local onde se cria o valor económico poderá não ser o mesmo onde se liquida o imposto e, conseqüentemente, o local onde deveria entregar o imposto devido (OCDE, 2013).<sup>3</sup>

Sem dúvida que, vivemos num mundo global onde há uma clara segregação entre a localização das actividades económicas, onde o investimento se encontra e, a “localização” dos lucros para fins fiscais. Kleinbard (2011) usa a expressão *stateless income*<sup>4</sup> para evidenciar esta questão.

---

<sup>1</sup> Expressão popularizada pelos recentes relatórios e plano de acção do projecto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting” da OCDE).

<sup>2</sup> OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publicado: Julho 2013, p. 20 e sgts

<sup>3</sup> OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publicado: Janeiro 2013, p. 9 e sgts.

<sup>4</sup> Kleinbard, Edward D., *Stateless Income*, 11, *Florida tax review*, 9, pp. 702-703

Os princípios em que assenta a estrutura do sistema fiscal internacional que se consolidaram no decurso do século XX, nomeadamente, o princípio da residência, o princípio da fonte e o princípio da territorialidade, acabaram por se tornar obsoletos em virtude de novas realidades económicas, como seja, o comércio electrónico, a economia digital. Nas palavras Rosado Pereira (2009: 28) *“O novo quadro económico do final do século XX e do começo do século XXI fez surgir, no plano tributário internacional, problemas que no passado não existiam ou tinham menor importância. Uma circunstância para o qual contribuiu fortemente para a alteração do panorama económico tradicional foi o advento do comércio electrónico, no contexto do qual se torna muito mais difícil aferir, relativamente a uma empresa ou a um rendimento, a ligação a um determinado Estado em termos que justifiquem a atribuição de poderes tributários ao mesmo.”* A Autora continua referindo que a maior complexidade nas transacções e nas estruturas empresárias acaba por acicatar a dificuldade de determinar a residência fiscal das empresas (Rosado Pereira, 2009).<sup>5</sup>

Durante anos observou-se as MNCs a desenvolverem um conjunto de estratégias para aumentarem as suas performances económicas, contornando as normas fiscais, tentando entrar em economias emergentes aumento cada vez mais a sua competição (Lou, 2003).<sup>6</sup>

Assim, a partir 2013 a comunicação social trouxe à colação um conjunto de situações que permitiram revelar a verdadeira natureza das práticas fiscais das MNCs. A tributação das MNCs atrai atenção devido aos esquemas, às estruturas societárias que criam, muitas vezes com a anuência dos países de incorporação e, dentro do espaço da União Europeia, que funciona como incumbadora de estruturas de planeamento fiscal das MNCs. Para citar alguns exemplos basta referir (1) Offshore Leaks/International que revelou detalhes de 130.000 contas em offshore em Abril de 2013, a 6 de Novembro de 2014 o Consorcio de Jornalistas de Investigação revelou que o Luxemburgo teria assinado centenas de acordos fiscais com multinacionais entre as quais estavam a Apple, a Amazon, a Ikea e a Pepsi. Estes acordos comportaram a perda de receitas fiscais para o Estado. Em 9 de Fevereiro de 2015 (Financial Times) o (2) caso “SwissLeaks” que expôs informação

---

<sup>5</sup> Pereira, Paula R., Em torno dos Princípios de Direito Fiscal Internacional. Disponível em: [http://www.srslegal.pt/xms/files/PUBLICACOES/Em\\_Torno\\_dos\\_Principios-....pdf](http://www.srslegal.pt/xms/files/PUBLICACOES/Em_Torno_dos_Principios-....pdf)

<sup>6</sup> Lou. Y. (2003), Market-Seeking MNEs in an Emerging Market: How Parent-Subsidiary Links Shape Overseas Success, *Journal of International Business Studies*, 34(1), 290-309.

financeira de subsidiárias e, (3) em 6 de Abril de 2016 (Financial Times) o caso Panama Papers.

A tributação das Multinacionais ou Transnacionais<sup>7</sup>, movimenta-se num contexto de internacionalização dos factos tributários, de integração económica e política regional, com realce para a integração concretizada pela União Europeia, e de globalização económica<sup>8</sup>. Daí a crescente necessidade de os Estados, adoptarem uma política fiscal focada para combater fenómenos como a fraude e a evasão fiscal resultante da globalização económica.

Actualmente, o debate fiscal internacional gira em torno das assimetrias resultantes do confronto entre cada sistema fiscal de cada Estado que manipulando as suas disparidades entre os diversos normativos acabando por levar a um problema de dupla não tributação. Nas palavras de Xavier (2009) a dupla não tributação revela-se “ *na relação entre dois ou mais estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, mas esta não é abrangida por nenhuma delas.*”<sup>9</sup>.

Assim, poderemos referir como exemplo as designadas *letterbox companies*, or *Shell companies* ou as designadas *special purpose entities (SPEs)*, que são constituídas com o único propósito: um melhor tratamento fiscal mais favorável concedido por muitos países. Estes entidades ou empresas na maior parte das vezes não têm empregados e quase nenhuma económica actividade (Deméré, 2015).<sup>10</sup>

Os últimos dados fornecidos pelo relatório da UNCTAD de 2015<sup>11</sup> e da OECD<sup>12</sup>, mostram o lugar comum que se tornou no mundo económico a passagem de investimento directo estrangeiro (IDE) em alguns países da EU tais como: Luxemburgo, países Baixos Espanha Irlanda. Em países que registam, o IDE separado: as *mailbox companies* de

---

<sup>7</sup> Noção de Transnacional da Unctad: “*A transnational corporation (TNC) is generally regarded as an enterprise comprising entities in more than one country which operate under a system of decision-making that permits coherent policies and a common strategy. The entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others.*” Disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-Corporations-Statistics.aspx>

<sup>8</sup> Xavier, A. *Direito Tributário Internacional*. 2.º ed. Coimbra: Almedina 2009, pág.45

<sup>9</sup> Xavier, A. *Direito Tributário Internacional*. 2.º ed. Coimbra: Almedina 2009, pág.45

<sup>10</sup> Demere, Paul & Donohoe, Michael P. & Lisowsky, Petro, “The Economic Effects of Special Purpose Entities on Corporate Tax Avoidance” (December 1, 2015). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2557752> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2557752>

<sup>11</sup> Consultar relatório, disponível: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf)

<sup>12</sup> Consultar dados, disponível: <https://data.oecd.org/fdi/fdi-flows.htm>

genuínos negócios é visível esta disparidade entre a economia real e o movimento de financeiro de capitais.

Este tópico do Planeamento Fiscal Agressivo, das práticas agressivas das MNCs está no topo da Agenda da União Europeia, até porque, está inteiramente ligada com a crise económica e financeira que assolou a Europa .

A comunicação social norte americana e inglesa não ficou impávida perante estes comportamentos e surgiram uma panóplia de artigos e documentários exemplificativos das estratégias utilizadas pelas multinacionais para obstar ao pagamento de impostos, nomeadamente, um dos artigos no *New York Times* intitulado “*But Nobody Pays That*”, *The Times* “*Secrets os Tax Avoiders*”, *The guardian* “*Tax Gap*”.

Estas práticas estão a custar às MNEs o respeito público. A responsabilidade social<sup>13</sup> a que estão sujeitas está minada pelos comportamentos, daí emerge o conceito de vergonha “*tax shaming*” para sociedades como a Google ou a Starbucks ou a Amazon que não pagam a sua parte na tributação ( *BBC news*, 21 de Maio).

O planeamento fiscal agressivo adquiriu um papel fulcral na sociedade, visível no discurso dos políticos de muitos países, nas mais diversas instituições de cariz regional ou mundial e, presente no dia- a -dia de qualquer cidadão comum. A crise financeira e económica de 2008 e a pressão imposta nos orçamentos dos Estados que trouxeram um aumento de pobreza, impondo um acrescimento de tributação/carga de tributação do rendimento proveniente do trabalho sem precedentes.

A 19 de junho de 2013, a OCDE anunciou e publicou o designado plano BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)<sup>14</sup>. Trata-se do maior estudo lançado pela OCDE que teve a anuência do G20 e de algumas das maiores economias emergentes (BRICS) de forma a lançar para a ribalta a necessidade de mudança de paradigma nos diversos sistemas fiscais, tentando inviabilizar a erosão da base tributária e a transferência de lucros entre diversas jurisdições fiscais, através do planeamento fiscal agressivo de muitas empresas multinacionais.

O projecto BEPS foi apresentado como o ponto de viragem que iria afectar o Sistema Fiscal Internacional levando-o a uma reconstrução. Será este o fim da *era laissez faire* dos países e tornar-se num momento de coordenação entre os países.

---

<sup>13</sup> Ribeiro, Nuno, S., Economia Reputacional, *Inforbanca*, Janeiro-Março, 2015, pp.31-32

<sup>14</sup> OCDE. Consultar em: <http://www.oecd.org/tax/beps/>

A este movimento juntou-se o trabalho da União Europeia que em 6.12.2012 publicou a recomendação da Comissão Europeia relativa ao planeamento fiscal agressivo.<sup>15</sup> Pode ler-se no documento “*os países tradicionalmente tratavam o planeamento fiscal como um comportamento legítimo contudo, com o passar do tempo os comportamentos e as estruturas utilizadas tornaram-se cada vez mais sofisticados e agressivos. Tendo em vista o funcionamento perfeito do mercado interno é necessário encorajar os Estados membros a tomarem algumas atitudes perante o planeamento fiscal agressivo, de forma a evitar distorções no mercado interno*”<sup>16</sup>. O documento apresenta grosso modo duas recomendações: uma relativa aos tratados bilaterais celebrados entre os Estados membros e Estados terceiros, revelando a necessidade de alinhamento entre o princípio do Estado da Fonte e o Estado da Residência, o tratamento fiscal que é dado a algum tipo de rendimento e, por último, chama à colação a necessidade de introdução de uma Cláusula Geral Anti Abuso comum aos vinte e oito (28) estados membros.

A UE continuou o seu trabalho na luta contra o planeamento fiscal agressivo e, no âmbito da Directiva n.º 2011/96/EU do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados Membros diferentes, alterada pela Directiva (UE) n.º 2015/121, do Conselho de 27 de janeiro de 2015, pela primeira vez foi obrigatória a transposição de uma CGAA segundo uma regra anti abuso *minimus comum* aos vários países. Para assim, obviar, ao que hoje é indiciador na UE e, nas palavras de Ana Paula Dourado “a UE é o plano onde maior concorrência fiscal existe em todo o mundo”.<sup>17</sup>

No final de Dezembro de 2015 o Conselho da UE adoptou as suas conclusões referentes ao projecto da OECD - BEPS, estes comportamentos das MNCs afectaram directamente as actividades económicas dentro do mercado interno criando distorções económicas. É um dado público que os custos associados a estes comportamentos das Multinacionais ao nível Europeu levam a uma perda de receitas entre 50 a 70 mil milhões de euros por ano (Comissão Europeia, 2016)<sup>18</sup>. Daí que, os países da UE acordaram que as medidas da OECD deveriam ser implantadas através de *hard law*, ou seja, através de directivas,

---

<sup>15</sup> Recomendação da Comissão de 6.12.2012, Relativa ao Planeamento Fiscal C(2012)8806final

<sup>16</sup> Recomendação da Comissão de 6.12.2012, Relativa ao Planeamento Fiscal C(2012)8806final

<sup>17</sup> Consultar em: <http://www.otoc.pt/fotos/editor2/diarioeconomico14fevobserva.pdf>

<sup>18</sup> Consultar em : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1349\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1349_pt.htm)

nomeadamente, através da proposta de Directiva anti – BEPS de 28 de Janeiro de 2016 redigida pela Comissão Europeia.

## 1.2. Importância Crescente do Tema

Apesar de todas as discussões em torno destes problemas, parece-nos, que estas indagações não têm incluído, de forma conveniente, uma reflexão compreensiva e cuidada sobre eficiência das CGAA face ao planeamento fiscal. Ou seja, qual o nível de eficiência destas medidas anti abuso no âmbito do planeamento fiscal agressivo e abusivo. Esta foi a principal razão que nos levou a escolher este tema para a nossa dissertação.

Como indicamos, acreditamos que existe uma lacuna de investigação no que tange à definição da eficiência das CGAA no espaço Europeu atendendo à própria diversidade de culturas jurídicas previstas e patententes.

Perante um problema de construção ou (re)construção do Sistema Fiscal Internacional cujos princípios nos parecem desadequados à nova realidade de fazer *business*, as diversas iniciativas provindas desde a OCDE ou, mesmo no âmbito da UE, têm sido no sentido de novas medidas anti abuso sem nunca, parece-nos, revelarem a preocupação de adequação do sistema fiscal internacional à nova realidade económica.

Assim, a pergunta de investigação atendendo ao contexto exposto é se as cláusulas gerais anti abuso se apresentam como o meio adequado no combate ao planeamento fiscal agressivo e abusivo? Uma vez que as soluções apresentadas pela várias organizações prendem-se sempre com a criação de novas CGAA(s).

## 1.3. Plano de Exposição

A presente dissertação está organizada da seguinte maneira: (1) Planeamento Fiscal, (2) Planeamento Fiscal Agressivo (3) A Cláusula Geral Anti-Abuso e os seus elementos(4) O quadro teórico e identificação das suas premissas em que se desenrola a operacionalização da pergunta de investigação: a) A relação entre o Direito dos Estados à tributação e o Direito da Multinacionais ao planeamento fiscal, b) O Abuso e o Critério da Economic Substance, c) a importância da moralidade no âmbito do planeamento fiscal; d) Directiva n.º 2011/96/EU do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados Membros – the minimum rule (5) terminaremos com as necessárias conclusões.

## Capítulo II

### 2. Planeamento Fiscal

#### 2.1. O Estado Fiscal e o quadro da Liberdade de Gestão Fiscal

Ao falamos de tributação de MNCs<sup>19</sup> e para compreendermos correctamente o tema que se pretende discurrir nesta dissertação é imperioso tecer algumas considerações preliminares sobre o Ordenamento Jurídico Fiscal, nomeadamente a Constituição da República Portuguesa (C. R. P.) e o actual Estado Fiscal. A constituição fiscal,<sup>20</sup> nas palavras de Casalta Nabais (2014:133) entendida “*como um conjunto de princípios jurídico-constitucionais disciplinadores, ao mais alto nível, estabelecendo uma teia de limites à tributação, de carácter formal e carácter material*” patente no quadro constitucional nacional, no âmbito do art.º 103.º, n.º 1.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.) e do art.º 81.º da C.R.P.<sup>21</sup>.

O Estado actual desenvolve todas funções a que se encontra adstrito com base nos impostos que consegue arrecadar dos contribuintes. A passagem para um Estado Fiscal,<sup>22</sup> cujas finanças assentam neste tributo unilateral, acabou por impulsionar uma pressão crescente na luta contra comportamentos elisivos, uma busca algo esquizofrénica por parte dos Estados pelas suas receitas mas, por outro lado, numa motivação crescente pelo desenvolvimento das actividades económicas levadas a cabo pelos particulares, que deveria ser a base de um Estado.

Destarte, na prossecução das suas funções, o Estado Fiscal depara-se, necessariamente, com determinadas limitações que conduziram à designada crise do actual Estado Fiscal, levando ao desenvolvimento de novas fronteiras<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. Antunes, José E. A Tributação das Multinacionais. *Fiscalidade*, Jan-Mar/2001, n.º45. p.5 “*Multinacionais forma organizativa típica das grandes empresas do nosso tempo*”.

<sup>20</sup> Nabais, José C., *Direito Fiscal*. 7.ªed. Coimbra: Almedina, 2014, p.133;

<sup>21</sup> O art.º 103.º da CRP apresenta a seguinte redacção: “o sistema fiscal português visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa edos rendimentos e da riqueza.”

<sup>22</sup> Sobre o Estado Fiscal, ver Nabais, José C. O princípio da legalidade e os actuais desafios da tributação. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. Comemorativo, tomo 75, Coimbra, 2002, p.1058-1060; \_\_\_\_\_O dever fundamental de pagar impostos-contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009, p.109 e sgts.

<sup>23</sup> Silva, Suzana T. da, *Novas Fronteiras do Estado Fiscal*. Sumários desenvolvidos de Direito Fiscal I (mestrado). Faculdade de Direito Da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011/2012, p.5

A globalização económica<sup>24</sup> impulsionou a perda de soberania e autonomia tributária do Estado Fiscal, como ensina Casalta Nabais, “*a produção monopolística de direito fiscal foi substituída por uma europeização do Direito Fiscal*”<sup>25</sup> uma vez que, os factos tributários deixaram de estar centrados num único Estado. Boaventura Sousa Santos (2001:139) ao analisar este fenómeno de interdependência entre as sociedades ensina que para os estados e em termos económicos a “*globalização implica necessariamente que os Estados Ocidentais passem de Estados Providência a meros agentes económicos em busca de vantagens competitivas e de previsão que decorram deste posicionamento teórico.*”<sup>26</sup>

Pesa embora, tudo o que já referimos é importante avançarmos com uma noção que defina o conceito de globalização como “*o processo de desenvolvimento das inter-relações à escala mundial, em que cada país está ligado aos outros através de uma complexa teia de laços e de acontecimentos, de tal modo que decisões e acções tendo lugar numa parte do Mundo podem acarretar consequências significativas para indivíduos ou organizações localizados em áreas distantes*”. (Corado Simões, 1996: 6)<sup>2728</sup>

Este fenómeno de perda e flexibilização de soberania fiscal é evidente e nos ensinamentos de Paula Rosado Pereira (2010:56) vem pois reiterar esta facticidade avançando que “*a doutrina mais tradicional sustenta que os Estados não se encontram limitados pelo Direito Internacional, no que toca aos contornos a imprimir à sua legislação fiscal.*” Esta visão trata-se da negação da existência de limites heterónomos ao âmbito de incidência da legislação fiscal estatal.”

É preciso ter patente que na hodierna realidade económico-jurídica há um binómico representado por dois actores com valores e interesses que não são consonantes. Se, por um lado, temos os Estado Nação, cuja situação financeira se encontra agravada pela

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, (org) Globalização, fatalidade ou utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2001, p.35. O autor foca ainda que pode existir uma globalização social, política e cultural e financeira, p.35.

<sup>25</sup> Nabais, José C..A crise e sustentabilidade do Estado Fiscal. Disponível em: [https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web\\_gessi\\_docs.download\\_file?p\\_name=F\\_503671386/A.11%20\(2014\)%20p.95-126.pdf](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F_503671386/A.11%20(2014)%20p.95-126.pdf)

<sup>26</sup> Apud, SANTOS, op. Cit., pág. 139

<sup>27</sup> SIMÕES, Vítor Corado, Globalização, Documentos de Suporte ao Parecer “Globalização – Implicações para o desenvolvimento Sustentável, Conselho Económico e Social, Lisboa 1997, disponível em: [http://www.ces.pt/download/568/Global\\_DocSuporte.pdf](http://www.ces.pt/download/568/Global_DocSuporte.pdf)

<sup>28</sup> O autor desta definição segue o raciocínio das propostas de John Dunning (Internationalizing Porter’sDiamond, Management International Review, Special Issue, 1993/2, p. 8) e de Anthony McGrew e Paul Lewis (Globalisation and the Nation States, Polity Press, Cambridge, 1992, cit. in Grupo de Lisboa, Limites à Competição, Europa América, Lisboa, 1994, p. 47)

insuficiência de receitas que consegue arrecadar para poder fazer face aos seus compromissos na esfera do Estado providência. Concomitantemente, acresce a esta situação os compromissos assumidos internacionalmente, nomeadamente, junto das instituições europeias, caso se trate de um EM da UE, em que a própria política monetária se encontra arredada da esfera dos EM, o cumprimento em absoluto do Pacto de Estabilidade e em, simultâneo a visão por parte do TJUE que a perda de receitas nunca é um argumento de peso para sustentar determinadas medidas tomadas pelos EM. Por último, o impedimento de os EM poderem intervir mediante políticas de incentivo à economia.<sup>29</sup> Por outro lado, temos as MNCs, que são claramente os “*um agente decisivo, mas não exclusivo da globalização*”<sup>30</sup>. As MNCs são um propulsor da economia através do investimento directo estrangeiro e da produção transnacional.<sup>31</sup> Estas empresas acabam por desenvolver um efeito perverso nos sistemas fiscais dos Estados, na medida, em que muitas de algumas soluções legais e normativas são desenhadas de forma a conseguirem soluções fiscais favoráveis. Nas palavras de Casalta Nabais (2009:107) acaba por “*tratar-se de direito dos impostos multinível. A que acresce tratar-se de direito produzido à margem de órgãos legitimados para o efeito e como se trata essencialmente de normas de soft law levanta questões na sua aplicação.*”<sup>32</sup>

De forma acutilante, resta concluir, que com este comportamento e capacidade de transpôr fronteiras a “*evasão fiscal internacionalizou-se*”(Casalta Nabais, 2009: 293)<sup>33</sup>, dando novos rumos ao planeamento fiscal que as multinacionais têm presente nas suas decisões de gestão financeira.

Assim, há dois princípios basilares, que deverão ser cogitados, na senda da C.R.P., desde logo, o princípio da liberdade de gestão fiscal das empresas e da necessária neutralidade fiscal do Estado. Estes princípios são reveladores das liberdades económicas previstas na constituição fiscal, nomeadamente, a da iniciativa económica e da própria economia de mercado.

---

<sup>29</sup> Nabais, José C. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. In: *Por um Estado Fiscal suportável: Estudos de Direito Fiscal*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, pág.184

<sup>30</sup> Apud, Simões, op. Cit., p.6

<sup>31</sup> Silva, Novas Fronteiras do Estado Fiscal, p.5.

