

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito de Lisboa

**Confrontação da regra CFC do art.º 66 do CIRC com
as Recomendações da Ação 3 do BEPS**

Mestrado em direito e prática jurídica de Direito Fiscal e Financeiro

Orientador: Professor Gustavo Lopes Courinha

MARTA CATARINA COSTA DIAS ALVES SANTOS

Lisboa

Junho de 2018

Agradeço ao meu orientador.

INDICE

| | |
|--|---------------|
| Acrónimos..... | Pág.05 |
| Introdução..... | Pág.06 |
| I – Apresentação das Regras CFCs..... | Pág.08 |
| 1. Planeamento Fiscal Abusivo e a origem do Projeto BEPS..... | Pág.08 |
| 2. As Regras anti-abuso específicas ou especiais..... | Pág.10 |
| 2.1. As Regras CFC e o seu propósito..... | Pág.13 |
| 2.1.1. Dois modelos de Regras CFC..... | Pág.15 |
| 2.1.2. A estrutura e componentes das Regras CFC..... | Pág.15 |
| 2.1.3. Características das Regras CFC..... | Pág.18 |
| 2.2. Natureza Jurídica das Regras CFC..... | Pág.19 |
| 3. O art.º 66 do CIRC..... | Pág.21 |
| 3.1. Controlo..... | Pág.26 |
| 3.2. Evolução das Regras CFC..... | Pág.30 |
| II – As Recomendações do BEPS em relação às Regras CFC..... | Pág.39 |
| 4. A Ação 3 do Projecto BEPS..... | Pág.39 |
| 4.1. Definição do âmbito subjetivo da norma CFC e do Controlo..... | Pág.39 |
| 4.2. Isenções das CFCs..... | Pág.45 |
| 4.3. Definição do Rendimento de uma CFC..... | Pág.47 |
| 4.3.1. A Análise substancial..... | Pág.50 |
| 4.4. Regras para determinar o Rendimento e a Limitação de prejuízos da Controlled Foreign Company..... | Pág.54 |
| 4.5. Regras para atribuir o Rendimento..... | Pág.55 |
| 4.5.1. Imputação na proporção da participação social..... | Pág.56 |
| 4.6. Regras para evitar ou eliminar a Dupla Tributação..... | Pág.56 |
| 4.7. Interação das Regras CFC de um ordenamento com as Regras CFC de outro ordenamento..... | Pág.58 |

| | |
|---|---------------|
| 5. A relação das Regras CFC com os Preços de Transferência..... | Pág.60 |
| III – Comparação das Recomendações com o art.º 66..... | Pág.61 |
| 6. Comparação entre o art.º 66 do CIRC com as Recomendações da Ação 3 do Projecto BEPS..... | Pág.61 |
| 6.1. As entidades abrangidas e os sujeitos passivos residentes..... | Pág.61 |
| 6.2. O tipo de Controlo e o nível de Controlo..... | Pág.62 |
| 6.2.1 A Falta de período de detenção das participações..... | Pág.64 |
| 6.3. A Related Party Rule prevista na Regra CFC do art.º 66..... | Pág.64 |
| 6.4. Participações Diretas e Indiretas..... | Pág.66 |
| 6.4.1. Falta de definição do conceito de Participações Indiretas..... | Pág.66 |
| 6.5. O Rendimento da CFC no art.º 66 e de onde provém..... | Pág.66 |
| 6.5.1. Threshold test no art.º 66 n.º 6 al. a)..... | Pág.69 |
| 6.6. Local de Residência das CFCs, a Black List Portuguesa e a taxa efetiva..... | Pág.70 |
| 6.7. Uma outra exceção – art.º 66 n.º 12..... | Pág.70 |
| 6.8. Detenção através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa..... | Pág.72 |
| 6.9. Determinação do Rendimento tributável da CFC – quais as regras que se aplicam?..... | Pág.73 |
| 6.10. Imputação conforme a proporção da participação social..... | Pág.74 |
| 6.11. A interação das Regras CFC portuguesas com as Regras CFC de outros territórios..... | Pág.75 |
| 6.12. Taxa a aplicar ao Rendimento da CFC no território português..... | Pág.76 |
| 6.13. A Regra CFC portuguesa e a Dupla Tributação..... | Pág.77 |
| 6.14. Relação da Regras de Preços de Transferência com a Regra CFC do art.º 66 do CIRC..... | Pág.78 |
| Conclusões..... | Pág.79 |
| Bibliografia..... | Pág.88 |