<sup>32</sup> Nabais, José C., A crise e sustentabilidade do Estado Fiscal. Disponível em: [https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web\\_gessi\\_docs.download\\_file?p\\_name=F\\_503671386/A.11%20\(2014\)%20p.95-126.pdf](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F_503671386/A.11%20(2014)%20p.95-126.pdf)

<sup>33</sup> Nabais, José C. Avaliação Indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal. In: *Estudos em homenagem ao professor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Editora, v.2, 2009, p.293.

A realidade vivenciada nos nossos dias é marcada pela dívida soberana, pelo endividamento dos Estados. O financiamento dos Estado reside *grosso modo* nos impostos directos ou indirectos. A necessidade crescente de receitas pelos Estados, corresponde na perspectiva dos contribuintes a uma liberdade de gestão fiscal e de disponibilidade económica, nomeadamente de minimização da carga fiscal. Porquanto, a consequência fucral deste princípio prende-se com o “*reconhecimento da livre conformação fiscal por parte dos indivíduos e empresas, que assim podem planificar a sua actividade económica sem preocupações com as necessidades financeiras da comunidade estadual, actuando de molde a obter os melhores resultados económicos em consequência do seu planeamento fiscal (tax planning)*” (Casalta, 2015:51)<sup>34</sup>.

É no princípio constitucional da liberdade de gestão fiscal que se acolhe fundamento para o planeamento fiscal por parte do contribuinte. Contudo, esta liberdade de gestão e de planeamento terá que comportar determinadas limitações na luta contra o abuso, a evasão fiscal, planeamento fiscal abusivo e o planeamento fiscal agressivo. Estes limites estão patentes, desde logo, na previsão de cláusulas gerais anti abuso e cláusulas especiais anti abuso.

Contudo, em paralelo com estes dois actores que focamos, as MNCs e os Estados, é fucral que consigamos evidenciar o papel que o planeamento fiscal desempenha no âmbito da actividade dos órgãos societários e a sua intrínseca relação com o surgimentos e destaque que a assume a Economia Reputacional.

---

<sup>34</sup> Nabais, José C., *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2.º ed.Coimbra:Almedina, 2015

## 2.2. Os órgãos de Administração Societária no que concerne ao Planeamento Fiscal e a Economia Reputacional

Segundo Mary Elbe Queiroz (2005: 87) *“o planeamento empresarial é prática ou comportamento adotado para a boa gestão dos negócios, no sentido de auto-organização administrativo-financeira da empresa para obtenção da maximização de resultados (lucros). Com o fim de atingir esse objetivo é necessária a adoção de medidas que resultem em redução de custos de mão-de-obra, administrativos, financeiros, etc. Entre essas medidas coloca-se a necessidade de ser reduzido, também, o custo tributário como forma de se conseguir um resultado mais favorável e evitar uma diminuição do património da empresa em decorrência do ónus fiscal que lhe é imposto, bem como adquirir vantagem competitiva no mercado.*<sup>35</sup>

Na esteira de Fernandes de Oliveira (2009:14), *“o planeamento fiscal empresarial consiste numa actividade legítima, uma vez que seria contra natura proibir as empresas de levarem em conta a carga tributária aquando da previsão dos seus negócios.* <sup>36</sup> .

As sociedades comerciais actuam pelos seus órgãos que se encontram adstritos a um conjunto de deveres para com esta. Há um dever de lealdade<sup>37</sup>, na actuação, dos órgãos da administração para com os interesses da sociedade e de longo prazo com os sócios. Esta actuação tem que considerar o planeamento fiscal legítimo, na medida em que obediência aos ditames do Código das Sociedades Comerciais potenciar o escopo lucrativo ao qual as sociedades se encontram adstritas.

É a seguinte a formulação legal que dá substracto ao raciocínio exposto<sup>38</sup>:

**Art.º 64.º do CSC: (Deveres fundamentais):** “Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado;

<sup>35</sup> Queiroz, Mary E., *Desconsideração da Personalidade jurídica em matéria tributária*, São Paulo, Quartier latin: 2005, p.87

<sup>36</sup> Oliveira, António F., *A legitimidade do Planeamento Fiscal, As cláusulas Gerais anti-abuso e os conflitos de interesses*, Coimbra, Coimbra Editora:2009,p. 14

<sup>37</sup> Teixeira, Manuela, D., *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal-Algumas Notas*, in: *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra, 237-277, Coimbra Editora,:2009

<sup>38</sup> Cfr. Oliveira, António F., *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os conflitos de interesses*, op. cit., p.12.

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.”

**Artigo 980.º, n.º1 do Código Civil ( aplicável por remissão do art.º 2 do C.S.C):**

“Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade.”

O Administrador ou gestor será diligente quando no decurso da sua actividade de gestão o faz de acordo com o critério do *bonus pater familiae*. Na esteira dos ensinamentos de Coutinho de Abreu<sup>39</sup>(2012: 133-135), a norma do artigo 64.º al. a) é de alguma maneira imprecisa, atende ao critério da diligência de um gestor criterioso e ordenado, que se encontra ligado com o dever de cuidado. Assim, o autor propõe uma densificação relativamente a este dever de cuidado avançando um elenco de deveres. Assim, identifica (a) dever de controlo ou vigilância organizativo funcional, (b) o dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões), (c) o dever de tomar decisões (substancialmente razoáveis).

No que concerne ao dever de lealdade o administrador deve tomar sempre em linha de conta os interesses da sociedade, este é um princípio basilar das funções do administrador.

O dever de lealdade compreende, assim, o dever – negativo – de abstenção de condutas lesivas e o dever – positivo – de protecção activa do interesse da sociedade ou interesse social.

A autora Catarina Serra<sup>40</sup> (2010: 155-179) em consonância com o pensamento de Sampayo Ribeiro (2015: 31,32) falam, da mudança de paradigma que se tem verificado na actividade dos administradores e gestores, as suas implicações e, a forma como se encontram imbuídas pelos elementos exógenos referentes à sociedade.

---

<sup>39</sup> Abreu, J.M. Coutinho de, “Responsabilidade Civil dos Gerentes e Administradores em Portugal”, in: *Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Coelho (coord.), Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012, p.133-135;

<sup>40</sup> Seguimos, de perto, o exposto pela autora. Cfr. Serra, Catarina, O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável, in *Scientia Iuris Ladrina*, p.155-179

Assim a autora faz alusão à mudança no círculo jurídico anglo-americano em que: “generalizou-se a ideia de que os gestores deviam perseguir a maximização do lucro (wealth maximization) e dirigir a empresa de forma a valorizar a participação social dos sócios. Tendo por base a recondução do interesse social ao interesse dos sócios, a concepção ficou conhecida como shareholder<sup>41</sup> value approach e (...). Hoje, todavia, começa a emergir uma ideia diferente: a de que há outros interesses merecedores de consideração. À shareholder value primacy (ou primado dos interesses dos sócios) sobrepõe-se cada vez mais uma perspectiva nova: a do stakeholder<sup>42</sup> value, (...). A perspectiva do enlightened shareholder value ou (interesse social iluminado) reafirma o primado do shareholder value mas de uma forma sofisticada ou moderna. Parte-se do princípio que os interesses dos shareholders não estão a ser prosseguidos quando os órgãos de administração conduzem a empresa de tal modo que os trabalhadores se recusam a trabalhar ou não têm rendimento, os fornecedores e os clientes preferem contratar com outras empresas, a empresa está em conflito com a comunidade em que se integra e as práticas da empresa nos planos ético e ambiental são consideradas deploráveis. Ora, será o interesse social iluminado a via para a responsabilidade social das empresas.”

Afirma, por seu turno, Coutinho de Abreu (2007, p. 39-40; 2009, p. 299) relativamente à nova redacção dada à alínea b) do n.º 1.º do art.º 64.º do C.S.C. que “formulações como a que a alínea contém são em grande medida, quanto aos interesses dos não sócios, expressão de **retórica normativa balofa** e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores”, que “[...] quanto maior for o elenco dos interesses a considerar e quanto mais difusos e conflituantes eles forem, maior será a

---

<sup>41</sup> Cfr. Serra, Catarina, op.cit.pág.159; “Os shareholders são aqueles que investem na empresa – os seus “proprietários”. No caso mais comum – quando a empresa é exercida sob a forma de sociedade –, os shareholders (ou stockholders) são os detentores de participações sociais – numa palavra: os sócios.”

<sup>42</sup> Cfr. Serra, Catarina, op.cit. pag.159 “O termo “stakeholders” designa as partes interessadas, ou seja, todas as entidades (indivíduos ou organizações) que afectam a actividade de uma empresa ou são afectados por ela: por um lado, os shareholders, os trabalhadores, os parceiros comerciais, os fornecedores, os clientes e os credores – stakeholders contratuais – e, por outro lado, a comunidade local, as associações de cidadãos, as entidades reguladoras e o Governo – stakeholders colectivos (SERRA, 2005, p. 53-4; 2010). Existem, evidentemente, outras classificações, como, por exemplo, aquela que distingue entre os grupos primários de stakeholders, compreendendo os sujeitos determinantes para a empresa ou sem os quais a empresa não poderia funcionar (clientes, trabalhadores, sócios e fornecedores), e os grupos secundários, que podem simplesmente vir a exercer alguma influência sobre a empresa (como os meios de comunicação social, o Governo, a comunidade e o ambiente).”

*discricionaridade dos administradores e menor a controlabilidade da sua actuação – torna-se mais fácil justificar (apelando a um ou a outro interesse) qualquer decisão”*

Os esquemas de planeamento fiscal agressivo que a comunicação social vem divulgando o último designado de Panama Papers (Abril de 2016), vem hoje, mais do que nunca sufragar o entendimento e raciocínio de Nuno Sampayo Ribeiro (2015: 31 e 32), referente ao risco legal e reputacional. *O autor frisa que o risco reputacional é colocado, erradamente, para segundo plano na hierarquia de prioridades nos sistemas, pelos stakeholders, analistas, clientes. Há o que o autor designa por importância da reputação numa sociedade com uma exposição ampla. Parafrazeando o autor que indirectamente indicia os limites para o que será desenvolvido nesta dissertação relativo ao planeamento fiscal agressivo: “é urgente reconhecer que o imposto se insere entre as realidades susceptíveis de causarem impacto positivo ou negativo na reputação de uma pessoa, organização ou país.(...) as situações de evasão ou fraude fiscal (...) são punidas nas relações sociais por uma carga emocional com reflexos que podem ser muito severos em campanhas contra empresas e marcas.”*

Vejamos então, como se conceptualiza o designado planeamento fiscal das multinacionais, previsto nos princípios da constituição fiscal. Sem prejuízo, de termos presente a actualidade económico e financeira que caracteriza o século XXI e a concorrência fiscal imputada ao comportamento dos Estados.

### 2.3. Conceptualização do Planeamento Fiscal e a Concorrência Fiscal

Comentado [I1]: concorrência fiscal

O sistema fiscal, apresenta actualmente, uma marca clara de auto administração dos impostos ou nas palavras de Casalta Nabais uma *privatização da gestão dos impostos*<sup>43</sup> pelos próprio sujeitos passivos que cada vez mais assumem o papel de interpretação e aplicação da lei fiscal, determinação e quantificação das suas obrigações tributárias. Há uma certa margem de manobra da condução dos negócios por parte das MNCs e que tem assento constitucional, nomeadamente é lícito planear fiscalmente os seus negócios<sup>44</sup>. O TJUE nas várias decisões proferidas o reconheceu a licitude do planeamento fiscal e as limitações dos E.M. à actuação desta matéria face ao direito da EU.<sup>45</sup>

Segundo Saldanha Sanches (2006: 22)<sup>46</sup> o planeamento fiscal deve caracterizar –se como legítimo ou ilegítimo. Assim, o planeamento fiscal (legítimo) consiste “*numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela, que por acção intencional ou omissão do legislador, está acompanhada de menos encargos fiscais. O Planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo*”.

No âmbito do estudo do Planeamento Fiscal, temos que atender a três situações, tendo como critério basilar o comportamento do contribuinte perante os normativos fiscais: (a) comportamentos que implicam o desrespeito pela norma fiscal, uma violação directa – planeamento fiscal stricto sensu; (b) comportamentos que afrontam o espírito e o propósito do legislador fiscal sendo que respeitam aparentemente a lei fiscal mas sem conteúdo ou substância económica – Planeamento fiscal Abusivo; (c) por último, comportamento legal e admissível com vista a minimizar a carga fiscal, baseado em incongruências dos sistemas

<sup>43</sup> Nabais, José C., Alguns aspectos do quadro constitucional da tributação das empresas. In: *Por um Estado Fiscal Suportável: estudos de Direito Fiscal*, Vol I, p.364

<sup>44</sup> Nabais, José, C., *Direito Fiscal*, 4.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2006, p.182; Para este autor a liberdade de gestão fiscal abrange, entre outros, a forma e a organização da empresa, o financiamento e o local da sede da empresa, afiliadas e estabelecimentos estáveis. Sanches, José, L.S. *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.158 e sgts., “ o direito ao planeamento fiscal” é uma das consequências das falhas de neutralidade do ordenamento jurídico-tributário.

<sup>45</sup> Neste sentido, TJUE, 12 de Setembro de 2006, Caso C-196/04, *Cadbury-Scheppe plc v. Commissioners of Inland Revenue*

<sup>46</sup> Sanches, José, L.S. *Os Limites do Planeamento Fiscal- Substancia e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pág.22.

fiscais e que não foram previstas pelo legislador – Planeamento Fiscal Agressivo (Caldas,2015).<sup>47</sup>

Num mundo marcado pela globalização, abertura de mercados os dois actores fulcrais têm marcado a evolução da fiscalidade internacional de forma distinta: os Estados e as Multinacionais.

As Multinacionais, segundo Antunes (2002: 97,98) “*constitui um verdadeiro grupo de sociedades, acrescido do elemento de transnacionalidade das entidades componentes do seu organograma operativo. Trata-se de uma rede mais ou menos complexa de sociedades em diferentes países através dos mais variados instrumentos de controlo intersocietário, por uma sociedade cúpula, por subholdings intermediárias destas dependentes que assumem a coordenação. Graficamente e funcionamente assumem uma complexa rede de sociedades, com formas jurídicas diversas e participações societárias interligadas*”.<sup>48</sup>

As MNCs são hoje responsáveis pelo desenvolvimento inerente à conceptualização do conceito de Planeamento Fiscal, pese embora nunca se tenha definido na teoria económica qual o peso que os impostos têm na internacionalização.<sup>49</sup>

As MNCs apresentam-se muito mais agressivas e planificadores talvez, porque munidas, de uma assessoria jurídica o seu comportamento passa hoje, por um aproveitamento das disparidades entre os diversos sistemas fiscais que conduz aos designados esquemas de planeamento.<sup>50</sup>

No que concerne aos Estados podemos afirmar que os seus comportamentos impulsionaram os esquemas das MNCs.

Contudo, a globalização permitiu o aumento exponencial destas situações plurilocalizadas. Nas palavras de Alberto Xavier (2009:3)<sup>51</sup> “*o direito tributário internacional tem como objecto as situações internacionais ( cross-boarder situations), ou*

---

<sup>47</sup> Caldas, M., *O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?*, Cadernos do IDEFF, nº18, Almedina, 2015, p.26;

<sup>48</sup> Antunes, José, A.E.*Os grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietária*, 2.º ed, Coimbra: Almedina, 2002, p.97 e 98

<sup>49</sup> O paradigma eclético ou conhecido como o paradigma OLI é uma das teorias mais completas para se explicar o que leva as empresas a internacionalizar –se, onde também se encontra o impostos. DUNNING, Jonh The eclectic (OLI) paradigm of international production: past, present and future. *International Journal of the Economics of Business*, Abingdon, v. 8, n. 2, p. 173- 190, 2001.

<sup>50</sup> RIBEIRO, Nuno Sampayo, *Coordenação Fiscal na EU e Competividade das Empresas Portuguesas*, in:*Estudos Em Homenagem ao professor de Pitta e Cunha*, Vol. I, pág. 967-1000

<sup>51</sup> Xavier, A., *Direito Tributário Internacional*, 2.º Ed., 2014, p.3

seja, situações da vida que têm contacto, por qualquer dos seus elementos, com mais de uma ordem jurídica dotada de poder de tributar.” A manipulação dos vários elementos de conexão permite escolher os sistemas fiscais mais vantajosos.

Este fenómeno de globalização conduziu que a concorrência entre Estados viesse intensificar-se. Os Estados procuram aumentar as suas receitas, necessitam delas para sustentar o Estado Social, por outro lado, as MNCs ambicionam a diminuição da sua carga fiscal, movimentando –se geograficamente para a obtenção desse propósito.

A Concorrência fiscal<sup>52</sup> foca-se no papel desempenhado pelo Estado, na forma como deseja intervir na economia. Há várias teorias económicas que abordaram esta questão da concorrência fiscal. Em 1956, Charles Tiebot<sup>53</sup>foca esta questão e pela primeira vez é construído um modelo referente a concorrência fiscal. Foi pensado inicialmente com referência à mobilidade de pessoas e, posteriormente aplicou-se à mobilidade das empresas e o equilíbrio ou o ponto óptimo dar-se-ia na intercepção entre a maximização do consumo dos bens públicos e a minimização do custo do pagamento do imposto.<sup>54</sup>

Contudo, a dado momento esta competição entre jurisdições, leva a um comportamento designado de *race to the bottom* face à arrecadação de impostos e comparativamente com o nível de despesas de um Estado Social, esta questão tem muito actualidade face à situação que os Estados vivem.

As organizações internacionais, nomeadamente, a OCDE e a UE preocupadas com estes comportamentos e com as consequências que poderiam ter emanaram um conjunto de documentos com directrizes para os Estados. Assim, em 1998<sup>55</sup> a OCDE publicou o relatório *Harmful tax competition: na Emerging Global Issue*, em que definiu e caracterizou o que se entendia por paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais. Para

<sup>52</sup> A EU no seu Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Concorrência Fiscal e suas recomendações para a competitividade das empresas definiu o que entendia por concorrência fiscal assim: *o conceito de concorrência fiscal pode surgir em duas acepções. A primeira, a situação fiscal global de um país em relação a outros que pode torna-lo mais atractivo para as empresas. Neste particular, a base e os níveis de tributação das empresas são geralmente os níveis determinantes. A segunda, independentemente das suas políticas fiscais de base, os Estados podem abrir excepções, derrogações, etc., com base no intuito específico de atrair e reter a presença das empresas no país. Isto é considerado concorrência prejudicial.*(JO C 2002/C 149/16),

<sup>53</sup> Tienout, C. "A Pure Theory of Local Expenditures". *Journal of Political Economy* 64 (5): 416–424;

<sup>54</sup> Cfr. Andrade, Fernando R. , Concorrência Fiscal Internacional e concorrência fiscal prejudicial na tributação directa do capital. Boletim de Ciências Económicas, FDUC, Vol. XLIV: (2001), 209-241;

<sup>55</sup> OCDE. Harmful tax competition: na emerging Global Issue. 1998. Disponível: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2398041e.pdf?expires=1468239644&id=id&accname=ocid49018198a&checksum=E04BAE64F9035102925C0B355C99E58C> .

além desta identificação o relatório continha ainda as características a serem combatidas e foram elaboradas as recomendações para os países membros identificarem e expurgarem dos seus sistemas jurídicos. Em 2000 a OCDE elaborou um novo relatório intitulado *Toward global tax co-operation. Report to the 2000 Ministerial Consul Meeting. Paris, 2000*.<sup>56</sup> Onde se elaborou com algumas características e tentou-se promover o diálogo.

No que concerne ao âmbito europeu a UE, em simultâneo com a OCDE, elaborou em 1997 um *Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas*<sup>57</sup>, trata-se de um compromisso entre os diversos países da EU cujas recomendações assumem a natureza de soft law, para uma maior intensidade de cooperação internacional. Traz obrigações de informações dos Estados Membros e em termos de medidas identifica o *standstill e o rol over* das medidas prejudiciais. Ao nível da OCDE institui-se a regra *do refrain, review and remove*, a regra dos três r que se operacionaliza em: não adoptar regimes prejudiciais, rever os existentes e remover os aspectos prejudiciais dos regimes existentes.<sup>58</sup>

Ao nível interno, de âmbito nacional os comportamentos de planeamento fiscal apresentam limites. Em Portugal, o legislador optou pela introdução pela via legislativa de uma Cláusula Geral Anti Abuso na Lei Geral tributária (L.G.T.). Ora, nas palavras de Saldanha Sanches (2009:40)<sup>59</sup> “A introdução da CGAA no ordenamento jurídico tributário permitiu a possibilidade de versar um júízo administrativo sobre a natureza do negócio jurídico escolhido pelo sujeito passivo e sobre a intenção que presidiu à escolha do mesmo.

Desta forma e, após as considerações que fomos tecendo urge, apresentar e conceptualizar o conceito de Planeamento Fiscal Abusivo e, posteriormente o Planeamento Fiscal Agressivo. O planeamento fiscal agressivo apresenta-se como um conceito novo e ainda muito se discute sobre os seus limites e se, assume um cariz político ou se estamos perante a emergência de um conceito jurídico. (Dourado, 2016:48)<sup>60</sup>

<sup>56</sup> OCDE. **Toward global tax co-operation. Report to the 2000 Ministerial Consul Meeting. Paris, 2000.** Disponível: <https://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/publications/towards-global-tax-cooperation-progress.pdf>

<sup>57</sup> Anexo I da Reunião do Conselho ECOFIN, de 1/12/1997 e publicado no JOC de 6/01/1998. Disponível: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/COC\\_PT.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/COC_PT.pdf)

<sup>58</sup> cfr. Nabais, José Casalta, A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas, p. 203-209 e Andrade, **Concorrência Fiscal Internacional na Tributação dos Lucros das empresas**, pág. 163-168.

<sup>59</sup> Sanches, José, L.S., As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso, in: *Reestruturação de Empresas e limites do planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, pág.40, 2009;

<sup>60</sup> Dourado, Ana, P., Agressiva Tax Planning in EU law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Agressiva Tax planning and BEPS Actions 2 and 6, *Intertax*, 2016 vol.43,p.45;

#### 2.4. Conceptualizar o Planeamento Fiscal Abusivo

O Planeamento Fiscal Abusivo situa-se no âmbito da legalidade ou seja, nas palavras de Courinha (2009:15)<sup>61</sup> “ *embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido*”.

Ora, o conceito de planeamento fiscal abusivo ou elisão fiscal corresponde, a uma actuação planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida pelo espírito ordenamento tributário. Embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido. Xavier (2014:367)<sup>62</sup> entendia que a elisão fiscal Internacional advém da utilização dos elementos de conexão, de que o Direito Tributário Internacional se vale para localizar factos tributários e distribuir competências de tributação de modo fraudulento, tal fraude seria realizada por manipulação dos mesmos, através de modos essencialmente artificiais, que impedem a verificação do facto tributário num determinado país em favor de outro (país).

Ora, nas palavras de Dourado (2016:43)<sup>63</sup> “ *whereas tax avoidance corresponds to a tax crime or offense as defined by law, tax avoidance implies a difference between the legal form adopted (which is in conformity with the wording of the law) and the substance of the underlying activity or scheme (the substance is not in conformity with the spirit or purpose of the law) and implies recharacterization of the transaction or series of transactions carried out by the taxpayer*”.

O Tribunal de Justiça da União Europeia na esteira da sua integração pela via negativa, tem desempenhado um papel fundamental conseguir ultrapassar obstáculos ao pleno funcionamento do mercado. Desta feita, aceita o planeamento fiscal (esta problemática não é questionada) pese embora, o TJUE não aceite o abuso do direito comunitário, o que justifica as medidas antiabuso. O TJUE define tax avoidance as

---

<sup>61</sup> Courinha, Gustavo, L., *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário-Contributos para a sua compreensão*, 1.º Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.15

<sup>62</sup> Xavier, A., *Direito Tributário Internacional*, 2.º Ed., 2014

<sup>63</sup> Dourado, Ana, P., *Agressive Tax Planning in EU law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Agressive Tax planning and BEPS Actions 2 and 6*, Intertax, 2016 vol.43,

“*artificial arrangements aimed at circumventing tax law*.”<sup>64</sup> Os expedientes puramente artificiais remetem para o conceito de substância do contrato ou da operação em análise.<sup>65</sup>

Poder-se-á, graficamente, representar estes conceitos desenhar três circunferências referentes ao planeamento fiscal: (i) o planeamento fiscal *stricto sensu* que se traduz na adopção de determinados comportamentos queridos e previstos pelo legislador fiscal que conduzem a uma poupança fiscal (quer através da consagração expressa de benefícios fiscais de isenções fiscais ou da concessão da liberdade de optar por certo regime tributário, quer através da omissão voluntária do legislador; (ii) planeamento fiscal agressivo “o planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico aquela que por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais”, (iii) planeamento fiscal abusivo, que se traduz na adopção de determinados comportamentos apenas formalmente conformes à norma fiscal conduzem a uma poupança fiscal não desejada pelo legislador.

No planeamento fiscal abusivo identificar-se-á um elemento objectivo que diz respeito a uma obediência meramente formal da norma e a um elemento subjectivo que se traduz na artificialidade, que se manifesta pela falta de substância económica.

No Direito Fiscal podemos identificar uma evolução, sublinhada por Marta Caldas (2015:27) no sentido das questões de natureza legal (tax evasion), acresceram preocupações com a elisão formal (tax avoidance) a que actualmente, se juntam as preocupações de moralidade fiscal (tax morality).<sup>66</sup>

Assim, o direito fiscal acaba por reagir ao chamado planeamento fiscal abusivo com base em razões de justiça fiscal, uma vez que, no planeamento fiscal abusivo não há uma violação directa da norma jurídica, não poderá aferir –se uma juízo de ilegalidade daí a consagração crescente de um número de Cláusulas Geral Anti-Abuso para realçar conceitos e juízos de valor sobre o comportamento do contribuinte.

---

<sup>64</sup> Neste sentido, TJUE, 12 de Setembro de 2006, Caso C-196/04, Cadbury-Scheppe plc v. Commissioners of Inland Revenue

<sup>65</sup> Cfr. Lenaerts, Koen, The concept of Abuse of Law in the Case Law of The European Court of Justice on Direct Taxation, Vice-President do TJUE. Disponível: [https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/504163/1/MJ\\_22\\_3\\_Lenaerts.pdf](https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/504163/1/MJ_22_3_Lenaerts.pdf)

<sup>66</sup> Caldas, M., *O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?* Cadernos do IDEFF, nº18, Almedina, 2015, p.27;

O surgimento cada vez maior e, com mais acuidade de conceitos como, justiça social, justiça fiscal, ou mesmo responsabilidade social da empresa, moralidade fiscal, no âmbito da globalização fez com que se evidencie a necessidade de mudança nas relações entre os Estados.<sup>67</sup>

Antes de elencarmos a evolução no conceito de Planeamento Fiscal, temos que fazer uma viagem pela jurisprudência comunitária da qual brotou muitos conceitos e um Princípio Geral de Abuso.

---

## 2.5-O Abuso na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no âmbito da sua actividade de harmonização negativa, desde da década de 70 do século XX tem vindo a pronunciar-se sobre situações, de abuso e práticas abusivas em que se discute a legalidade da aplicação de normas pelos estados-membros e, a conseqüente compatibilidade com as liberdades fundamentais, nomeadamente: a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de serviços.

O conceito de Abuso<sup>68</sup> desenvolvido na esteira do TJUE à luz da sua evolução jurisprudencial fez com que se desenvolvesse o Princípio Geral da Proibição do Abuso do Direito, enquanto Princípio Geral de Direito Comunitário.<sup>69</sup>

Nas palavras de Rita de La Feria (2012:xxii), a criação deste princípio resulta de uma inteligência entre os sistemas jurídicos dos Estados Membros e o sistema jurídico europeu, a que designa de processo de reverberação<sup>70</sup>.

É necessário ter presente e patente as diferenças entre as tradições legais de cada país que tem necessariamente implicações na doutrina subjacente à norma anti abusivo e no próprio conceito de Abuso. Em termos linguísticos também podem levantar-se problemas

O conceito de abuso difere e tem diferentes entendimentos consoante estejamos perante países com uma origem franco-germânica, i.é., do *civil law* ou países de estirpe anglo-saxónicas ou seja, países do *common law*.<sup>71</sup> Nos países anglo-saxónicos ainda temos um conjunto de teorias judiciais interpretativas que auxiliam nas operações ditas artificiais, como seja, (1)*substance over form*, (2)*step transaction*, (3)*business purpose test* and (4)*sham transaction*. Apesar de aparentemente serem diferentes há depois um caminho comum.

No quadro seguinte é identificado as origens e a conceptualização de abuso nos diversos países e o que está hoje previsto na legislação de cada estado.

<sup>68</sup> Trata-se de um conceito presente nos regimes jurídicos que têm uma influência franco-germana. Os países anglo-saxónicos .

<sup>69</sup> Seguimos, de perto, os ensinamentos da autora, Feria, Rita de La, Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal Comunitário, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 2 I, Almedina 2008, p.197-228.

<sup>70</sup> Feria, Rita de La, Introducing the principle of Prohibition of Abuse Law, in Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Edited by Rita de La Feria and Stefan Voganauer, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p.xxii

<sup>71</sup> Piantavigna, Paolo, Tax Abuse in European Law: A theory, *EC Tax review*, n.º3, 2011

Conceptualização do Abuso nos Estados Membros	
Prevalência da substância sobre a forma e recharacterização	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Chipre</li> <li>• República Checa</li> <li>• Estónia</li> <li>• Finlândia</li> <li>• Hungria</li> <li>• Países Baixos</li> <li>• Polónia</li> <li>• Roménia</li> <li>• Eslováquia</li> </ul>
Abuso CGAA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Áustria</li> <li>• Bélgica</li> <li>• Bulgária</li> <li>• Dinamarca</li> <li>• França</li> <li>• Alemanha</li> <li>• Grécia</li> <li>• Irlanda</li> <li>• Itália</li> <li>• Luxemburgo</li> <li>• Malta</li> <li>• Portugal</li> <li>• Espanha</li> <li>• UK</li> </ul>
<i>Fraus legis</i> CGAA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Croácia</li> <li>• Países Baixos (judicial+richtige heffing)</li> </ul>
Aplicação de institutos da lei civil	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Letónia (GAAR)</li> <li>• Lituânia</li> <li>• Eslovénia</li> </ul>

Fonte: Autor

Tem vindo a formar-se jurisprudência bastante no TJUE que, muito influencia o comportamento dos governos dos Estados-Membros.

Qual será o entendimento seguido pelo Tribunal relativamente a situações de abuso e de planeamento fiscal? Segundo Pinto Nogueira (2009)<sup>72</sup> “*essa proibição de abuso consiste na não admissibilidade de elisão de regras nacionais obtida por recurso artificial ou anómalo das liberdades fundamentais*”. Ou seja, não podem as liberdades e os direitos da União Europeia ser utilizados de forma abusiva pelos cidadãos de cada país, por forma a obter uma determinada vantagem.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Nogueira, António P., Abuso de Direito em fiscalidade Directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, VI, p.233-299

<sup>73</sup> Cfr. Lenaerts, Koen, The concept os Abuse of Law in the Case Law of The European Court of Justice on Direct Taxation, Vice-President do TJUE. Disponível: [https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/504163/1/MJ\\_22\\_3\\_Lenaerts.pdf](https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/504163/1/MJ_22_3_Lenaerts.pdf)

Pelo que, o TJUE<sup>74</sup> quando solicitado a apreciar determinada operação irá verificar e analisar a operação em causa, sob o ponto de vista do eventual abuso das normas comunitárias que possa ter ocorrido.

Em 1999 o TJUE pronunciou-se sobre o acórdão<sup>75</sup> *Centros*, este acórdão centra-se na liberdade de estabelecimento. O cerne do caso prendia-se com uma situação em que se “contornam” as normas ou, em terminologia inglesa *circunvention*. Neste caso concreto as autoridades dinamarquesas recusaram o registo de uma sociedade que tinha sede no Reino Unido alegando que, o intuito da sociedade tinha sido para contornar a legislação dinamarquesa no que concerne aos mínimos de capital social.

O tribunal entendeu que este comportamento por parte do estado dinamarquês violava a liberdade de estabelecimento prevista e patente nos art.º 43.º e 48.º do Tratado.

Ora, para Rita de la Feria<sup>76</sup> (2008:203) “o tribunal iniciou uma nova fase no desenvolvimento do conceito de abuso do direito nem todos os casos de *circunvention* deverão ser considerados abusivos; há casos de *circunvention* que deverá ser considerados como o exercício legítimo do direito à liberdade de estabelecimento. Logo nem todas as medidas destinadas a combater casos de *circunvention* são válidas.”

Foi no caso *Emsland-Starke*<sup>77</sup> que o Tribunal concluiu pela aplicação de elementos e fixou-os como critério suscetíveis de determinar que estaríamos perante uma prática abusiva de operadores económicos<sup>78</sup>.

Como elementos avançados no acórdão *Emsland-Starke* foram indicados pelo TJ: o **elemento objetivo**, “conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado<sup>79</sup>” para prova de que determinada operação não foi realizada com uma finalidade económica, mas exclusivamente para beneficiar das vantagens que lhe subjazem. O **elemento subjetivo** com o qual se pretende provar que o contribuinte tinha a pretensão de fazer um uso abusivo das faculdades e direitos da União Europeia, ou nas palavras dos juízes “ *vontade de obter um benefício que*

<sup>74</sup> Feria, Rita de La, Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal Comunitário, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n.º 2 I, Almedina 2008, p.197-228,

<sup>75</sup> TJUE, 9 de março de 1999, Caso C-212/97, Colectania I- 1459, Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

<sup>76</sup> Feria, Rita de la, op.cit, p.203

<sup>77</sup> TJUE, 14 de Dezembro de 2000, Caso C-110/00, Colect. I-1569, Emsland-Stärke GmbH gegen Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

<sup>78</sup> Ibid, paragrafo 51

<sup>79</sup> Ibid, parágrafo 52

*resulta da legislação comunitária criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção”.*

Posto isto, em 2002 os tribunais ingleses enviaram dois pedidos de reenvio prejudiciais, um dos quais referentes a um caso paradigmático relativamente ao conceito de práticas abusivas o caso *Halifax*<sup>80</sup> e *Cadbury Schweeps & Cadbury Schweeps Overseas*.

No caso *Halifax* estava em causa a introdução de legislação anti abuso, por parte do legislador holandês em sede IVA.

O tribunal usa o teste de abuso expresso no acórdão *Emsland-Starke*, concluindo que o princípio de proibição de práticas abusivas também se verifica no IVA.

Foi no caso *Cadbury Schweeps*<sup>81</sup> que o TJ se pronunciou, pela primeira vez, relativamente à compatibilidade de uma norma nacional, do Reino Unido, da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, com o direito da União Europeia.

Neste caso estava em discussão normas anti abuso relativa a sociedades estrangeiras controladas (SEC) com a liberdade de estabelecimento. Uma sociedade residente no Reino Unido, na Grã-Bretanha e, na Irlanda era tributada com base no seu rendimento global, englobando os lucros realizados pelas sucursais ou agências – “arm's length principle”. Porém, no caso de filiais, regra geral, uma sociedade residente no Reino Unido não era tributada pelos lucros de uma SEC no momento da sua obtenção. Então, aquando da distribuição dos lucros à sociedade residente sob a forma de dividendos, o imposto pago por esta, daria origem a um crédito de imposto, imputável no imposto a pagar pela sociedade residente sobre esses dividendos, evitando-se a dupla tributação económica dos rendimentos.

Porém, tal não se aplicava quando a SEC estava sujeita, no Estado em que está estabelecida, a um nível de tributação inferior e for dominada em mais de 50% por um residente. Esta regra contém algumas exceções, nomeadamente não se aplica quando for satisfeito o teste da intenção, que contém dois elementos cuja verificação deve ser demonstrada pelo contribuinte: i) que as transações não tivessem com um dos principais objetivos a diminuição do imposto a pagar no Reino Unido; ii) que a existência da sociedade estrangeira controlada não visasse um desvio dos lucros.

---

<sup>80</sup> TJUE, 21 de Fevereiro de 2006, Caso C-255/02, *Halifax plc and Others v. Commissioners of Customs and excise*;

<sup>81</sup> TJUE, 12 de Setembro de 2006, Caso C-196/04, *Cadbury Schweeps plc v. Commissioners of Inland Revenue*

O TJUE começa por dizer que o facto de estabelecer sucursais na *Holanda com o objectivo de beneficiar um regime mais favorável não constitui por si só abuso*<sup>82</sup> admite a possibilidade de os Estados-Membros criarem normas que configuram uma restrição ao princípio do livre estabelecimento quando tenham sido utilizados **expedientes puramente artificiais que não reflectem realidade económica. A grande inovação é o conceito de expedientes puramente artificiais.**

Assim, refere o TJUE que a verificação desse mesmo expediente depende da constatação de um **elemento subjetivo** relativo à intenção do contribuinte em obter uma vantagem fiscal, mas também de um **elemento objetivo**, através do qual se exige que a operação em causa tenha um substrato económico, ou seja, que tenha por objetivo a realização de atividades económicas efetivas, e neste caso considera-se respeitado o princípio da liberdade de estabelecimento.

É neste acórdão que começa a nascer o Princípio Geral Comunitario da Proibição do Abuso do Direito.

Assim, Pinto Nogueira (2009)<sup>83</sup>, avança com a seguinte conclusão “ (...) firma-se assim a orientação, *também na fiscalidade directa, que ‘tax motives are legal motives’*: *o facto de se recorrer às liberdades fundamentais com o objetivo de se obterem benefícios/poupança fiscal não pode ser, de per se, considerado como índice de abuso.*”

Contudo, começaram a surgir práticas fiscais, consideradas como inaceitáveis onde se verificam uma minimização de impostos que é legítima mas, que não se poderá de todo aceitar. Estes comportamentos têm o seu abstracto num vazio legal que conduz a uma não tributação involuntária. Este comportamento, por contraste, ao Planeamento fiscal Abusivo designa-se de Planeamento fiscal Agressivo.

---

<sup>82</sup>TJUE, 12 de Setembro de 2006, Caso C-196/04, Cadbury Schweppes plcv. Commissioners of Inland Revenue p.38;

<sup>83</sup> Nogueira, António P., Abuso de Direito em fiscalidade Directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, VI, p.233-299

## 2.6. O planeamento fiscal agressivo

A União Europeia (doravante EU) teve, na sua origem, propósitos exclusivamente económicos como os da instituição de um mercado comum e da promoção da livre circulação de pessoas e bens mas, sempre com um cariz eminentemente económico. Não obstante, paulatinamente foi surgindo a necessidade de intervir em outras áreas, de forma a assegurar o desenvolvimento próspero do mercado único. O desenvolvimento de um mercado único implica a ideia de suprimir fronteiras, incluindo fronteiras fiscais. A interdependência económica que tem como palco o mercado único levou com que a U.E. fizesse um estudo sobre os indicativos por países para os esquemas de planeamento fiscal agressivo<sup>84</sup>, a título exemplificativo: Portugal detém dez situações que facilitam o planeamento fiscal agressivo (Jornal de Negócios, de 29 de Fevereiro de 2016).<sup>85</sup>

Contudo, é preciso ter presente que a competição fiscal entre Estados “*cria múltiplas possibilidades de economias fiscais nas operações transfronteiriças*” (Saldanha, 2009:43)<sup>86</sup>, que prejudicam ou tendem a prejudicar o funcionamento do mercado único. A integração de economia global, a intensificação de movimentação de capitais e, a própria complexidade das transacções financeiras dentro das multinacionais impulsionou a necessidade de evolução natural do Direito Fiscal para se adaptar a novas estruturas de pensamento, nomeadamente, às relações que as pessoas singulares e/ou colectivas estabelecem numa dimensão espacial transfronteiriça.

Esta dimensão espacial que o mercado interno trouxe aos operadores económicos imprimiu uma importância maior na fiscalidade, enquanto condicionante, para o investimento e para as decisões económicas.

Perante as diferenças legais entre as diversas jurisdições, as MNCs acabam por tomar a sua decisão com base no factor fiscal para a localização de um determinada holding, para a realização de operação ou transacção. As manobras das MNCs cingem-se à *transferência de rendimentos (profit shifting) para outras jurisdições por manipulação de preços de operações entre partes vinculadas (transfer pricing), no âmbito do*

---

<sup>84</sup>Disponíveis em: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/gen\\_info/economic\\_analysis/tax\\_papers/taxation\\_paper\\_61.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/taxation_paper_61.pdf)

<sup>85</sup>[http://www.jornaldenegocios.pt/economia/impostos/irc/detalhe/portugal\\_facilita\\_planeamento\\_fiscal\\_agressivo\\_a\\_multinacionais.html](http://www.jornaldenegocios.pt/economia/impostos/irc/detalhe/portugal_facilita_planeamento_fiscal_agressivo_a_multinacionais.html)

<sup>86</sup> Sanches, José, L.S., As duas Constituições – nos dez anos de cláusula geral anti-abuso, in: *Reestruturação de Empresas e limites do Planeamento Fiscal*, p.39-70, Coimbra Editora, 2009

*financiamento empresarial, através do endividamento excessivo intra grupo, utilização de instrumentos financeiros híbridos e outras formas de proveito das vantagens fiscais da conjugação de ordenamentos* (OCDE 2013)<sup>87</sup>.

Estas práticas têm levado à erosão das bases tributáveis dos Estados, agravada pelo planeamento fiscal agressivo das MNCS e, a austeridade tem recaído sobre o factor trabalho (sem a mesma capacidade de movimentação que o capital), uma vez que as MNCs conseguem mudar de país e colocarem-se em outro Estado mais favorável. A ausência de coordenação nas políticas fiscais entre os países, as disparidades entre os diferentes diplomas legais de cada país, tem gerado um comportamento de dupla não tributação. A título meramente exemplificativo, a Starbucks tornou-se alvo de inúmeros protestos pelos seus comportamentos, ou nas palavras da presidente do *UK Parliaments's Public Accounts Committee*: “*we are not accusing you of being ilegal. We are accusing you of being imoral*”.

Como resulta do relatório da OCDE, subordinado ao projecto BEPS, “as MNEs têm-se demonstrado progressivamente mais confiante em obter posições mais agressivas no mercado”.<sup>88</sup>

O planeamento Fiscal agressivo situa-se no âmbito de legalidade daí que, o possamos definir e nas palavras de (Marta Caldas, 2015) como “*a adopção de determinados comportamentos que aproveitando disparidades e tecnicidades das normas ou ordenamentos fiscais geram uma vantagem fiscal não prevista, que excede a justificação económica subjacente ao comportamento (por isso não artificial), conduzindo a uma redução significativa da quota parte de contribuição do contribuinte, em termos que compromete os princípios da equidade, da justiça fiscal. Trata-se de um planeamento fiscal legal, admissível mas imoral*”.<sup>89</sup>

O planeamento fiscal agressivo acentuou-se devido à elevada concorrência entre os Estados que acabou por acicatar este género de comportamentos. Contudo, estes comportamentos acentuam a fragilidade dos contribuintes, a eficácia dos sistemas fiscais e acentua a diminuição das receitas fiscais por parte dos Estados membros.

A União Europeia preocupada com o fenómeno do planeamento fiscal agressivo em confronto com o planeamento fiscal abusivo levou a cabo um estudo sobre esquemas em

**Comentado [12]:** Contudo, a ausência de coordenação nas políticas fiscais dos diversos países tem gerado uma dupla não tributação, a título exemplificativo em 2012 a transnacional Starbucks tornou-se alvo de inúmeros protestos pela sua evitação ao pagamento de imposto devido.