ACRÓNIMOS

| | |
|-------------|---|
| AT | Autoridade Tributária |
| BEPS | Base Erosion and Profit Shifting |
| CDT | Convenção de Dupla Tributação |
| CFC | Controlled Foreign Company |
| CSC | Código das Sociedades Comerciais |
| CIRC | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas |
| CIRS | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares |
| N.º | Número |
| OCDE | Organização para o desenvolvimento e Cooperação Económica |
| pp. | Página |
| ss. | Seguintes |
| SEC | Sociedade Estrangeira Controlada |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |

INTRODUÇÃO

Este trabalho é relativo a tese realizada no âmbito do mestrado em prática jurídica de direito fiscal e financeiro da Faculdade Direito de Lisboa.

O objeto deste trabalho prende-se com um dos Relatórios do BEPS, emitidos pela OCDE, no que diz respeito ao contra-ataque ao fenómeno do Base Erosion and Profit Shifting. Nomeadamente, esse Relatório é conhecido como a Ação 3 do BEPS, associado com as Regras CFCs. O Relatório da Ação 3 (como todos os outros Relatórios) consiste em recomendações aos Estados, para fortalecerem as suas regras CFC, e modos, sugestões de construir e adotarem regras CFCs que não serão facilmente contornadas pelos sujeitos passivos.

Ora, Portugal já tinha uma regra CFC, antes do Relatório, e continua a tê-la, no art.º 66 do CIRC. Parece ser mais que um tema importante, interessante e atual, verificar se a regra CFC do art.º 66, está de acordo com os ditames da Ação 3 do BEPS.

Por isso, este trabalho tem uma metodologia, de apresentação das recomendações propostas na Ação 3 do BEPS, e um segundo momento, em que se procederá a uma análise comparativa com a regra CFC do art.º 66.

Desde já enunciamos que pretendemos excluir do âmbito deste trabalho, qualquer temática das regras CFC e sua harmonização com o direito da União Europeia, e a jurisprudência do TJUE. Assim, fica deste já patente que não abordaremos as regras CFC no sentido de saber se são compatíveis com o Direito da União Europeia. Nem, se são compatíveis com os Tratados de Dupla Tributação. Acrescenta-se, ainda, que ficaram de fora do âmbito desta tese, a coordenação entre a Ação 3 (as regras CFC) e as outras Ações (outras medidas propostas pelo BEPS) – só nomearemos sucintamente a interação das regras CFCs com os Preços de Transferência, uma vez que o assunto é abordado na própria Ação 3 do BEPS.

Será utilizada a seguinte sequência na tese: apresentaremos o contexto do surgimento do Projeto BEPS devido ao planeamento fiscal abusivo, seguidamente serão introduzidas as regras CFC como regras anti-abuso específicas, o propósito das regras CFCs, a sua natureza jurídica, as componentes que caracterizam as regras CFCs e que

podem ser identificadas em todas as regras CFCs; depois desta apresentação das regras CFCs passaremos a apresentar, então, as recomendações da Ação 3 do BEPS.

As recomendações do BEPS serão apresentadas de forma sistemática conforme os capítulos da Ação 3 do BEPS.

Depois num capítulo à parte procederemos à comparação entre a regra CFC portuguesa e as recomendações da Ação 3 do BEPS.

Apresentaremos, em termos finais, as nossas conclusões.

Resumindo a estruturação desta tese, comportará três capítulos divisores: a apresentação das Regras CFCs, a apresentação das recomendações da Ação 3 do BEPS e por último, a comparação entre a Regras CFC portuguesa e as sugestões da Ação 3 do BEPS, seguindo-se obviamente pela Conclusão desta tese.