<sup>87</sup> OCDE, Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publicado: Julho 2013, p. 20 e sgts

<sup>88</sup> Tradução da autora da dissertação. Texto original “*A The result is that MNEs have become progressively more confident in taking (increasing) aggressive tax positions (OECD, 2013).*”

<sup>89</sup> Caldas, M., O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal? Cadernos do IDEFF, n°18, Almedina, 2015, p.27;

planeamento fiscal agressivo<sup>90</sup>, onde analisou a legislação de cada um dos Estados Membros e identificou lacunas normativas que possibilitam comportamentos de planeamento fiscal agressivo às multinacionais.

Mas o que se poderá entender por Planeamento Fiscal Agressivo? Ana Paula Dourado apresenta este conceito levantando algumas questões: (1) será um conceito jurídico, novo conceito normativo, (2) uma densificação de cariz político, (3) um novo princípio adoptado pela OCDE. Acaba por defini-lo como um *umbrella concept*<sup>91</sup>. Habitualmente, não se encontra reconhecido e evidenciado na legislação nacional. Há contudo, uma excepção a esta situação no âmbito do direito interno português, nomeadamente mediante o Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro. Este diploma, diz respeito aos deveres de comunicação, informação e esclarecimento à Administração Tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo. Na introdução deste diploma verifica-se a autonomização de dois conceitos dentro do fenómeno do planeamento fiscal: o abusivo e o agressivo.<sup>92</sup>

Tendo patente, tudo quanto já foi escrito referente ao planeamento fiscal agressivo, ou nas palavras de Ana Paula Dourado ao *umbrella concept*, temos que, evidenciar algumas premissas que foram avançadas pelos autores Calderon Carrero & Quintas Seara (2016) relativamente ao conceito de planeamento fiscal agressivo para redefinir a linha entre o que se considera planeamento fiscal legítimo ou ilegítimo<sup>93</sup>.

Na perspectiva destes autores, este conceito de planeamento fiscal agressivo não poderá ser erigido a um princípio estruturante do Sistema fiscal internacional. Ou, eventualmente a ser aplicado como se de uma CGAA (soft law) se trata-se ou uma regra de interpretação teleológica de interpretação. Até porque colocaria em causa a segurança jurídica dos contribuintes.

---

<sup>90</sup>[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/gen\\_info/economic\\_analysis/tax\\_papers/taxation\\_paper\\_61.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/taxation_paper_61.pdf)

<sup>91</sup> Dourado, Ana, P., *Agressive Tax Planning in EU law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Agressive Tax planning and BEPS Actions 2 and 6*, *Intertax*, 2016 vol.43 e sgts.

<sup>92</sup> Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, no seu preâmbulo diz o seguinte: “ *o fenómeno do planeamento fiscal agressivo ou abusivo, promovido por estes intermediários fiscais, gera efeitos desfavoráveis muito significativos, pois corrói a integridade e a justiça dos sistemas fiscais, desencoraja o cumprimento por parte da generalidade dos contribuintes e aumenta injustificadamente os custos administrativos de fiscalização da máquina fiscal.*”

<sup>93</sup>Carrero, José, M.C. & Seara, Alberto, Q., *The concept of aggressive tax planning launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the border between legitimate and illegitimate tax planning*, *Intertax*, vol.44, issue 3, p.206-226;

Assim, a primeira premissa que este autor identifica é o facto de o conceito de planeamento agressivo não constitui uma nova forma *legal concept for preventing abusive tax planning*. Estamos a lidar com um princípio de política que fica erigido no âmbito da OECD e da EU.

O facto de lidarmos com esquemas que irão originar dupla não tributação, seja duplas deduções ou mediante instrumentos híbridos ou entidades híbridas (entre outros), as CGAA não serão ser eficientes neste âmbito. Já que terá que existir legislação específica, que terá que ser elaborada a uma escala global como seja, ao nível do G-20, OCDE ou EU.

A segunda premissa identificada pelos autores é o facto de este novo princípio político ser fundamental para a criação de limites para o planeamento fiscal legítimo ou para os comportamentos legais e criativos das MNEs.

Estes novos comportamentos nunca se poderão coadunar com as aplicações de CGAA, sem dúvida será um limite para a eficiência destas regras anti abuso, daí a necessidade de regimes de troca de informação.

Por último, chama-se a atenção que não conseguiremos verificar todos os elementos de aplicação das CGAA nos comportamentos de planeamento agressivo.

Como apareceu este princípio no seio da UE?

### **2.6.1.A definição de Planeamento Fiscal Agressivo no âmbito da União Europeia**

No âmbito da União Europeia as liberdades fundamentais são o tema central para a operacionalização desta temática. Num espaço geográfico, onde há livre circulação de pessoas, de bens, de capitais, um mesmo sujeito passivo, entra em contacto com diversos ordenamentos jurídicos fiscais distintos entre si dado que ainda se trata de uma área não harmonizada no âmbito da EU.

No âmbito do Planeamento Fiscal Agressivo a Comissão Europeia revelou um cuidado particular e em 2012 através, de diversas Recomendações, nos quais se identificam os problemas atinentes ao planeamento fiscal agressivo e, eventuais formas de controlar este problema.

#### **A) Comunicação da comissão ao parlamento europeu e ao conselho - Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais - Bruxelas, 6.12.2012 COM(2012) 722 final**

Nesta comunicação aparece a recomendação acerca do planeamento fiscal agressivo no ponto 8 da comunicação que diz o seguinte:

(...)

##### **8. Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo**

A Comissão considera que existe a necessidade de assegurar que a carga fiscal seja partilhada equitativamente de acordo com as opções de cada um dos governos.

Atualmente, alguns contribuintes podem recorrer a montagens complexas, por vezes artificiais, cujo efeito é transferir a sua matéria coletável para outras jurisdições dentro ou fora da União. Ao fazê-lo, os contribuintes tiram partido das disparidades entre as legislações nacionais para garantir que determinados tipos de rendimentos não são tributados ou para explorar as diferenças em termos de taxas de tributação.

Ao pagar impostos, as empresas podem ter um impacto positivo importante no resto da sociedade. O planeamento fiscal agressivo pode, assim, ser considerado contrário

aos princípios da responsabilidade social das empresas. Por conseguinte, são necessárias medidas concretas para combater este problema.

Uma ação concreta por parte de todos os Estados-Membros destinada a resolver esses problemas melhoraria também o funcionamento do mercado interno. Nesse sentido, a Comissão recomenda que os Estados-Membros atuem conjunta e eficazmente neste domínio.

Em especial, os Estados-Membros são encorajados a incluir uma cláusula nas convenções em matéria de dupla tributação (CDT) celebradas com outros Estados-Membros da UE e com países terceiros a fim de resolver um tipo de dupla não tributação especificamente identificado. A Comissão recomenda ainda a utilização de uma norma geral comum antiabuso. Tal ajudaria a assegurar a coerência e a eficácia num domínio em que as práticas dos Estados-Membros variam consideravelmente.

As diretivas da UE em matéria de fiscalidade (diretivas relativa aos juros e royalties, às fusões e às sociedades-mães e sociedades afiliadas) já permitem que os Estados-Membros apliquem mecanismos de salvaguarda antiabuso. Desde que respeitem a legislação da UE, os Estados-Membros podem utilizar essas possibilidades para evitar o planeamento fiscal abusivo.

Além disso, a Comissão está disposta a contribuir para os trabalhos nos fóruns fiscais internacionais, tais como a OCDE, para resolver as complexidades da tributação do comércio eletrónico através do estabelecimento de normas internacionais adequadas.

#### **B) Recomendação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 6.12.2012 relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo**

A evolução que atravessou o globo nas últimas décadas ficou marcado por uma globalização económica, impulsionada pela livre circulação de bens, pessoas e capitais. Ora, a fiscalidade não se encerra nas fronteiras de um único Estado tocando com diversos sistemas fiscais tratando –se de situações plurilocalizadas.

A Comissão Europeia em 6 de Dezembro de 2012 relativamente ao planeamento fiscal agressivo avançou com uma definição do que se considerava planeamento fiscal agressivo entendendo este como: “ *o comportamento que consiste tirar*

*partido dos aspectos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais. Pode assumir diversas formas. Entre as consequências desta prática, refiram-se as duplas deduções. Por exemplo, a mesma perda é deduzida tanto no Estado da Fonte como no Estado da Residência) e a dupla não tributação (por exemplo, rendimentos não tributados no Estado da Fonte são isentos de imposto no Estado da residência).* Este comportamento poderá pôr em causa o funcionamento do mercado interno e uma vez que as estruturas de planeamento fiscal são cada vez mais sofisticadas, a Comissão Europeia entendeu que seria adequado a adopção por parte dos Estados membros a adopção de uma Cláusula Geral Anti Abuso comum de forma a obstar as inúmeras disparidades legislativas entre os diversos estados membros.

Ora, pretendeu coordenar a criação de uma cláusula geral anti abuso adoptada as situações nacionais e transnacionais e mesmo com países terceiros que estejam envolvidos para contrariar as práticas de planeamento fiscal agressivo.

De acordo com esta recomendação os Estados Membros devem introduzir a seguinte cláusula geral:

-“uma montagem artificial ou uma série de montagens artificiais criadas com o objectivo essencial de evitar a tributação e que conduza a um benefício fiscal deve ser ignorada. As autoridades nacionais devem tratar essas montagens para efeitos fiscais tendo por base a sua realidade económica.”

### 3. Conceptualização de Planeamento Fiscal Agressivo

Conforme demonstramos, há uma clara autonomização entre os dois conceitos de Planeamento fiscal abusivo e Planeamento Fiscal Agressivo. Seguindo o entendimento exposto nas recomendações emanadas pela UE podemos ter: (1) montagens complexas e artificiais e (2) montagens complexas mas não artificiais logo reais<sup>94</sup>. Se as montagens complexas e artificiais se traduzem em abuso, por contraposição as montagens complexas e não artificiais deixam antever um novo problema na esteira do planeamento fiscal agressivo (Marta Caldas, 2015:78). A noção que poderemos extrair é que se trata de um esquema não articial que aproveitará a existência de disparidades ou tecnicidades legislativas com vista a reduzir a carga fiscal, colocando em causa a equidade dos sistemas fiscais.

Contudo, estes comportamentos são aceites pelo direito fiscal internacional. Todavia, poderá o ordenamento jurídico internacional reagir a estas práticas que minimizam receitas? Que põem em causa princípios basilares dos sistemas jurídicos como seja, a justiça fiscal, a igualdade fiscal e a capacidade contributiva?

A União Europeia considera que os seus estados membros devem adoptar uma CGAA, ou seja, utilizar o mesmo regime que se utiliza para o planeamento fiscal abusivo. Na decisão da comissão de 23 de abril de 2013 sobre a criação do *Grupo de perios da Comissão denominado de Plataforma para a Boa Governação, Planeamento fiscal Agressivo e dupla Tributação*, bem como em outras tomadas de posição do Conselho, chegou-se a conclusão que o planemanto fiscal agressivo é uma questão global: consiste em aproveitar os aspectos técnicos do sistema fiscal ou de incompatibilidades entre dois ou mais sistemas fiscais com a finalidade de reduzir a carga fiscal. Estes órgão apelam sempre ao uso de Cláusulas Gerais Anti Abuso para combater comportamento de Planeamento Agressivo.

O que se levanta nesta área do planeamento fiscal agressivo são questões de limites ao próprio comportamento do contribuinte. O sistema fiscal não é pleno, tem falhas e tem que se reconhecer que a existência destas disparidades conduz a momentos de dupla não tributação.

---

<sup>94</sup> Caldas, M., O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal? Cadernos do IDEFF, nº18, Almedina, 2015, p.78;

Contudo, poderemos questionar se combate ao planeamento fiscal agressivo não passa pelo na política fiscal do Estados? Ou seja, não serão os Estados também destinatários deste conceito? Uma vez que o Estado terá que assumir o risco que o desenho da sua legislação é imperfeito e permite estas situações. O legislador começa a assumir um lugar de protagonismo.

Parece-nos e, segundo alguma doutrina que falta legislação de base, tal como, na área da tributação das empresas ou nos híbridos e que seja coordenada entre os estados. Só, posteriormente se fará uso das CGGA.

Nas palavras de Maduro (2005:85), redigidas para as suas conclusões no processo *Halifax* <sup>95</sup>“*não existe qualquer obrigação jurídica de gerir um negócio de maneira a maximizar a receita fiscal do estado. O princípio essencial é a liberdade de optar, na gestão de um negócio, pela via da menor tributação, de forma a minimizar os custos.*” Continua dizendo, “*algumas pessoas podem ter dúvidas quanto à moralidade desta liberdade, mas não certamente quanto à sua legalidade.*” Começa-se a falar da moralidade na tributação.

Para se aplicar as cláusulas gerais anti-abuso temos que ver preenchidos um conjunto de pressupostos e, para preenchermos estes pressupostos é necessário normas de base, ou seja, normas que tenham sido violadas.

Para analisarmos a eficiência das cláusulas gerais tendo subjacente este raciocínio que fomos expondo, parece-nos que valerá a pena identificar os elementos que a compõem e identificar os casos concretos em que foi aplicada e as dificuldades que a nível interno levanta.

---

<sup>95</sup> Conclusões do Advogado Geral apresentadas a 7 de Abril de 2005, p.85

## Capítulo II

### 4.A Cláusula Geral Anti Abuso

Após, o estudo dos vários conceitos de planeamento fiscal e, dos vários problemas que emergem do planeamento fiscal agressivo no que concerne à sua conceptualização, cabe agora analisar as cláusulas gerais anti abuso como instrumentos legislativos com vista a obstar e a limitar esquemas de planeamento fiscal abusivo e agressivo. Ora, nas palavras de Courinha (2009:15)<sup>96</sup> “*estudar a Cláusula Geral Anti Abuso, equivale a estudar a única resposta dinâmica no Sistema Fiscal Português, de combate à elisão fiscal*”.

Ou ainda, de acordo com o raciocínio dos seguintes autores, Ferreira, Gonçalves & Sá<sup>97</sup> (2011), a motivação subjacente à existência de cláusulas anti abuso específicas e da CGAA no ordenamento jurídico prende-se: “*no comportamento fiscal evasivo ou fraudulento e, bem assim, na necessidade de se estabelecerem meios de reacção adequados a garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição dos encargos tributários e, também a satisfação das necessidades financeiras do Estado.*”

As CGAA têm hoje um papel preponderante em todos os ordenamentos jurídicos, dado que todos os ordenamentos jurídicos adoptaram uma cláusula geral anti abuso (Ernst&Young, 2013)<sup>98</sup>, no intuito de impedir as práticas agressivas das MNEs e tentando que estas contribuam com a sua parte ou *fair share* no financiamento do Estado.

A doutrina inglesa, Freedman<sup>99</sup> (2014: 167) imbuída pela adopção da sua CGAA em 2013 tem vindo a entender que as CGAA “*são uma parte essencial dos sistemas fiscais modernos, uma vez que, legislação específica pode não conseguir obstar a todo o abuso*”. Pese embora reconheça, mérito e uma mais-valia quando previstas na legislação dos estados, a autora tece algumas reservas e considerações que acompanhamos, assim continua dizendo: “*CGAA devidamente elaboradas (...) podem ser um importante instrumento à A.T e aos tribunais no combate ao abuso, mas o uso deve ser dentro de um*

---

<sup>96</sup> Courinha, Gustavo, L., *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário Contributos para a sua compreensão*, Coimbra: Almedina, 2009, p.15

<sup>97</sup> Ferreira, R.M. Fernandes, Gonçalves, M.Respício, & Sá, L.Bordalo (2011), Cláusula geral Anti Abuso: a primeira decisão judicial.Público.

<sup>98</sup> Ernst&Young. (2013). GAAR rising – Mapping tax enforcements evolution. Fevereiro: 2013 EYGM Limited

<sup>99</sup> Freedman, J., *Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance*, Legal Research Paper Series, University of Oxford, disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2488541](http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2488541)

*quadro legítimo adequado para a jurisdição em questão. GAAR não são o mecanismo adequado para uma reescrita fundamental do direito fiscal nacional ou internacional, mas eles são um elemento valioso em arranjos luta fiscais artificial.* "<sup>100</sup>

Acompanhamos, de perto e, sufragamos a opinião da autora considerando que, o ambiente que se vive na luta contra o abuso acicatou a necessidade dos políticos e do legislador em serem mais activos com medidas anti abuso. Sem, contudo terem presente se são eficientes quando colocadas face ao caso concreto. Se, seguimos o raciocínio de Gammie<sup>101</sup> (2013:577) num dos seus escritos acerca da moralidade na tributação, o autor refere-se às CGAA como <sup>102</sup> “*as CGAA reflectem as falhas da politica actual e da legislação e mais especificamente no desenho da base tributária, ou seja, o que se pretende tributar, coordenando com os princípios.*” No mundo real<sup>103</sup> a legislação deverá ser pensada com cuidado e de forma harmoniosa porquanto, não é pelo facto de existirem CGAA que se irá prevenir e obstar a alguns comportamentos. Por outro lado, a legislação não poderá de forma alguma ser excessivamente detalhada, Casalta Nabais fala a este respeito sobre o chamado Princípio da Praticabilidade. Muitas vezes poderá ser contraproducente o detalhe na legislação fiscal.

A evolução, destas medidas anti abuso, tem sido no sentido de alguma maneira substituir a legislação fiscal e este procedimento não está em consonância com a harmonização dos sistemas fiscais. As CGAA não foram desenhadas para substituir a legislação fiscal, na medida em que a essência da CGAA é prevenir o abuso dessa legislação. Se o poder legislativo se desonera de criar boa legislação não, poderá ser posteriormente, com mediadas anti abuso que se irá reescrever a lei.<sup>104</sup>

Mas ao discorrermos sobre estas questões, acerca das CGAA, temos que ter presente o seguinte: (1) podemos estar perante uma forma autónoma de interpretação dos objectivos políticos fiscais ou do espírito do legislador (CGAA) e, (2) na aplicação de uma CGAA

---

<sup>100</sup> Tradução da autora da dissertação, o texto original é o seguinte “ *anti abuse provisions (GAARs) are na essencial part of a modern tax system, since specific legislation will not catch every abuse. Properly drafted GAARs with appropriate protections can give administrators and courts and important tool to abuse, but the use must be within a legitimate framework suitable for the jurisdiction in question. GAAR are not the appropriate mechanism for a fundamental rewriting of domestic or international tax law but they are a valuable element in fight artificial tax arrangements.* ”

<sup>101</sup> Gammie, M. Moral Taxation, Immoral Avoidance - What the role for the law? British Tax Review, 4 (2013), p. 577

<sup>102</sup>  
<sup>103</sup> Cfr.Freedman, op.cit.p.168;

vamos fazer uma nova interpretação do negócio jurídico praticado, ao reconstruirmos o negócio jurídico podemos estar perante um *overriding principle*, vamos reconstruir todo o negócio jurídico/transacção através de conceitos de artificialidade, ausência de substância económica ou de substância comercial. Vamos depois tributar com base nos testes subjectivos e objectivos negando benefícios ou tributando a substância económica.

No caso da norma portuguesa a CGAA não afecta os efeitos civis das operações mas vai sancionar os efeitos fiscais, porque violam o objectivo, o escopo da norma fiscal. Não só declara a ineficácia fiscal da operação como a AT pode efectuar a cobrança do imposto.

Passamos agora identificar as CGAA (tanto ao nível interno como europeu) mais relevantes antes de analisarmos os seus elementos e jurisprudência.

#### **1-Art.º 38.º , n.º 2 da LGT**

O sistema fiscal português consagra, no art. 38º, nº 2 da LGT, uma norma geral anti-abuso, dispondo o seguinte: *“São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas”*.

#### **2-Clausula Geral Anti Abuso Comum aos 28 Estados Membros**

“Uma montagem artificial ou uma série de montagens artificiais criadas com o objectivo essencial de evitar a tributação e que conduza a um benefício fiscal deve ser ignorada. As autoridades nacionais devem tratar essas montagens para efeitos fiscais tendo por base a sua realidade económica.”

### **3-As medidas da EU - Resultados da reunião do ECOFIN<sup>105</sup>, 17 de junho de 2016**

#### **Em resultado da proposta da Directiva anti-beps de 28 de janeiro de 2015<sup>106</sup>**

(...)

“Os regimes de planeamento fiscal são muito complexos e a legislação fiscal não evolui com rapidez suficiente para incluir todos os meios de defesa específicos necessários para fazer face a tais regimes. Daí a utilidade de uma regra geral antiabuso para um sistema fiscal: permite assim fazer face a práticas fiscais abusivas, não obstante a ausência de uma regra específica antielisão fiscal.

A regra geral antiabuso destina-se a colmatar as lacunas que possam existir nas regras antiabuso específicas contra a elisão fiscal vigentes num determinado país. Conferiria às autoridades o poder de recusar aos contribuintes o benefício de regimes fiscais abusivos. Em conformidade com o acervo, a regra geral antiabuso proposta visa refletir os testes de artificialidade do TJUE quando estes sejam aplicados no interior da União.”

O Conselho, na reunião de 17 de Junho de 2016, concordou com a proposta de diretiva que irá definir as regras em matéria de combate a práticas de fuga e elisão fiscal por parte das empresas na União Europeia (UE).

A diretiva integra as medidas legislativas na luta contra a BEPS apresentado pela Comissão, a diretiva diz respeito a situações em que as multinacionais exploram os aspetos técnicos de um sistema fiscal, ou as assimetrias existentes entre os vários sistemas fiscais, para conseguir reduzir ou evitar os impostos devidos, ou seja, planeamento fiscal agressivo.

Os Estados-membros terão até 31 de dezembro de 2018 para transpor a nova diretiva para o direito nacional.

---

<sup>105</sup> <http://www.consilium.europa.eu/pt/meetings/ecofin/2016/06/17/>

<sup>106</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0026&from=EN>

A norma prevista na Directiva anti Beps é a seguinte:

Artigo 7.º

Regra geral antiabuso

1. As montagens fictícias ou uma série delas, realizadas com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal que anule o objeto ou a finalidade das disposições fiscais normalmente aplicáveis não são tomadas em consideração para efeitos do cálculo da carga fiscal das sociedades. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.
2. Para efeitos do n.º 1, considera-se uma montagem ou uma série de montagens como fictícia na medida em que não tenha sido estabelecida por motivos comerciais válidos que reflitam a realidade económica.
3. Se as montagens ou uma série de montagens não forem tomadas em consideração de acordo com o n.º 1, a carga fiscal é calculada com base na substância económica em conformidade com a legislação nacional.

#### 4.1.Os Elementos Constitutivos da Cláusula Geral Anti Abuso

Ao estudar as cláusulas gerais, enquanto norma, “*ou unidade normativa que funciona como mediadores na aplicação do Direito às situações da vida*”<sup>107</sup> (Baptista Machado: 79) podem ser identificadas uma previsão e a sua estatuição, ou consequência jurídica. No âmbito da previsão encontram-se pressupostos que desencadeiam o surgimento dos efeitos que se encontram previstos.

Houve vários entendimentos a esse respeito: Vasco Moura Ramos<sup>108</sup> (2001:712-715) alude a três requisitos: (i) motivação única ou principal de diminuir a carga tributária, (ii) mediante a prática de actos artificiosos ou fraudulentos, (iii) com abuso das formas jurídicas, Saldanha Sanches (2006:170)<sup>109</sup> também identifica apenas três requisitos de aplicação da cláusula, quais sejam: (i) que os negócios tenham como intenção a redução ou a eliminação de uma oneração fiscal (ii) que se utilize meios artificiosos ou fraudulentos (iii) que se verifique um abuso das formas jurídicas, Manuel Henriques de Freitas Pereira(2005:416)<sup>110</sup>, admite a existência de quatro pressupostos de aplicação, sendo eles: (i) existência de actos, factos ou negócios jurídicos com o mesmo fim ou substância relativamente aqueles praticados (ii) que os actos, factos tenham sido praticados fraudulentamente ou com abuso de formas jurídicas (iii) o resultado da prática dos actos, factos ou negócios seja um regime mais favorável (iv) esse resultado seja o único objectivo da conduta do contribuinte

Para Gustavo Lopes Courinha<sup>111</sup>(2009:165), cláusula possui cinco elementos, sendo quatro deles relativos aos requisitos de aplicação e um deles correspondente à respectiva estatuição. Na esteira deste autor são elementos da cláusula geral: “ (i) elemento meio – a forma utilizada, que deve ser anómala, inusual, artificial, complexa, ou mesmo contraditória, em consideração com os fins económicos visados pelo contribuinte”(ii) elemento resultado – consiste na vantagem fiscal e a equivalência económica obtida (iii) elemento intelectual significando a motivação do contribuinte (iv) elemento normativo -

<sup>107</sup> Machado, João, B. *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 2000

<sup>108</sup> Ramos, Vasco M. *Da cláusula Geral Anti Abuso em Direito Fiscal e da sua Introdução no Ordenamento Jurídico Português*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LXXVII, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

<sup>109</sup> Sanches, José, L.S., *Os limites do Planeamento Fiscal Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitária e Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006;

<sup>110</sup> Pereira, Manuel, H. de F., *Fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2005

<sup>111</sup> Courinha, Gustavo, L., *A cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Coimbra: Almedina, 2009, p.165

referente à aprovação normativo-sistemática da vantagem obtida (v) elemento sancionatório – a efectivação da cláusula.”

A aplicação da CGAA encerra em si uma relação de tensão, ou seja, um binómio se, por um lado temos os direitos dos Estados na recepção de receitas, por outro lado, temos os direitos dos contribuintes, neste caso das MNCS. A CGAA não pode simplesmente ser aplicada pela a administração tributária mediante livre arbítrio, sob pena de lesar os direitos dos contribuintes.

Tendo presente que esse procedimento tributário de fazer uso da CGAA é marcado por uma ampla discricionariedades há porquanto, requisitos acrescidos de fundamentação. Para a aplicação da CGAA prevista no art.º 38.º da L.G.T. pressupõem-se que seja obedecido o procedimento previsto no art.º 63.º da L.G.T.

Nos termos do art.º 63.º, n.º 3 da L.G.T. verificando-se uma situação de potencial aplicação da CGAA, a AT notifica o contribuinte do projecto de aplicação da GCAA, que deverá ir devidamente fundamentado. O contribuinte dispõe de 30 dias para exercer a audiência prévia. Após, o exercício da audiência prévia, a AT deve requerer ao responsável máximo a autorização para aplicação da CGAA.

Uma vez esclarecida a tramitação procedimental para utilizarmos as CGAA, dever-se-à verificar os cinco pressupostos de aplicação da CGAA, sugeridos, como anteriormente referido, por Courinha (2009)<sup>112</sup>: elemento meio; elemento resultado; elemento intelectual; elemento normativo; e, elemento sancionatório, sendo este último aplicável apenas após a verificação dos outros quatro pressupostos. Os vários pressupostos, serão agora, desenvolvidos atendendo à doutrina proposta por Courinha (2009).

O elemento meio corresponde à forma utilizada e escolhida pelo contribuinte para obter a vantagem fiscal pretendida. Pode aqui fazer-se referência à doutrina *step transaction*,<sup>113</sup> aceite pelos tribunais, que está relacionada com a sequência de atos praticados pelo contribuinte, atendendo ao conjunto de actos praticados na operação como uma unidade. Por vezes, não é só o último acto é fundamental mas sim a sequência de actos praticados pelo contribuinte. O acto com o qual se termina a operação surgiu e despontou de uma sequência de vários ctos onde podem terem sido realizados vários negócios jurídicos, há

---

<sup>112</sup> Courinha, Gustavo,L., *A cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Coimbra: Almedina, 2009, p.165

<sup>113</sup>Cfr. Acórdão TCAS, Processo n.º 04255/10. Nesta doutrina atendemos aos procedimentos ou operações intermediárias e o todo é desconsiderado em virtude do acto final.

uma cadeia temporal e fáctica. Isso permite perceber um esquema de natureza abusiva com o objetivo exclusivo de impedir a tributação, levando a uma interdependência entre eles. No entanto, não basta existirem diversos atos e um resultado fiscal, mas sim a demonstração pela AT do caráter pré-planificado e unitário daqueles atos. A AT terá que fundamentar todos os seus actos com a indicação destes elementos factualmente.

O elemento resultado representa a vantagem fiscal e a equivalência económica obtidas em virtude dos elementos identificados supra. A vantagem fiscal é um conceito relativo, que poderá ser densificado de muitas maneiras, quanto à delimitação nas comparações com o nível de tributação das diversas operações. Segundo Courinha (2009:172): *“as situações de vantagem fiscal devem entender-se, para efeitos da CGAA, como qualquer situação pela qual, em virtude da prática de determinados atos, se obtém uma carga tributária mais favorável ao contribuinte do que aquela que resultaria da prática dos actos normais e de efeito económico equivalente, sujeitos a tributação.”*

Ou seja, neste elemento, o objetivo é a demonstração do alcance de determinada vantagem fiscal por um sujeito passivo através de um acto economicamente equivalente ao do acto normalmente tributado.

O elemento intelectual determina a motivação do sujeito passivo, e é, por isso, subjetivo. Ao seu um elemento de cariz subjectivo a sua prova é bastante difícil e terá que ser acompanhada da factualidade evidenciada nos outros elementos. Esta determinação é importante, pois podem ser praticados actos ou negócios jurídicos com os fins descritos anteriormente sem que tenha havido uma motivação clara de lesar o Estado e de obter qualquer vantagem fiscal. Verifica-se por isso, neste elemento, que a motivação para a finalidade fiscal é preponderante sobre a finalidade não fiscal, não bastando um acto ou negócio jurídico em que se obtenha apenas um resultado fiscalmente vantajoso. Ou seja, se a motivação fiscal do contribuinte é a principal, senão a única motivação. Se existirem outras razões de ordem económica que sugiram a prática da operação, ou a necessidade de promover aquele tipo de atuação, então não se verifica o elemento intelectual.

Contudo, poderá existir a prática de um conjunto de actos em que para além de uma intenção fiscal pode também existir um motivo económico subjacente aquele comportamento. Ora, nesta situação será mais difícil determinar qual o móbil do negócio jurídico. Pese embora, haja certos critérios acessórios como seja a substancia sobre a forma.

O elemento normativo é de muito difícil apreciação<sup>114</sup>, conduzindo para a avaliação da censura ético-jurídica do comportamento do contribuinte, face aquela que era a intenção do legislador. Tem um grande peso e dificuldade perceber qual é o desejo do legislador. Este elemento pretende manter demonstrar o espírito e a intenção da lei, e não a sua leitura formal. A sua comprovação pode ser direta, podendo a intenção da lei ser investigada em relatórios, estudos, diplomas e outros documentos legais, sendo que, normalmente, o legislador ocupa-se de situações gerais e não de casos particulares.

Atendendo, ao que foi exposto, acerca do elemento normativo não poderemos deixar de frisar o pensamento de Courinha face a algumas decisões do Tribunal arbitral, nomeadamente, as decisões 47/2013, 51/2014 e 131/2014. Há duas posições doutrinárias subjacentes a esta querela vertida na jurisprudência dos tribunais arbitrais. Saldanha Sanches entendia que “ *só poderia qualificar-se um negócio jurídico como artificioso se da norma em que se baseia a AT para o fazer, fosse possível o sujeito passivo encontrar o fundamento da possível reacção administrativa, na qual sejam claramente assinalados os comportamentos susceptíveis de ser considerados, em função da intenção claramente expressa do legislador, como tendo a intenção principal de redução ilegítima da carga fiscal.* “ Saldanha Sanches <sup>115</sup>falava das chamadas *lacunas conscientes de tributação*, quando o legislador tinha permitido que se multiplicassem situações de não tributação.

Courinha<sup>116</sup> ao interpretar e identificar esta corrente jurisprudencial afirma que se concentram no elemento normativo com desprimor dos restantes elementos. O elemento normativo identifica a desconformidade do resultado obtido através do acto abusivo com o espírito do sistema fiscal.

O elemento sancionatório relaciona-se com a proposta de substituir os efeitos fiscais pelo ato que a AT considera normal, conduzindo por isso para a desconsideração do efeito fiscal da operação, dependendo da verificação cumulativa de todos os elementos anteriormente identificados.

A questão principal para a aplicação da CGAA passa pela distinção entre os negócios elaborados por razões económicas e fundados em razões económicas e os negócios

---

<sup>114</sup> Todo o raciocínio exposto segue, de perto, os ensinamentos de Gustavo Courinha.

<sup>115</sup> Sanches, J.M.Saldanha, A interpretação da lei Fiscal e o Abuso de Direito- Anotação ao Acórdão de 21 de Junho de 1995 do STA, in : Fisco n.º 74/75

<sup>116</sup> Courinha, Gustavo, L., A Clausula Geral Anti Abuso no CAAD: a insustentabilidade de uma Jurisprudência Contraditória, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano 7, n.º 3 Outono, 2015, pag. 179-196;

elaborados por razões meramente fiscais. Um método utilizado para entender essa motivação é o denominado *business purpose test*, sendo “uma razão comercial legítima tal como vir a ser demonstrada pelo sujeito passivo, em particular no caso de este ter adotado uma via pouco habitual” .

A CGAA sanciona o comportamento abusivo, caso este se verifique, considerando o ato ou negócio como ineficaz no âmbito tributário. Assim, a AT, tendo poderes para desconsiderar os atos ou negócios, adapta-os de forma a poder anular as vantagens fiscais primordiais, reconstruindo-os como se a motivação fiscal não tivesse lugar.

Esta reconstrução jurídica deve ser elaborada “realizando-se a tributação de acordo com a carga tributária que resultaria da aplicação direta da norma iludida e sem recurso aos meios que, assegurando sempre o resultado não fiscal equivalente, permitem a vantagem fiscal” (Courinha, 2009:187<sup>117</sup>). No entanto, não se pode recorrer à aplicação da CGAA em casos onde o legislador, por diversas razões, deixou que em determinadas situações certos tipos de negócios ou atos não fossem tributados, estando sempre salvaguardadas as alterações à lei que têm como objetivo a tributação dos mesmos, mas que a sua interpretação não segue a vontade do legislador. Um exemplo claro disso podia ser encontrado na antiga redação do CIRS sobre a tributação de mais-valias na alienação de quotas e de ações. Certo é que a divulgação pela AT das decisões sobre os diversos casos existentes constitui um alerta para os contribuintes sobre o pensamento administrativo, prevenindo o comportamento dos mesmos.

---

<sup>117</sup> Courinha, Gustavo,L., *A cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Coimbra: Almedina, 2009, p.187;

#### **4.2.O contributo da Jurisprudência – aplicação da Cláusula Geral Anti Abuso**

Tentou-se perceber como são redigidas as decisões referentes ao Planeamento Fiscal, identificou-se um conjunto de acórdãos dos TCAS e do CAAD, onde procuramos analisar a metodologia usada na aplicação da CGAA e se é esta, no contexto actual, o meio idóneo para responder as dificuldades de planeamento fiscal agressivo ou abusivo.

Os acórdãos analisados são sete, designadamente: Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) Acórdão CAAD de 03 de janeiro de 2015 (Processo n.º 240/2014-T); Acórdão CAAD de 22 de julho de 2014 (Processo n.º 208/2014-T); Acórdão CAAD de 16 de setembro de 2014 (Processo n.º 234/2014-T); Acórdão CAAD de 20 de dezembro 2013 (Processo n.º 47/2013-T); e Acórdão CAAD de 26 de novembro 2013 (Processo n.º 43/2013-T).

##### **a) Acórdão TCAS Processo n.º 04255/10<sup>118</sup>**

A Autora, Recorrente neste processo, não concordando com o despacho emanado pelo Director Geral dos Impostos que autorizou a aplicação das normas anti abuso, alegando no referido despacho, em síntese, que a requerente utilizou um esquema de planeamento fiscal abusivo.

O capital social da Requerente, “Recheio, SGPS, SA”, era detido à data de 31/12/2002, na percentagem de 84% pela sociedade “Servicompra – Consultores de Aprovisionamento, Lda.” e na percentagem de 15,9% pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”, e esta “Servicompra – Consultores de Aprovisionamento, Lda.” era detida na percentagem de 96% pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”.

A sociedade “Recheio, SGPS, SA” detinha a percentagem de 89% do capital social da sociedade “PSQ – Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários, Lda.”, sendo os restantes 11% detidos pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”, sociedade esta sediada na Zona Franca da Madeira (ZFM), isenta de I.R.C e tendo como objeto social a atividade de prestação de serviços na área contabilística e económica, elaboração de estudos económicos e sociais, entre outras similares.

---

<sup>118</sup> Seguimos, de perto, a factualidade exposta no acórdão;

A sociedade “EUROCASH – HOLDING BV”, com sede na Holanda, tinha o capital social detido em 99,99% pela sociedade “Recheio, SGPS, SA”, e foi posteriormente incorporada em 1998 na empresa “TAND BV”, sociedade igualmente sediada na Holanda detida em 99,99% pela sociedade “Recheio, SGPS, SA”. Por fim, a sociedade “HERMES” era detida 100% pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”, sediada na Zona Franca da Madeira e, por isso, igualmente isenta de IRC. A sociedade “Biedronka”, sediada na Polónia, tinha o capital social detido em 100% pela “Jerónimo Martins, SGPS, SA”.

A sociedade “Recheio, SGPS, SA” transferiu capital em diversas datas (distribuído por 39 actos específicos de transferências) para a sociedade “PSQ”, a título de prestações suplementares de capital. Por sua vez, esta transferiu a favor da empresa “EUROCASH”, anterior e posteriormente à sua incorporação com a empresa “TAND”, assumindo a responsabilidade dos empréstimos contraídos pela “EUROCASH”.

A sociedade “Hermes” efetuou vários empréstimos à sociedade “TAND”, sendo a obrigações decorrentes do contrato de mútuo (onde esses empréstimos constam) cedidos à sociedade “PSQ” através de celebração de contrato de cedência de posição contratual. De realçar que, no dia seguinte à cedência anteriormente referida, a sociedade “Recheio, SGPS, SA” transferiu para a “PSQ” determinado montante a título de prestação suplementar de capital, montante esse que “PSQ” transferiu, na mesma data, para a “Hermes”.

Também no mesmo ano, a “Recheio” transferiu capital para a “PSQ”, a título de prestação suplementar de capital, que esta transferiu por sua vez para a sociedade “MONT BLANC”, empresa sediada em Channel Islands, considerada não residente, na sequência de um contrato de empréstimo obrigacionista por um período de 10 anos.

Assim, os dividendos gerados pela “PSQ”, em resultado dos juros obtidos com os empréstimos, são distribuídos nas percentagens de 11% para a sociedade “Jerónimo Martins” e de 89% para a “Recheio” sem tributação, dada a isenção de IRC de que beneficia a “PSQ” e a dedução dos dividendos no cálculo do lucro tributável das sociedades “Jerónimo Martins” e “Recheio”.

A aplicação da CGAA deve consagrar os seus quatro pressupostos. No que diz respeito ao primeiro, o elemento meio prende-se com os empréstimos realizados pela sociedade “Recheio” a outras empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, através da sua participada “PSQ”, de forma pré-planeada. Apela também à consideração que os gerentes

da “PSQ” eram quadros integrados no grupo “Jerónimo Martins”, podendo, de certa forma, influenciar decisões do grupo. Quanto ao segundo pressuposto, o elemento resultado encontra-se explicitamente demonstrado dado o resultado elisivo em termos fiscais, uma vez que foram utilizados quer a isenção de IRC da participada “PSQ” para efetuar empréstimos a empresas do grupo, quer a dedução dos dividendos ao abrigo do artigo 46º do CIRC, em vez de juros tributáveis em sede do lucro tributável da sociedade “Recheio”. O terceiro pressuposto, o elemento intelectual, é justificado com o modo deliberado que a sociedade “Recheio” utiliza a sua participada “PSQ” para a concessão de empréstimos a outras empresas, eliminando a tributação dos seus juros, e assim demonstrada a motivação fiscal do contribuinte para a obtenção de vantagens fiscais. Por último, quanto ao quarto pressuposto, o elemento normativo encontra-se no comportamento anti jurídico da sociedade “Recheio” na aplicação da isenção de tributação obtida através da participada “PSQ”, sendo que a única atividade económica que esta desenvolve na zona franca da madeira consiste na aplicação das prestações suplementares que recebe da sociedade “Recheio” em empréstimos para entidades terceiras, não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objeto social. Também é frisado o acórdão do TJCE “Cadbury Schwepps”, segundo o qual: quando apenas respeito aos expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido não deverá aceitar-se a posição do sujeito passivo, a não ser que seja demonstrado que a referida sociedade controlada está realmente implantada no Estado-Membro e aí exerce atividades económicas efetivas.

Ora esta situação não acontece, no entender do tribunal, no caso em apreciação, pelo que conclui a existência do quarto pressuposto. Assim, o tribunal entende que se encontram reunidos os quatro pressupostos de aplicação da CGAA, encontrando-se os mesmos devidamente fundamentados. Ainda quanto à liberdade de gestão, constante no artigo 103º da CRP, mas o tribunal refere que há limites com que tal direito tem de confrontar. Nomeadamente sobre a matéria em apreciação, a lei prevê mecanismos de planeamento fiscal mas, ao mesmo tempo, pretendendo que se previnam a ocorrência de situações de evasão.

**b)Acórdão Processo n.º 240/2014-T do CAAD<sup>119</sup>**

Foi deliberado em Assembleia Geral que a Requerente adquirisse à acionista B (e administradora) 27.000 ações, representando 1,5% do capital social da sociedade no montante de 6.977.000,00€ e assim a aquisição foi efetivada. Assim, a AT obteve a autorização da aplicação da CGAA, desconsiderando a alienação de ações da acionista e enquadrando a operação como uma distribuição de dividendos. Dadas as circunstâncias, a AT aplicou a CGAA uma vez que os pressupostos estavam reunidos procedendo à liquidação adicional de imposto no valor de 1.395.400,00€.

Quanto à verificação dos pressupostos, as entidades têm posições opostas: a requerente não considera que os mesmos estejam verificados, e a AT considerem estarem reunidos os referidos requisitos, uma vez que os atos jurídicos foram dirigidos para a obtenção da eliminação total do imposto que seria devido. Assim, caso a Requerente tivesse pago integralmente o valor em dividendos, esse mesmo estaria sujeito a tributação enquanto rendimento da categoria E de IRS à taxa de 20%, concluindo assim que o elemento resultado se encontra evidenciado.

No entanto, o tribunal considera que a requerente tem razão na sua argumentação. O tribunal sustenta que os atos ou negócios jurídicos devem ser pautados por uma idêntica finalidade económica e, que para se verificar o elemento resultado, terá de ser evidenciado para além de uma vantagem fiscal, também uma equivalência de resultado e efeitos entre os dois negócios ou atos. O ato jurídico de compra e venda de participações sociais e o ato jurídico de uma distribuição de dividendos não são atos jurídicos de idêntico fim económico, dada a bilateralidade da compra a venda de ações (abdicando a acionista maioritária de capacidade de intervenção) e a unilateralidade da distribuição de dividendos. Assim, não se encontra verificado o elemento resultado e dado que a aplicação da CGAA pressupõe a verificação cumulativa dos seus quatro elementos, a falta de um deles mete em causa a apreciação dos demais elementos e a aplicação da mesma.

O tribunal entende que a CGAA não pode obstar às opções dos contribuintes na escolha entre dividendos e mais-valias, mesmo que estes optem por razões fiscais. Deliberadamente, o legislador fiscal promoveu precisamente essa opção fiscal com a não

---

<sup>119</sup> Seguimos de perto a factualidade exposta na decisão

tributação das mais-valias e tributação dos dividendos à taxa de 20%. O tribunal cita Gustavo Courinha, que considera que se deverá rejeitar a aplicação da CGAA aos casos em que “por força de uma opção de política legislativa, certas zonas propícias à obtenção de vantagens fiscais significativas, sejam deixadas fora de âmbito de tributação”, evidenciando que não estamos perante evidências de fraude à lei.

Uma vez que a acionista em questão já detinha as ações referidas há mais de vinte anos, por força da aplicação do artigo 5º do D.L. nº 442-A/88, de 30/11/50, a mais-valia em causa estaria fora de âmbito de incidência de IRS, facto não contestado pela AT.

**c)Acórdão Processo n.º 208/2014-T<sup>120</sup>**

Em 2001, foi constituída a sociedade unipessoal por quotas “B” com o capital social de 435.000,00€, dedicando-se à atividade farmacêutica. Em 2007, a sociedade passou a ter cinco sócios, sendo que a quota da requerente manteve-se no valor nominal de 434.600,00€, ou seja, 99,9% do capital da sociedade. No mesmo mês, a sociedade foi transformada em sociedade anónima “C” – com a sua devida fundamentação essencialmente económica e empresarial – representada por 87.000 ações com o valor nominal de 5,00€, distribuídas da seguinte forma: “A” com 86.920 ações; “D”, “E”, “F” e “G” com 20 ações cada um.

Em 2009, a Requerente vendeu a “D” as ações que detinha na sociedade “C” pelo preço de 3.696.597,70€. Assim, a mesma obteve uma mais-valia não tributável, por se tratar de transmissão de ações detidas por mais de 12 meses.

Tendo em conta os negócios jurídicos da transformação da sociedade em sociedade anónima e posterior venda de ações, é inequívoco que com este tipo de sociedade se beneficiaria de um regime legal de tributação mais vantajoso do que se o fosse realizado em sociedade por quotas, verificando o elemento resultado.

Quanto aos elementos meio e intelectual, embora o elemento resultado indique os seus preenchimentos, devem-se ter em atenção as possíveis razões existentes para além das razões fiscais, justificativas de tal operação. Assim, o tribunal entende que não existem

---

<sup>120</sup> Seguimos de perto a factualidade exposta na decisão;

elementos que permitam um juízo de poupança fiscal em absoluto. Conclui-se, então, que não se verifica um dos pressupostos de aplicação da CGAA – o elemento intelectual.

Por fim, o TA recorre à deliberada vontade do legislador fiscal da existência de lacunas conscientes de tributação<sup>121</sup>, procurando o incentivo de transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas, formas de organização mais avançadas, proporcionando tendencialmente uma gestão mais profissionalizada e eficiente. Assim, não se considera igualmente verificado o elemento normativo.

Consequentemente, não se verifica uma situação enquadrável no n.º 2 do artigo 38º da LGT, por não existir um ato que se possa considerar dirigido essencial ou primacialmente à obtenção de vantagens fiscais e por não ter sido utilizado qualquer meio artificioso ou fraudulento para a obtenção de vantagens fiscais. A diferença de tratamento entre as diversas formas societárias resulta de um longo caminho que o legislador tomou em virtude da não tributação dessas situações, privilegiando e promovendo a adoção desse tipo de sociedade.

#### **d)Acórdão Processo n.º 234/2014-T**

Em 1995 foi constituída a sociedade C, Lda. O capital social ascendia a 274.338,84€, sendo o sócio A detentor de uma quota no valor de 246.904,96€ (90% do capital) e a sócia B detentora de uma quota no valor de 27.433,88€ (10% do capital).

Em 2008, foi deliberado em Assembleia Extraordinária um aumento de capital no valor de 721.661,16 a realizar por incorporação de reservas pelos sócios A e B e no valor de 4.000,00€ a realizar por dinheiro, com a entrada de novos sócios. Assim, o sócio A ficou com uma quota no valor de 896.400,00€ (89,64%) e a sócia B com uma quota no valor de 99.600,00€ (9,96%). O remanescente do aumento de capital foi realizado em dinheiro por quatro sócios (sócios E, F, G e H), no valor de 1.000,00€ cada um, correspondendo a 0,10% cada respetiva quota.

Para além do aumento de capital, foi deliberada a transformação de sociedade por quotas em sociedade anónima para C, SA, mantendo o seu objeto social e passando os acionistas a deterem ações no valor nominal de 1,00€ cada. Este aumento de capital foi justificado com as possibilidades mais amplas de financiamento, facilitando a obtenção de fundos alheios e apresentando vantagens económicas quanto à dispersão do capital através da mobilização

---

<sup>121</sup> Seguimos de perto a factualidade exposta na decisão

de recursos e eventuais alianças estratégicas, e, por fim, a facilidade de negociabilidade das ações.

Em fevereiro de 2010, deliberou a Assembleia Geral Extraordinária da sociedade a alteração do objeto social, passando de “fabricação de aparelhos receptores de som e imagem, antenas parabólicas” para “fabricação de aparelhos receptores de som e imagem, antenas parabólicas, compra a venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim, locação de imóveis próprios ou de terceiros e a prestação de serviço conexos”. Já em julho do mesmo ano, deliberou-se um projeto de cisão simples, resultando a constituição de uma nova empresa, a C, SA, tendo como objeto social o mesmo que a anterior sociedade por quotas detinha e a empresa cindida, a C -, SA alterando o seu objeto social para “compra a venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim, locação de imóveis próprios ou de terceiros e a prestação de serviços conexos”, sendo o capital social reduzido para 100.000,00€. Em 2011, terá sido alterada a designação social da empresa C -, SA para D, SA.

Em 2009, foi constituída a C, SGPS, SA, com um capital social de 50.000,00€, tendo como acionistas os mesmos acionistas da sociedade C, SA, sendo a sua atividade exercida por A, B, E e F. Em 2009 foram efetuados contratos de transmissão de ações, onde os acionistas da sociedade C, SA alienaram a totalidade das suas ações para a sociedade C, SGPS, SA pelo preço de 14.000.000,00€, o que corresponde um preço unitário de 14,00€. Assim, foi reconhecido um crédito dos acionistas da C, SA na contabilidade da C, SGPS, SA no mesmo montante, acordado através de um plano de pagamento.

Resumidamente, os negócios jurídicos em causa passam pela transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, a constituição de uma sociedade SGPS, a alienação das ações da sociedade operacional à SGPS e, por fim, a constituição de um direito com o seguimento destes diversos atos ou negócios jurídicos, a alienação das participações tornou-se isenta de tributação, dado que se tratou de ações detidas há mais de 12 meses, isenção esta que não seria alcançada sem a transformação da sociedade.

Quanto à análise dos pressupostos de aplicação da CGAA, o elemento resultado parece estar preenchido, dado que os requerentes obtiveram uma clara vantagem fiscal com a transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, sendo que foram beneficiados por um regime legal de tributação mais vantajoso do que a primeira. Já no elemento meio e intelectual, a opinião do TA diverge. Os requerentes alegam existirem

razões que vão para além das meramente fiscais a justificar a concretização das operações em causa pelo que não existem elementos que possam comprovar que a obtenção da vantagem fiscal tenha sido o principal ou único objetivo desta operação, havendo boas razões económicas que aconselhavam tal transformação.

O tribunal recorre, quanto elemento normativo, ao exemplo da lacuna consciente de tributação, uma vez que foi opção do legislador que o contribuinte obtivesse vantagens fiscais através da exclusão de tributação de alienações de ações detidas há mais de 12 meses. Por isso, não se verifica uma situação enquadrável no n.º 2 do artigo 38º da LGT, pois não existe nenhum acto que possa considerar-se essencial ou primacialmente à obtenção de vantagens fiscais.

**e)Acórdão Processo nº 47/2013-T<sup>122</sup>**

A requerente, pessoa singular, adquiriu em 2005 duas quotas, E e H, por preço igual ao seu valor nominal, 2.500,00€ cada, à sociedade A. Em 31/07/2008 foi celebrado um contrato promessa de compra e venda de participações sociais entre B, SA e os sócios da sociedade A, que se comprometem a vender à primeira 90% do capital da sociedade. Em 29/10/2008, os sócios da sociedade A deliberam transformar a sociedade por quotas em sociedade anónima. A sociedade B, SA é uma sociedade integrada no grupo de sociedades controladas pela sociedade suíça I, SA, à qual cedeu a sua posição contratual. A 31/10/2008, ou seja, dois dias após a deliberação supracitada, a requerente vende a sua participação social a I, SA correspondente a 5.000 ações ordinárias com o valor nominal de 1,00€ cada, pelo preço de 356.006,75€, sendo a correspondente mais-valia excluída de tributação.

Numa análise mais profunda acerca dos pressupostos de aplicação da CGAA, o tribunal entendeu que o elemento meio se considera fundamentado. A transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima e a venda das participações sociais representam uma combinação de dois atos que resulta na eliminação do imposto que seria devido. Embora a transformação societária possa constituir um ato normal na vida de uma sociedade com a sua devida justificação económica, esta sociedade não o fez, não existindo assim qualquer

---

<sup>122</sup> Seguimos de perto a factualidade exposta na decisão

motivação económica subjacente à transformação da sociedade. Na própria aplicação do *business purpose test*, entende-se que esta operação não consegue passar esse teste, pois as únicas razões que a sociedade requerente apresenta são razões relacionadas com a dinâmica da sociedade (crescimento e diversificação da atividade da empresa, entre outras) e razões ao nível dos sócios (associação com outras entidades em face de novas oportunidades).

Quanto ao elemento resultado, é aferido pela comparação com a operação “normal”. Ou seja, a tributação a 10% da mais-valia resultante da diferença entre o preço de realização e o preço de aquisição das ações, com a operação efetuada, pela isenção de tributação da mais-valia resultante da venda de quotas. O resultado económico derivado da aquisição pela compradora de 90% da sociedade, seja qual forma societária que a sociedade assumisse, seria sempre a obtenção do controlo da sociedade, e por isso não existe qualquer razão económica na transformação societária. Assim, dada a equivalência económica da venda da sociedade e a diferença no resultado fiscal desta operação, conclui o tribunal que foi a motivação fiscal que determinou essencialmente a atuação do contribuinte.

Para a verificação do elemento intelectual é necessário recorrer a indícios, sendo que o maior indício que a AT parece ter em consideração é o facto de o período decorrido entre a transformação societária e a venda de participações ter sido apenas dois dias. A isso acresce-se a falta de vantagens que a transformação trouxe aos vendedores e ao contrato-promessa celebrado três meses antes, havendo um período suficiente disponível para proceder à operação. Outro indício assenta no facto da inutilidade, tanto para os compradores como para os vendedores, das razões económicas apresentadas que motivaram, supostamente, a transformação societária. Logo, dada a irrelevância da operação, como também na irrelevância da operação para a formação do preço, apenas se pode concluir que a operação se realizou pela vantagem fiscal.

Quanto ao elemento normativo, embora a requerente apresente como indiscutível a vontade da própria lei em que o contribuinte obtenha determinados resultados fiscais com a tributação de mais-valias de ações e não de quotas (as apelidadas lacunas conscientes de tributação), à semelhança de diversos argumentos apresentados em decisões arbitrais anteriormente realizadas, o TA recusa seguir essa posição. A CRP e a lei pressupõe a tributação segundo a capacidade contributiva, princípio este aplicável mesmo quando a

tributação incide sobre a alienação de participações sociais. O aproveitamento ilícito do regime de exclusão tributária não pode deixar de merecer censura normativa por parte do ordenamento jurídico, sendo esse o principal objetivo da CGAA – sancionar comportamentos abusivos, no qual se inclui a transformação societária por razões unicamente fiscais. Ainda se considera que a vontade do legislador não é premiar aqueles que alteram a forma societária antes da alienação com a intenção única de escapar à tributação. Dado os argumentos expostos, considera-se o elemento normativo verificado.

**f) Acórdão Processo n.º 43/2013 – T<sup>123</sup>**

A 31 de julho de 2008, os sócios da sociedade “Laboratório de Patologia Clínica, Lda”, de agora em diante denominada como LPC, celebraram um contrato promessa com a empresa LABS, SA, de agora em diante denominada como LABS, em que os primeiros se comprometem em alienar à segunda pelo menos 90% do capital da sociedade LPC, quer se trate de ações quer se trate de quotas. No entanto, existem diversas referências ao consentimento e conhecimento do processo de transformação da sociedade anónima, estando esta transformação ao encargo dos vendedores. Ou seja, da sociedade LPC e que os vendedores se comprometem a que a sociedade se mantenha apenas em gestão corrente até à efetivação da venda, com exceção da transformação da sociedade em sociedade anónima.

A participação de D e sua esposa (Requerente) foi adquirida em 2002, pelo valor de 4.987,98€, fruto da venda de duas quotas de 2.493,99€ cada aos sócios J e M e havendo um aumento de capital, em dinheiro, pelos sócios, na proporção das suas quotas, passando a deter uma quota com o valor nominal de 5.000,00€.

A 29 de outubro de 2008 foi aprovada por unanimidade a transformação da sociedade em sociedade anónima, invocando razões relacionadas com a dinâmica da sociedade e ao nível dos sócios, passando o sócio D e esposa a serem titulares de 5.000 ações, com o valor unitário de um euro, representativas do capital social total de 100.000,00€.

---

<sup>123</sup> Seguimos de perto a factualidade exposta na decisão

A 31 de outubro de 2009, dois dias após a transformação societária, realizou-se a venda de 90% das participações sociais da LPC, sendo a adquirente a empresa LABS, vendendo D e esposa as 5.000 ações que detinham pelo preço de 356.006,75€. Em 2009, a requerente não entregou qualquer declaração de rendimentos, tributáveis ou não, sendo que na audiência prévia sobre a aplicação da CGAA, a requerente considera não verificados os requisitos de aplicação da CGAA, dado que a lei concedia diretamente tratamento fiscal favorável.

O TA realça que a requerida considera essencial a possibilidade da entidade ser sociedade anónima ou por quotas, mas despreza completamente as inúmeras indicações e referências que o contrato promessa faz à transformação societária, a realizar antes da venda da sociedade. No entanto, entende-se que embora a transformação societária seja importante para a compradora, a falta desta não seria motivo de incumprimento do contrato promessa.

O TA sustentou que a requerida valorizou apenas alguns factos, como a data da transformação, dando pouca ênfase a outras informações constantes no contrato promessa sobre a questão da transformação anterior à cessão, bem como a permanência de um sócio maioritário, que detinha 10% do capital social. Procede-se, depois, à análise da verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA. Quanto ao elemento resultado, será perceptível que o resultado alcançado com a alienação de ações é consideravelmente mais vantajoso fiscalmente do que o resultado alcançável com a alienação de quotas, caso a transformação societária não se tivesse verificado. Nos elementos meio e intelectual, o TA refere que a proximidade de datas entre a transformação e a alienação de ações pode não significar, necessariamente, que os adquirentes não tivessem um interesse em que essa transformação ocorresse antes da venda. Através da leitura do contrato promessa, parece existir certeza quanto à ocorrência da transformação, a ser realizada anteriormente à alienação. Assim, a step by step doctrine pode ser descartada. O TA considera que, quanto ao elemento normativo, este não pode ser interpretado como uma norma da CGAA que pressuponha uma obrigação geral dos contribuintes deverem optar pelas opções negociais que resultassem maior tributação. A AT invoca a existência de um negócio artificioso, dado que, segundo a lei, constituía um incentivo ao desenvolvimento do mercado de capitais, atraindo investimentos, não beneficiando de vantagens de curto prazo, como a da exclusão de tributação da mais-valia venda de ações através da transformação da sociedade, processo que esta considera como artificioso e injustificado. No entanto, o TA considera

que estas observações não legitimam a tributação, sendo que se conclui que, em situações idênticas, este elemento não se encontra verificado para a aplicação da CGAA.

Realça-se, ainda, que mesmo que a transformação societária fosse com o único objetivo a obtenção de vantagens fiscais, esta nunca poderia ser considerada como planeamento fiscal abusivo, uma vez que o legislador optou por tributar em sede de IRS as mais-valias de quotas e não as mais-valias de ações, mencionando a denominação desta lei como uma lacuna consciente de tributação.

Uma vez que os pressupostos de aplicação da CGAA não se encontram inteiramente verificados, é procedente o pedido de declaração de ilegalidade da liquidação de IRS.

### **4.3. Síntese Conclusiva:**

Atendendo os que foi exposto relativamente a cada caso em concreto, pode verificar-se que os tribunais, por regra, são ainda mais comedidos, do que a AT, na aplicação da CGAA e na, maior parte das vezes afirmando uma aplicação errónea da CGAA.

Há, claramente uma corrente no sentido de ilegalidade na aplicação da CGAA quando não se verificam os seus pressupostos de aplicação e/ou porque se está no âmbito de uma lacuna querida pelo legislador.

Como podemos observar, na maioria dos acórdãos em estudo foi declarado procedente o pedido efetuado pelos contribuintes para a declaração de ilegalidade na liquidação de imposto, fruto de aplicação da CGAA. Qual foram os argumentos chamados à colação pela jurisprudência?

Embora todos os acórdãos sejam no âmbito da aplicação da CGAA, o acórdão do grupo Jerónimo Martins corresponde a um caso muito específico sobre planeamento fiscal e diferente do tema dos restantes acórdãos – o aproveitamento da vantagem fiscal obtida através da alínea a), do n.º 2, do artigo 10º do CIRS. O TCAS considera que existe um esquema de planeamento fiscal abusivo para alcançar um determinado resultado fiscal, e esta é a única ou principal motivação da criação da sociedade. A requerente chamava a atenção para a perspectiva de investimento na Polónia não levando em conta a doutrina da opção fiscal. Assim sendo, optou-se por considerar que se tratava de um caso de evasão fiscal, uma vez que a criação da sociedade na zona franca da madeira tinha como único objetivo a obtenção de uma vantagem fiscal, dado que não havia qualquer outro indício de atividade comercial.

No que concerne aos restantes acórdão basicamente estão focados na liquidação adicional de IRS devido à utilização da vantagem fiscal existente no CIRS quanto à alienação de ações detidas há mais de 12 meses. Assim, o tribunal arbitral vai no sentido da procedência quanto ao pedido de declaração de ilegalidade no ato de liquidação de imposto.

As requerentes esgrimem basicamente os seguintes argumentos: (a) há violação do dever de boa-fé por parte da AT na fundamentação da decisão de aplicação da CGAA; (b) não têm em consideração os diferentes tipos de negócios que são celebrados; (c) não têm em consideração as vantagens económicas e empresariais das operações realizadas; (d) a própria lei estimula estes comportamentos, são lacunas tidas em consideração pelo legislador; e) não se verificam todos os pressupostos cumulativos da CGAA.

A AT alega em síntese que faz: (a) a prova de todo o itinerário artificioso e fraudulento que as requerentes adoptam para a fuga ao pagamento de imposto; (b) a inexistência de justificação económico-financeira para o ato e/ou negócio realizado; e (c) a verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA.

Nos diversos acórdãos, tanto do tribunal judicial como do tribunal arbitral verificamos que em ambos se identifica os que se considera planeamento fiscal legítimo, ilegítimo, abuso, se há ou não racionalidade económica subjacente aos negócios jurídicos.

Na maioria dos casos é referido a denominada *step by step transactions*, dada a possível existência de uma sucessão de atos e/ou negócios, com o objetivo comum de alcançar uma vantagem fiscal e assim o legislador aplicar a designada *step transaction doctrine*. No acórdão TCAS, entende-se que este mesmo esquema acontece, pela receção de acréscimos patrimoniais como dividendos isentos, ao invés de juros tributáveis, que seria de esperar num cenário normal e equivalente.

Quanto à liberdade de gestão, prevista no art.º 103.º da CRP existem de facto posições contraditórias. Embora a liberdade de gestão esteja consagrada na CRP, nomeadamente quanto à forma e organização da empresa, financiamento, local da sede da empresa, políticas de gestão. Por isso, existem limites com que tal direito se tem que confrontar como sejam situações de evasão ou fraude fiscal por razões de justiça social. Assim, por princípio, as operações de planeamento fiscal são lícitas. No entanto, devem-se distinguir atos e negócios que a lei considera abusivos e que não correspondem à vontade do legislador e por isso regulados por cláusulas anti abuso, que impõem limites ao direito ao planeamento fiscal.

Para a aplicação da CGAA é necessário a verificação dos cinco requisitos referentes à aplicação da CGAA : os elementos meio, intelectual, resultado, normativo e sancionatório. Assim, dada a importância deste procedimento na decisão do TA e do TCAS, iremos analisar a interpretação e aplicação em cada acórdão, elemento a elemento.

O maior entrave na verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA é precisamente no elemento intelectual e no elemento normativo, devido ao carácter subjetivo do primeiro, e a descoberta da mens do legislador.

O elemento meio tem a ver com a forma utilizada, ou com a prática de certos atos ou negócios dirigidos, essencial ou principalmente, à redução eliminação ou diferimento temporal de impostos. Não é só o último ato que é relevante, mas sim a cadeia ou

**Comentado [I3]:** Colocar o estudo do dr. Courinha e o estudo de outros países da UE

sequência de outros atos, o ato final para este efeito resulta de uma sequência de operações, existindo efetivamente uma sequência temporal na qual foram realizados estes negócios jurídicos, permitindo perceber um esquema de natureza abusiva com o objectivo exclusivo de impedir a tributação. Por exemplo, no acórdão TCAS, os negócios em causa demonstram a colocação de movimentos financeiros por várias empresas do grupo provenientes de empréstimos concedidos, passando por empresas terceiras beneficiárias desses empréstimos e conseguindo, através da utilização de uma empresa sediada na zona franca da madeira, com que os juros não fossem tributados, considerando o elemento meio verificado. Na maioria dos casos é mencionada a denominada *step transaction doctrine*, subjacente à argumentação da AT.

O elemento resultado tem a ver com a motivação fiscal como fim da atividade do contribuinte. Ou seja, com a redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos. No que diz respeito a este elemento, no acórdão TCAS considera-se clara a prova da sua existência, uma vez que foi utilizado um regime fiscal claramente mais favorável para efetuar empréstimos a entidades terceiras e beneficiando dos dividendos dedutíveis ao abrigo do artigo 46º do CIRC, verificando-se assim o pressuposto. No que diz respeito aos restantes casos, comparando os negócios jurídicos da transformação da sociedade em sociedade anónima e posterior venda de ações e a eventual manutenção da sociedade por quotas e a subsequente venda das quotas, é claro que o primeiro negócio beneficia de um regime fiscal bastante mais vantajoso

O elemento intelectual consiste na motivação fiscal do contribuinte. Ou seja, com o facto dos atos ou negócios pelo mesmo praticados serem essencial ou principalmente dirigidos ao resultado, que é a vantagem fiscal. Se houverem outras razões de ordem económica que sugira a operação ou a necessidade de promover aquele tipo de atuação, então não se verifica o elemento intelectual. Aqui, na maioria dos casos, existe uma intenção fiscal, mas não se pode negar de todo que exista uma motivação económica acessória, dado que o contribuinte invoca uma opção económico-financeira. No âmbito deste elemento, conexo com o elemento meio, no acórdão TCAS a empresa utilizou a filial sediada na zona franca da madeira para conceder empréstimos a outras empresas, beneficiando da isenção de IRC, convertendo juros tributáveis em dividendos isentos, confirmando a verificação deste elemento. Embora, na globalidade dos casos, as alegações da AT recaem para a existência de razões que vão para além das meramente fiscais a justificar a concretização das

operações, o TA considera que não há elementos que permitam formular uma conclusão no sentido de a obtenção de vantagem fiscal ter sido o motivo exclusivo ou principal das operações, sendo que teria que se ficar necessariamente numa situação de dúvida.

O elemento normativo tem a ver com a reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida, caso o contribuinte atue com o abuso das formas jurídicas. É um elemento muito difícil de apreciação, pois conduz para a avaliação da censura ético-jurídica do comportamento do contribuinte face à intenção do legislador. Não só o elemento racional é muito subjetivo, como ganha cada vez mais peso, com o objetivo de perceber qual é o desejo do legislador. Existem muitos casos em que há uma falta de esclarecimento nas normas que contenham uma intenção implícita, e essa intenção deliberada do legislador confere um convite à opção. No acórdão TCAS, o comportamento do contribuinte afigura-se antijurídico, pois a única atividade económica da empresa sediada na zona franca da madeira é a aplicação das prestações suplementares que a mesma recebe da empresa-mãe e transfere para outras empresas, não possuindo meios físicos para a prossecução do seu objeto social. Porém, na maioria dos acórdãos é dado como exemplo a lacuna consciente de tributação, sublinhando que se o legislador tributa as mais-valias das vendas de quotas e não das vendas de ações, então não poderá de deixar aceitar fiscalmente a transformação societária, mesmo que esta seja motivada por razões exclusivamente fiscais. É o legislador que opta expressamente por tributar uma operação e não tributar a outra.

Para finalizar, o elemento sancionatório, relaciona-se com a proposta de substituir os efeitos fiscais pelo ato que a AT considera normal, conduz-nos, por isso, para a desconsideração do efeito fiscal da operação. Caso a verificação dos cinco elementos tenha sido positiva, então será declarada a ilegalidade do ato de liquidação adicional de imposto e, por isso, julgado improcedente o pedido do mesmo, ocorrido no Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) e no Acórdão de 20 de dezembro de 2013 (Processo n.º 47/2013-T). Nos restantes acórdãos, observa-se uma tendência na (não) verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA, pelo que os pedidos de declaração de ilegalidade de liquidação foram considerados procedentes, justificando que não existe, de facto, qualquer proibição de optar por uma operação fiscalmente mais vantajosa, quando essa opção não é artificiosa nem proibida por lei.

## Capítulo IV

### 5.- Contribuições: o hodierno Sistema Fiscal Internacional e as Cláusulas Gerais Anti Abuso

As questões, que orientam esta dissertação prendem-se, com a necessidade de percepção da eficiência das Cláusulas Gerais Anti Abuso, como medidas anti abuso. Qual o impacto que têm no planeamento fiscal abusivo ou na terminologia inglesa na luta contra o *tax avoidance* e, eventualmente na luta contra o planeamento fiscal agressivo. E, serão as CGAA um instrumento legal que em si mesmo garanta o balanço entre os direitos do Estados à receber os seus impostos e a o direito dos contribuintes, na esteira da liberdade de gestão, poder fazer uso do planemenato fiscal?

Na tentativa de dar resposta a estas questões elencam-se vários tópicos de onde pretendemos retirar a conclusão a estas questões.

#### 5.1- O direito dos Estados ao Imposto e o Direito das Multinacionais ao Planeamento Fiscal

O Sistema Fiscal Internacional não se encontra em consonância com a realidade económica e financeira dos nossos dias.

O sistema fiscal permaneceu intocado perante a integração económica. Os sistemas fiscais são confrontados com três áreas em que se levantam diversos problemas: (a) sistemas fiscais nacionais sofrem pressão ao nível das receitas na medida em que os lucros e as fontes de rendimento são colocadas e tributadas em países de baixa tributação retirando privando países das suas receitas. Este rendimento colocado em países de baixa tributação raramente são repatriados para o país de origem mas são reinvestidos nesses países de baixa tributação ou em paraísos fiscais. (b) Há uma tendência que o capital flua pelo globo sem que nenhum país consiga tributar adequadamente os rendimentos. (c) O uso de meios de comunicação como a internet abre o desenvolvimento para novas formas de fazer negócios. <sup>124</sup>Actualmente devido à globalização já não se torna necessário a presença física nos mercados e a tributação não se faz de acordo com o princípio da territorialidade.

---

<sup>124</sup>Disponível <http://www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm>

O problema central, hoje nas políticas financeiras reside também no desenho do sistema fiscal onde são tomadas diversas decisões no que diz respeito à estrutura do sistema com implicações ao nível económico e financeiro, no fundo trata-se, de desenvolver a designada política fiscal ( Mirrlees, 2006)<sup>125</sup>. O Sistema Fiscal de cada Estado deve ser desenhado de acordo com três critérios (principais): (1) a equidade, (2) a eficiência económica e a (3) simplicidade (Alm, 1996; Rawls, 1971)<sup>126</sup><sup>127</sup>. O respeito pelas actividades económicas dos privados deve ser respeitado e até para o próprio sistema fiscal se tornar eficiente deverá permitir que os contribuintes possam planear os seus assuntos fiscais.

Os fenómenos, como a evasão fiscal, elisão, planeamento fiscal agressivo e abusivo, que preocupam actualmente diversas organizações, desde a OCDE, os G20, a EU, devem ser estudados no sentido, de os Estados perceberem o motivo destes comportamentos por parte dos contribuintes e, porque não cumprem os grandes contribuintes as suas obrigações fiscais (Slemrod & Yitzhaki, 2002)<sup>128</sup>.

Para atingirmos os objectivos, supra mencionados, para a política financeira o comportamento dos contribuintes é uma determinante fulcral (Alm, 2012). Actualmente, não devemos reduzir o propósito do sistema fiscal só a estes objectivos uma vez que a obtenção de receitas está claramente ligada a todas as actividades que o Estado desenvolve e é uma das formas de se regular também as actividades económicas privadas (Avi-Yonah, 2006).<sup>129</sup>

Sanches (2009) referia o efeito que os diplomas legais poderiam ter nas decisões do mercado, isto porque determinadas falhas legislativas podem não comprometer as decisões de mercado. Contudo, há decisões que massificadamente aplicadas podem corromper a neutralidade fiscal, permitindo que soluções não economicamente eficientes sejam compensadas pelas vantagens fiscais obtidas e seja frustrada a distribuição de encargos tributários. Ora, neste âmbito as CGAA poderão inclusivamente aumentar a segurança jurídica em prol de uma maior justiça fiscal. A vontade do contribuinte não pode ser um factor determinante na estipulação da carga fiscal, devendo ser mais eficiente em termos económicos.

---

<sup>125</sup> Mirrless, J., Welfare, incentives and taxation, Oxford University Press

<sup>126</sup> Alm., J., Measuring, Explaining and controlling tax evasion: lessons from Theory, experiment, and field studies. *International Tax and Public Finance*, 19, p.54-77

<sup>127</sup> Rawls, J. *A theory of Justice*, Harvard University Press, 1971

<sup>128</sup> Slemrod, J., & Yitzhaki, S. Tax avoidance, evasion, and administration. *Handbook of public economics*, 2002, 3, 1423-1470.

<sup>129</sup> Avi Yonah, R., (2006). The Three Goals of Taxation. *Tax law Review*, 60(1), 1-28

Este comportamento, oportunístico, das MNCs, que aproveitam as fraquezas dos sistemas fiscais, e que conduz ao *agressive tax planning or tax avoidance* são motivadas pelos próprios Estados, ao construírem as suas políticas financeiras e económicas. Por exemplo, uma legislação fiscal mais favorável, o direito societário e as regras da governança das sociedades comerciais, motivam as MNCs (Mintz, 2004)<sup>130</sup>. Sem dúvida, que podemos extrair daqui que as políticas dos Estados têm a capacidade de influenciar as actividades económicas e muitas vezes para introduzirem políticas que podem obstar ao normal funcionamento da economia (Desai, Foley and Hines, 2004)<sup>131</sup>. Há imensa literatura que nos demonstra a importância dos sistemas fiscais na tomada decisões das MNC contudo, actualmente, mais do que nunca o efeito destas políticas prende-se com a localização das MNCs que poderá ser o sítio onde desenvolvem a sua actividade ou, o mais comum o sítio onde têm uma *mail box companie*, um apartado fiscal (Desai, Foley and Hines, 2004).

Face a este contexto, impulsionador da concorrência fiscal entre os Estados, motivos da grande preocupação revelada pela OCDE e na EU que é como tributar de acordo com a localização onde os lucros são criados.

Todavia, ambas as organizações não têm trabalhado na estrutura de princípio do Sistema Fiscal que passará pela coordenação de princípios e regras de tributação. Assim, as CGAA não foram desenhadas para substituir políticas do Estados o âmbito de aplicação das CGAA é prevenir o abuso e não substituir as políticas por parte dos Estados ou até mesmo o papel do legislador. Desta feita, seria necessário trabalhar em princípios como o da residência ou da fonte. Ou mesmo, trabalhar conceitos como o da substância que no âmbito das estruturas das empresas, por vezes labirínticas, criadas para explorar as diferenças entre as diversas jurisdições, poderia funcionar como critério de situações anómalas.

## **5.2.As cláusulas Gerais anti- abuso como instrumento fulcral de mudança na luta contra o planeamento fiscal agressivo e abusivo?**

Nas palavras de Freedman (2014: 167<sup>132</sup>) “*as cláusulas gerais anti abuso são uma parte essencial dos sistemas fiscais actuais, uma vez que as cláusulas específicas anti abuso não conseguem fazer face a todos os esquemas*”. As CGAA têm de facto elementos valiosos para combater conluios artificiais e os Estados têm visto as CGAA como um último reduto contra a luta da evasão fiscal, abuso e planeamento fiscal agressivo.

As CGAA, deveriam mediante o seu elemento normativo, possibilitar traçar a linha entre o planeamento fiscal agressivo e abusivo. Courinha (2015:180) entende que tem existido por parte de algumas decisões do tribunal arbitral uma subversão entre o papel do aplicador e o papel do legislador e tem apoiado esse seu raciocínio em algumas notas que segundo o seu entendimento desconsideram o elemento normativo da CGAA.

Este autor entende que terá que se indagar “*se negócio praticado merece o juízo de reprovação pelo Ordenamento Fiscal.*” O pensamento do autor permite reiterar o que já fomos escrevendo sobre as normas anti abuso e a sua relação com o poder legislativo. Assim, “*face a cada estrutura analisada pela AT dever-se-á atestar a intenção da norma, ou bem, a princípios essenciais de um determinado sector de tributação são contrários à aceitação daquele resultado.*”

O autor entende que as CGAA funcionam como um *instrumento de aperfeiçoamento do sistema e impedimento de contorno da Lei Fiscal*. Em termos de constitucionalidade das CGAA este elemento terá que necessariamente verificar-se, o aplicado do Direito não pode substituir-se à Assembleia da República, colmatando falhas, rectificar opções. Esta situação está prevista nas decisões 47/2013, 51/2014 e 131/2014.

O facto é que na realidade as CGAA são pouco usados o que se verifica em Portugal pela parca jurisprudência a decisões que temos. Há países como a França e a Holanda onde são raramente invocadas. Na Itália há uma tendência de crescimento e na Suécia a GAAR não é usada raramente.

---

<sup>132</sup>Freedman, Judith, Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance 20 (3) *Asia-Pacific Tax Bulletin* 167; Oxford Legal Studies Research Paper No. 53/2014, 2014, disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2488541](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2488541)

Contudo, a nosso ver, parece-nos que, falta um critério orientador para que se possa fundamentar as soluções, ou seja, um índice de substância económica que se pudesse aplicar aos negócios jurídicos e, falta, o elemento fundamental para a sua aplicação não se transformar labiríntica que mais não é do que, um ordenamento fiscal coordenado e uma correcta construção das normas de incidência.

Nas palavras de Fernandes de Oliveira (2019:135)<sup>133</sup> “*a nossa GAAR mais não é do que uma norma de sobreposição sobre todo o ordenamento jurídico fiscal, que permite, verificadas as condições e requisitos que consagra, alargar a incidência tributária ou excluir incidências tributárias? Isto é, a nossa CGAA não cria incidência tributárias por si só. Ora, é da conjugação da previsão da nossa GAAR com as previsões de outras normas criadoras de incidência tributária, resulta um alargamento, por força da combinação da estatuição da nossa CGAA com a estatuição dessas outras normas de incidência tributária.*”

Destarte, e em face do que avançamos até agora, parece-nos que não será pelo aparecimento de CGAA que se poderá combater eficazmente certos fenómenos mas através de uma correcta elaboração do sistema fiscal e, posteriormente pôr a funcionar as CGAA.

Na redacção da CGAA da Directiva Anti BEPS aparece-nos a expressão montagem artificial. No que concerne a artificial é definido em alguns documentos como sendo a falta de substância comercial. Estes conceitos (previsto no corpo da norma e depois nas notas interpretativas) deveriam, posteriormente, ser densificados pelas AT dos EM. Há autores que criticam estes conceitos: realidade económica é diferente de substância comercial. Ora, *comercial substance* diz respeito a *monetary elements* e *economic substance* à forma da transacção.

Poderá ser o Princípio da substância aplicado directamente às Cláusulas gerais anti abuso e qual a substância que está em causa? Por outro lado, como deve ser este conceito de substância económica ser harmonizada de uma forma que permite a densificação de uma metodologia para a aplicação administrativa e tribunais?

Neste contexto, Zimmer (2002) afirma que a forma (ou forma jurídica) refere-se aos conceitos descritos por termos usados nos estatutos fiscais; ainda, substância (ou

<sup>133</sup> Cfr. Oliveira, António F., *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os conflitos de interesses*, op. cit., p.135.

substância económica) refere-se ao conteúdo económico de transações ou relação jurídica. Apesar destas conceituações, acreditamos que existe uma tensão entre a forma legal e substância económica. E essa tensão surge precisamente onde o assunto de substância e forma começa. É possível alterar, ou não, uma determinada substância legal (formulário) em outra substância legal (em outra forma), de modo que consequência jurídica pode ser aplicado? Se a substituição passa pela revisão de uma equivalência económica eventual (substituição) entre as diferentes opções consubstanciadas em diferentes substâncias legais. No entanto, se as opções estão entre (diferentes) substâncias legais de qualquer equivalência económica, em que critérios devem ser dito que a consequência fiscal pode ser previstas para a substância legal A e não esperado para legal substância B? Os critérios decisivos seria o conceito de artificialidade (um produto da ação humana intencional) em si, ou o conceito de transacção não-genuína e equivalentes encontrados em várias regras gerais anti-abuso (GAARs)?

O caso *Gregory vs. Helvering* (1935)<sup>134</sup> foi o primeiro caso em termos de teoria e exigência de substância económica. Na verdade, os tribunais de origem anglosaxónico, com uma orientação jurisprudencial têm desenvolvido e articulado um conjunto de testes para estabelecer onde fazer transações têm legitimidade económica ou não, e se, eventualmente, eles estão sendo feitas apenas devido a efeitos fiscais. Um segundo caso, os *Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue*, C- 196/04, deixou claro que uma grande inovação do presente acórdão foi o conceito de expedientes puramente artificiais. Aqui, o Tribunal estabeleceu uma ligação entre a existência de operações puramente artificiais, e dois fatores - os chamados elementos subjetivos e objetivos.

A questão de pesquisa torna-se relevante e importante, uma vez que os governos e agentes da lei procuram entender e densificar um critério substância que é geralmente aplicável a nível europeu. Além disto, podemos perguntar se será possível criar um índice de conteúdo, incluindo a definição de requisitos essenciais que tenham em conta as diferentes realidades económicas, financeiras dos países da UE. A esse respeito, podemos dizer que um esclarecimento na transacção, nos requisitos essenciais, contribuirá para combater as práticas de evasão fiscal permitindo distinguir até que ponto existe planeamento fiscal ilegítimo ou não. Isso é muito importante porque GAAR não fornece diretrizes para

determinar. E a pesquisa é necessária para esclarecer o conceito de substância, a fim de contribuir para a compreensão das práticas de planejamento tributário MNEs.

A fim de evitar a evasão fiscal (Warren, 1993)<sup>135</sup>, parece necessário elevar o PSF a um princípio geral de direito em todo o tipo de operações, reduzir pela desconstrução da complexidade da actividade dos EMs.

O PSF - como um princípio geral do direito fiscal internacional - é o critério de distinção entre o planeamento fiscal legítima (ou seja, minimização de impostos dentro de uma jurisdição fiscal (Li, 2006)) e arbitragem fiscal,

Como podemos operacionalizar a aplicação do PSF para as empresas multinacionais? Nós construímos nos seguintes três hipóteses principais. Em primeiro lugar, embora o PSF seja vertical a todos os sistemas fiscais (dos 28 membros da UE), nós sabemos que cada país tem uma tradição jurídica idiossincrática em que as empresas multinacionais interagir. Prebble & Prebble (2008) explorar essas diferenças em termos de impacto, com destaque para a ligação com o conceito de abuso de direito, ou seja, ao contrastar os países de direito civil e de países de direito *common law* em matéria de forma e substância. Em países de direito civil, o abuso foi desenvolvido como um limite aos direitos individuais em direito privado e direito comercial, indicando o uso indevido de formas jurídicas. Em países da *common law*, a noção é baseada no *business purpose test*. Em segundo lugar, num mundo globalizado, as transacções (ou seja, operações transfronteiriças) e instrumentos financeiros estão cada vez mais complexos (Tang, 2014).. Em terceiro lugar, lembrando-se que o conceito de evasão fiscal é diferente a nível nacional, ao nível da OCDE e ao nível dos Estados-membro da UE, (Vanistendael, 2016), afigura-se necessário construir uma melhor compreensão do que a evasão fiscal significa para os diferentes níveis.

O conceito de substância sobre a forma desempenha um papel importante em quase todos os países e será talvez a resposta para suporta a aplicação GAARs porque GAARs geralmente cobrem situações em linha com a letra da lei, mas não em linha com o espírito da lei. Esta talvez seja a criação de uma medida de aplicação e redução da incerteza criado por GAARs.

### **5.3.As multinacionais, a moralidade e a competitividade**

---

<sup>135</sup> Warren, A.C., Financial Contract Innovation and Income Tax Policy, Harvard Law Review, 107

A evasão fiscal, planeamento fiscal agressivo (tipos gerais de não cumprimento das obrigações fiscais), são uma importante questão de política fiscal.

Estes comportamentos prejudicam a realização dos principais critérios normativos utilizados para avaliar a política fiscal.

A equidade, capacidade contributiva, a igualdade e todo o conjunto de princípios que norteiam o Sistema Jurídico está em perigo por causa da erosão da base tributária. Estes comportamentos criam clivagens uma vez que alteram as percentagens relativas a distribuição da carga tributária entre os contribuintes, acabado por criar desigualdades entre as MNCs e as Pequenas e Médias Empresas (PME) (Hillman, 2009).

Do ponto de vista da eficiência económica, a evasão fiscal é considerada socialmente desperdício na medida em que resulta em escolhas que acabam por distorcer com base no custo marginal social e beneficiar de uma actividade económica.

Mas estas medidas anti abuso teram efeitos económicos? Quando essas doutrinas são reforçadas, a elasticidade do lucro tributável vai para baixo. Ao reduzir a elasticidade marginal do lucro tributável, a doutrina afirma que aumenta a eficiência do sistema fiscal (Weisbach, 2002).

Para o estudo de planeamento fiscal é muito importante ter presente a relação entre a legislação fiscal e a moralidade (Torgler & Schaltegger, 2005<sup>136</sup>). Nas palavras da Presidente do UK Parliaments Public Accounts Committee relativamente às MNEs Starbucks, Amazon e Google “ we are not accusing you of being ilegal. We are accusing you of being imoral” . Os esquemas de planeamento fiscal agressivo são legais contudo, as suas consequências são nefastas para a sociedade e para os Estados. E os gerentes ou administradores , qual o papel que desempenham nesta área. Em 1991, no estudo realizado por Caroll (1991:XXX) tacitamente afirma que : "*a responsabilidade social só pode se tornar realidade se mais gestores se tornarem morais, em vez de amoral ou imoral*" .

Podemos concluir, nas palavras de Krugman (1994) este perigosa obsessão pela competitividade conduziu as MNEs a um ponto em que o seu comportamento oportunístico é imoral e contra todo o conjunto de princípios em que assentam os sistemas fiscais como seja, a justiça fiscal, a equidade, a segurança, a capacidade contributiva.

A responsabilidade social das empresas (ou designada pelos norte americanos de corporate social responsibility) atendendo a uma visão abrangente do conceito conseguimos incluir n

---

<sup>136</sup> Torgler, B.&Schaltegger, c-2005. Tax Morale and Fiscal policy. Crema Working papper, 2005-30

a preocupação crescente com as questões de planeamento fiscal agressivo. Desde 1960 que se tenta ajustar uma noção de responsabilidade social das empresas. Em 1991 com Archie Carrol considerado uma das primeiras pessoas a referir este conceito e a densificá-lo no artigo que ficou conhecido como “ *The Pyramid of Corporate Social responsibility: Toward the moral Management of Stakeholders*”, este autor abarcou quatro tipos de responsabilidades dentro do conceito de Responsabilidade Social das Empresas: económica, legal, ética e discricionária que uma empresa tem para os outros actores. Estes quatro tipos de responsabilidades podem depois ser desenhados em uma forma piramidal. Por outro lado recorta ainda a moral associada aos gestores e aí podemos ter uma gestão imoral, amoral ou moral determinado de acordo com os diferentes comportamentos dos gestores.

A relação entre esta responsabilidade e atribuição das empresas e conflituante <sup>137</sup>do “*ponto de vista económico as reduções da carga fiscal implica melhorias na rendibilidade e aumentos de riqueza . Do ponto de vista da sociedade os impostos são indispensáveis ao financiamento dos programas sociais do Estado, tais como o relativo à educação, ao sistema de saúde.*” A associação do pagamento de impostos é a mais das vezes feita considerando a sua implicação para a comunidade alargada como fonte de financiamento da provisão de bens públicos (Lanis e Richardson, 2012)<sup>138</sup>

Há um autor que já em 2004 referia o excessivo poder que os gestores detêm (Avi yonah, 2004)<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Branco, Manuel C.Comportamento Fiscal e responsabilidade social das empresas, Working Pappers, Observatório da Economia e Gestão da Fraude, 2014

<sup>138</sup> Lanis, r. e Richardson, G., Corporate Social responsibility and tax aggressiveness: an empirical analysis. *Journal of Accounting and Public Policy*, 31, 86-108,2012

<sup>139</sup> Avi-Yonah, R.S., Corporations, Society and the state: A defense of the Corporate Tax. *Virginia law Review*, 90, 1193-1255

**5.4- The minimus rule Directiva da (EU) n.º 2015/121, do Conselho, de 27 de janeiro de 2015 que alterou a Directiva n.º 2011/96/EU, do Conselho, de 30 de novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades mães e afiliadas.**

A 13 de Novembro de 2013 a Comissão Europeia avançou com uma proposta para alterar e aditar à Directiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados Membros diferentes (Directiva Mães e Filhas), duas normas: (i) uma norma de combate aos instrumentos financeiros híbridos, (ii) uma cláusula geral anti abuso com um mínimo comum a todos os EM.

No que concerne à primeira norma era necessário uma harmonização face aos 28 EM para que se pudesse combater as disparidades existentes entre as legislações nacionais em matéria de instrumentos financeiros híbridos. As reacções isoladas dos EM não poderiam resolver estes problemas dos instrumentos financeiros híbridos, uma vez que, esta questão deriva dos desencontros entre os diversos sistemas fiscais.

A uniformização do regime jurídico relativo aos grupos transfronteiriços em matéria de tributação de lucros é positiva, uma vez que havia um aproveitamento das disposições da directiva aos grupos de empresas a utilização de instrumentos financeiros híbridos que proporcionam vantagens fiscais, resultando numa distorção das condições de concorrência no mercado único.

A primeira alteração na Directiva com uma norma anti abuso foi através da Directiva 2014/86/EU de 8 de Julho de 2014 relativamente aos híbridos.

Face à introdução da CGAA os EM não chegaram de imediato a um consenso relativamente à redacção da CGAA, porquanto, havia EM que entendiam que a cláusula geran anti abuso poderia ser demasiado ampla ou restrita e entendiam que seria melhor esta questão ficar sob a competência da legislação interna.

Foi sobre a alçada da presidência italiana do Conselho que se atingiu um acordo em Novembro de 2014. O texto foi adoptado pelo ECOFIN em Janeiro de 2015 e em 28 de janeiro de 2015 foi publicado no jornal oficial das Comunidades.

A Directiva (UE) 2015/121 do conselho de 27 de janeiro de 2015 que altera a Directiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades

afiliadas de Estados-Membros diferentes, altera o n.º 2 do art.º 1.º, substituindo pelo seguinte redacção:

«2. Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

3. Para efeitos do n.º 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

4. A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.».

Os Estados Membros da União Europeia adoptaram na sequência de um plano de acção para lutar contra a fraude e evasão fiscal, a cláusula geral anti abuso, um **mínimo comum** obrigatório a todos os 28 Estados membro da União Europeia, na directiva n.º 2011/96/EU do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades mães e sociedades afiliadas de Estados membros.

Com a introdução desta cláusula geral na Directiva Comunitária, foi apresentada na Assembleia da República uma proposta de lei do Governo que visou transpor, para o Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas Colectivas (IRC) a alteração à directiva, nomeadamente nos art.º 14.º, n.º 17, artigo 14, n.º 18, artigo 51, n.º 11 e artigo 51, n.º 12 do CIRC.

Recorde-se que ao abrigo desta diretiva encontram-se isentos de retenção na fonte os dividendos e outros tipos de distribuição de lucros pagos pelas filiais às respetivas sociedades-mãe, sendo igualmente eliminada a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade-mãe.

Talvez este mecanismos de introdução de um mínimo comum relativa a uma cláusula geral permita a coordenação entre os Estados Membros e assim criar uma política comum dentro da EU.

## Capítulo V

### 6.Síntese Conclusiva

1- As medidas anti abuso, nomeadamente, cláusulas gerais anti abuso são determinantes no planeamento fiscal abusivo, agressivo e na fraude fiscal.

2-As discussões em torno deste tema não têm incluído, de forma, convincente, uma reflexão sobre o grau de eficiência das CGAA no que concerne a práticas agressivas e abusivas pelas MNCs, por conseguinte, existe essa lacuna de investigação

3-As preocupações estão, centradas na dupla não tributação motivada, por disparidades ou tecnicidades na legislação que conduz a que a uma ausência de tributação ou a uma tributação extremamente reduzida.

4-As preocupações referentes ao Planeamento Fiscal agressivo e às práticas agressivas vulgarizaram-se, com o projecto BEPS a cargo da OCDE e, com a Recomendação da Comissão de 6.12.2012relativa ao planeamento fiscal agressivo.

5- Na recomendação da Comissão de 6.12.2012 o planeamento fiscal agressivo é definido como um “comportamento que consiste em tirar partido dos aspectos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações fiscais. Pode assumir diversas formas: dupla-deduções e dupla não tributação.”

6-Do ponto de vista empresarial, identificamos os interesses dos sócios e dos administradores cujo escopo é o lucro e o planeamento fiscal interfere nesta gestão lucrativa.

7-Por outro lado, temos o termo “stakeholders” que designa as partes interessadas na actividade da empresa, como sejam, a comunidade em geral, o Estado, os meios de comunicação social.

8- Porquanto, vemos a emergir no Direito Fiscal estes interesses, de alguma maneira difusos e estas partes interessadas na defesa de um Estado Fiscal sustentável, numa sustentabilidade dos Bens Públicos e no pagamento da *fair share* de impostos pela MNCS.

9- Da perspectiva da MNCS, surge a preocupação, relativa ao designado risco reputacional ou risco legal. A globalização, a velocidade com que as notícias são divulgadas faz elevar a reputação a um patamar de prioridades na gestão das MNC que não acontecia num passado próximo.

10- O imposto é uma realidade com um impacto positivo ou negativo na reputação de uma MNCs, veja-se a título exemplificativo, a sociedade Apple ou Google.

11- O Planeamento Fiscal Agressivo situa-se no âmbito da legalidade, trata-se de comportamento legais mas, inadmissíveis e moralmente inaceitáveis.

12- Por seu lado, no Planeamento Fiscal Abusivo não há uma violação directa à letra da norma, mas, uma violação ao espírito do legislador.

13- Como forma de combater o Planeamento Fiscal Agressivo têm surgido CGAA na directiva Sociedade-Mães e Afiliadas e na directiva Anti –BEPS aprovada no dia 17 de junho de 2016 pelo Conselho.

14- Contudo, parece-nos que face à pouca utilização deste instituto tanto pela Administração como pelos Tribunais, devido ao grau de incerteza, e às dificuldades de desificação dos seus elementos que levanta poderá não ser esse o caminho.

15- As CGAA não podem substituir o legislador. Portanto, é desta esta norma, em conjugação com as outras normas de incidência, é que existe um alargamento de sobreposição sobre todo o sistema fiscal.

16- Parece-nos, que as GAAR não se encaixam no actual sistema fiscal devido a uma ausência desconcertante de coordenação na legislação entre diversos estados. Para uma correcta e ficiente utilização os estados deveriam ter uma legislação comum na tributação.

17-Sendo, o planeamento Fiscal Agressivo um conceito aglutinador, *umbrella concept*, qual o mecanismo na luta contra estas práticas agressivas?

18-Não se trata de um conceito jurídico mas, é fruto do facto de os sistemas fiscais não serem perfeitos, nem plenos e todos temos que partilhar responsabilidades.

19-O Sistema Jurídico é lacunoso e não prevê todas as situações que possam surgir. Daí a existência de um conjunto de princípios como seja a confiança, a justiça, a equidade para orientar na modelação de novos conceitos.

20- A moralidade da tributação surge, renascida neste debate e parece-me que será o meio de combate ao Planeamento Fiscal Agressivo.

21- No que concerne à eficiência das CGAA na prática do dia -a -dia, é uma evidência que estas normas não conseguem cobrir todo o sistema jurídico. Mesmo quando aplicadas há dificuldades no preenchimento dos seus elementos.

22-Resta concluir que a solução será adaptar os princípios do sistema fiscal internacional à nova realidade, com novas regras e novos princípios. Esse será o caminho para neutralizar o efeito destes comportamentos agressivos.

## 7. Bibliografia

### I. Artigos e Monografias

Almendral, V.R. (2005). Tax Avoidance and The European Court of Justice: What is it at Stake for European General Anti Avoidance Rules? *Intertax*,33(12),560-582

Almendral, V. R. (2013). Tax Avoidance, the “Balanced Allocation of Taxing Powers” and the Arm’s Length Standard: an odd Threesome in Need of Clarification. In *Allocating Taxing Powers within the European Union*,131-170. Springer Berlin Heidelberg.

Alm, J., (2012). Measuring, Explaining and controlling tax evasion: lessons from theory, experiments, and field studies. *International Tax and Public Finance*, 19(1), 54-77.

Aristoteles (350 BC), *Metaphysics*, Trans. Joe Sachs. 2nd ed. Santa Fe, N.M.: Green Lion, 2002.

Avi Yonah, R., (2006). The Three Goals of Taxation. *Tax law Review*, 60(1), 1-28

Carroll, A. B. (1991). The pyramid of corporate social responsibility: Toward the moral management of organizational stakeholders. *Business horizons*, 34(4), 39-48.

Caldas, M.(2015). O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?,*Cadernos IDEEF n.º 18*, Lisboa, Almedina

Coase, R. (1937), The Nature of the Firm, *Economica*, 4(16), 386-405.

Courinha, G.L. (2009), A cláusula geral Anti-Abuso no Direito Tributário- Contributos para a sua Compreensão, Almedina, Coimbra.

Devereux, M., Lockwood, B. & Redoano, M. (2008), Do countries compete over corporate tax rates? *Journal of Public Economics* 92(5-6), 1210–1235.

Desai, M. A. & Dharmapala, D. (2008) "Tax and corporate governance: an economic approach." *Tax and corporate governance*. Springer Berlin Heidelberg, 2008. 13-30.

Desai, M. A. & Dharmapala, D. (2009). Corporate tax avoidance and firm value." *The Review of Economics and Statistics* 91(3): 537-546.

Dharmapala, D. (2016) "The economics of corporate and business tax reform" Working papers series, Oxford University Centre for Business Taxation.

Dourado, A. P. (2015), "Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6", *Intertax*, 43(1), 42-57.

Einhorn, T. (2014), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?* Ed. By Rita De La Feria and Stefan Vogenauer. – Oxford & Portland, Ore.: Hart 2011. XXV, 636 S. (Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. 13.).

European Commission, 2012. Commission Recommendation on aggressive tax planning, C (2012) 8806 final.

Ernst & Young, 2013. GAAR rising: Mapping tax enforcement's evolution. Available at:[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Mapping\\_tax\\_enforcement%E2%80%99s\\_evolution/\\$FILE/GAAR.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Mapping_tax_enforcement%E2%80%99s_evolution/$FILE/GAAR.pdf)

Feldstein, M., & Hartman, D. (1979), The optimal taxation of source investment income, *Quarterly Journal of Economic*, 93(4), 613-629.

Freedman, J. (2014), *Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 53/2014.

Gammie, M.(2013), Moral taxation, immoral Avoidance – What Role for the law?, British Tax Review 4, 577.

Grossman, S. & Hart, O. (1986) "The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration." The Journal of Political Economy, 94(4), 691-719.

Helmels, S. (2014), General Anti –Avoidance Rules (GAARS) – A key Element of Tax Systems in the Pos-BEPS Tax World? The Netherlands, Paper for the 2014 Rust Conference.

Horst, T. (1971), The Theory of the Multinational Firm: Optimal Behavior under Different Tariff and Tax Rates. Journal of Political Economy, 79(5), 1059-1072.

Kelsen, H.(1934), Pure Theory of Law, Germany

Kleinbard, E. (2011), Stateless Income, Florida Tax Review, Vol. 11, p. 699.

Korinek, A. & Stiglitz, J. E., 2009. "Dividend taxation and intertemporal tax arbitrage," Journal of Public Economics, Elsevier, 93(1-2), 142-159.

Krugman, P. (1994). Competitiveness: a dangerous obsession, Foreign Affairs, 28-44.

La Feria, R. (2008), Prohibition of Abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC Law through tax, Common Market Law Review, 45.

La Feria, R. & Vogenauer, S. (2011) Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Oxford & Portland, Ore.: Hart 2011. XXV, 636 S. (Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.

Lampreave, P. (2011), Fiscal Competitiveness versus Harmful Tax Competition in the European Union, Bulletin for International Taxation 65 (6), IBFD.

Lampreave, P. (2012), An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union, *Bulletin for International Taxation*, 66(3), 153-169, IBFD.

Li, J. (2006), Economic Substance: Drawing the line between legitimate tax minimization and abusive tax avoidance, *Canadian Tax Journal*, 54(1), 23-56.

Lenaerts, K. (2015), The concept of Abuse of Law in the case law of the European Court of Justice on Direct Taxation, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(3), 329-351.

Lou, Y. (2003), Market-Seeking MNEs in an Emerging Market: How Parent-Subsidiary Links Shape Overseas Success, *Journal of International Business Studies*, 34(1), 290-309.

Locke, J. (1689), *An Essay Concerning Human Understanding*, Basset, London.

Madhok, A. (2002) Reassessing the fundamentals and beyond: Ronald Coase, the transaction cost and resource-based theories of the firm and the institutional structure of production. *Strategic Management Journal*, 23(6), 535-550.

Marx, K. (1867), *Das Kapital: Kritik der Politischen Oekonomie*, Verlag van Otto Meissner, Hamburg, Germany.

Mirrlees, J. A. (2006). *Welfare, incentives, and taxation*. Oxford University Press.

Musgrave, P. B. (1969) *United States taxation of foreign direct investment income: issues and arguments*. Harvard Law School International Tax, Cambridge, MA, USA.

Nabais, J.C. (2015) *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Coimbra Almedina.  
Nabais, J.C.(2013), 7.ed. *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina

\_\_\_\_\_. (2009) O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra, Almedina, 2009

\_\_\_\_\_.(2009)Avaliação indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal. In: Estudos em Homenagem ao professor Manuel Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, v.2, p.285-309

\_\_\_\_\_(2005)A soberania fiscalno actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. In: Nabais, J.C..Por um Estado fiscal suportável: estudos de Direito fiscal, vol. I. Coimbra: Almedina

\_\_\_\_\_(2005)Alguns problemas actuais do estado Fiscal. Por um estado Fiscal Suportável: estudos de Direito fiscal, vol I, Coimbra: lmedina

OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Paris, France.

Oliveira,F. de O(2009)A legitimidade do Planeamento Fiscal, As cláusulas Gerais Anti Abuso e os Conflitos de Interesses, Coimbra, Coimbra Editora .

Prebble, Z. & Prebble, J. (2008), Comparing the general anti-avoidance rule of income tax law with the civil law doctrine of abuse of law, Bulletin for International Taxation, 62 (4), 151-170.

Piantavigna, P. (2011), Tax Abuse in European Union Law: a Theory. EC Tax Review, 20(3), 134-147.

Piketty, T. (2014), Capital in the Twenty-First Century, Harvard University Press, Cambridge, MA, USA.

Rawls, J. (1971). A Theory of Justice, Harvard University Press.

Reardon, J. D. (2002) The Enron Bankruptcy: What Went Wrong? Derivatives & Financial Instruments, 5(158), IBFD.

Robert, E. & Tof, D. (2011) The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market, *European Taxation*. 51(11) IBFD.

Sanches, J. L. S. (2006), *Os limites do Planeamento Fiscal- Substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário, Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra.

Slemrod, J., & Yitzhaki, S. (2002). Tax avoidance, evasion, and administration. *Handbook of public economics*, 3, 1423-1470.

Silva, S. T. da, *Novas Fronteiras do Estado Fiscal*, 2011. Sumários desenvolvidos de Direito Fiscal I (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sørensen, K. E., *The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market* (August 11, 2014). *Nordic & European Company Law Working Paper No. 14-03*.

Tang, J. (2014) Economic substance versus legal form: Financial Transaction as taxable events, *Derivatives Financial Instruments*, (March and April).

Tooma, R.A., 2008. *Legislating Against tax avoidance*, Amsterdam, IBFD.

Torgler, B. & Schaltegger, C., 2005. *Tax Morale and Fiscal policy*. CREMA Working Paper, 2005-30.

UNCTAD (2015). *World Investment Report 2015*, Unctad Publishing, 2015. Available at: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf)

Vanistendael, F. (2016) Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law? *Bulletin for International Taxation* 70 (3), IBFD.

Formatada: Inglês (Estados Unidos)

Wang, N. (2003), *Measuring Transaction Cost: An incomplete Survey*. The Ronald Coase Institute, Washington, DC, USA

Warren, A. C. (1993), *Financial Contract Innovation and Income Tax Policy*, *Harvard Law Review*. 107.

Webber, D. (2013), *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case law of the ECJ- Part 1, Part2*, *European Taxation*.

Webber, D. (2016), *The New Common Minimum Anti Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*, *Intertax* 44(2), 98-129

Xavier, A., *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed. atualiz., reimp., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 771-782

## **II. Instrumentos normativos**

### **(ii) Instrumentos de Direito da União Europeia**

Directiva 90/435/EEC do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável as sociedades mães e sociedades afiliadas de Estados Membros diferentes;

Proposta Directiva Anti Beps de 28 de janeiro de 2016;

### **(iii) Legislação nacional**

Código do Procedimento e Processo Tributário  
Constituição da República Portuguesa

Decreto-Lei n.º 61/2013, de 10 de Maio de 2013  
Lei Geral Tributária  
Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária

#### **IV. Jurisprudência**

##### **(i) Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**

TJUE, 21 de Fevereiro de 2006, Caso C- 255/02, *Halifax plc and Others v. Commissioners of Customs and Excise*;

TJUE, 12 de Setembro de 2006, Caso C- 196/04, *Cadbury Schweppes plc v. Commissioners of Inland Revenue*;

TJUE, 5 de Julho de 2007, Caso C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*;

TJUE, 22 de Maio de 2008, Caso C-162/07, *Ampliscientifica srl v. Ministero dell'Economia e delle Finanze*

TJUE, 16 de Dezembro de 2008, Caso C-210/06, *Cartesio Oktato es Szolgaltato bt*

TJUE, 9 de Março de 1999, Caso C-212/97, *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

TJUE, 14 de Dezembro de 2000, Caso 110/99, *Emsland-Stärke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

##### **(ii) Jurisprudência dos Tribunais Centrais Administrativos**

PT: TCA Norte, 11 de Abril de 2014, Processo n.º 00498/11.1BEVIS, Juiz Relator Pedro Nuno Pinto Vergueiro

PT:TCA Sul, 10 de Dezembro de 2003, Processo n.º 06737/02, Juiz Relator José Gomes Correia

PT:TCA Sul, 6 de Novembro de 2009, Processo n.º 02941/09, Juiz Relator Lucas Martins

PT: TCA Sul, 15 de Fevereiro de 2011, Processo 04255/10, Juiz Relator Eugénio Sequeira

PT: TCA Sul, 20 de Novembro de 2012, Processo n.º 03877/10, Juiz Relator Pedro Vergueiro

PT: TCA Sul, 18 de Junho de 2013, Processo n.º 06121/12, Juiz Relator Joaquim Condesso