I – Apresentação das Regras CFC

1. Planeamento Fiscal Abusivo e a origem do Projeto BEPS

O facto de existir uma pluralidade de Estados faz com que haja uma pluralidade de soberanias fiscais, e cada qual com taxas tributárias diversas. Atualmente, pode-se distinguir entre territórios de baixa tributação e territórios de alta tributação. Ora, como seria de esperar, os Estados exportadores de capital são os locais onde a tributação é mais elevada; devido a isto, assistiu-se nos últimos anos a um crescente planeamento fiscal, tentando-se iludir as Administrações fiscais com recurso a esquemas abusivos.

Nada disto é ilegal, todavia é abusivo. Existem vários esquemas utilizados pelos grupos multinacionais para tentar evitar a tributação, todavia só nos interessa em específico a utilização de sociedades em territórios de baixa tributação ou paraísos fiscais para amealharem os rendimentos nesses territórios e não distribuírem aos sócios evitando-se que sejam tributados nos Estados de alta tributação, nos quais residem os sócios.

Para percebermos o que se entende por Planeamento Fiscal Abusivo, temos de apresentar os conceitos que atualmente a doutrina distingue.

A doutrina distingue hodiernamente um conceito de planeamento fiscal *lato sensu* que engloba três modalidades distintas de planeamento fiscal: evasão fiscal – que constitui crime – elisão fiscal – também conhecido como *tax avoidance* – e, por último, o planeamento fiscal *stricto sensu* – ou melhor, o planeamento fiscal agressivo.¹⁻²

¹ [Caldas, Marta (2015) pág. 142-143] «(...) encontra-se já definido o conceito e limites do planeamento fiscal ilegal (tax evasion), o conceito e limites do planeamento fiscal abusivo (tax avoidance) e o conceito e limites do planeamento fiscal stricto sensu (tax planning).»

² [Dourado, Ana Paula (2015) pág.295-296] Cita-se a Autora: «Até ao recente movimento do G20/OCDE designado por BEPS, existia uma distinção relativamente assente, entre a **evasão fiscal** (tax evasion, Steurhinterziehung, fraude fiscale), a **elisão fiscal** (tax avoidance, Steurumgehung, évacion fiscale) e o **planeamento fiscal agressivo** (...) O planeamento fiscal agressivo estava associado à globalização e à livre circulação de capitais, e aos riscos de evasão ou de elisão fiscal: ele aparece relacionado com a existência de factos tributários interestaduais que envolvem ordenamentos jurídicos de baixa tributação ou regiões de território (portanto, delimitadas territorialmente) com regimes de tributação mais baixos.» (negrito da autora).

No caso da elisão fiscal, não há nenhum ato ilícito, o planeamento que o contribuinte faz não colide com as normas fiscais do ordenamento jurídico.³

O planeamento fiscal abusivo traz consigo questões de «(...) preocupações de carácter moral, ético (...)». Quando se está perante a moralidade fiscal, está-se perante uma ordem de valores morais e éticos respeitante ao pagamento dos impostos e à sua consequente redistribuição. Os casos da *Starbucks*, *Amazon*, *Google* e *Apple* causaram consternação, nomeadamente, pelo facto de estas grandes multinacionais “pagarem pouco” de impostos enquanto outros contribuintes “mais pequenos” pagarem mais de impostos.⁴

Para além de uma moralidade fiscal estar em causa, o planeamento fiscal abusivo também representa perda de receitas para o Estado e desprestigia o sistema fiscal de um Estado.⁵

³ [Xavier, Alberto (2014) pág.351] Os conceitos de evasão fiscal e elisão fiscal são distinguidos por XAVIER da seguinte maneira precisa: «A expressão elisão fiscal internacional (tax avoidance), não pode ser assimilada ao conceito de evasão fiscal (tax evasion), **pois não está em causa um ato ilícito** pelo qual o contribuinte viola a sua obrigação tributária (conexa com mais de uma ordem jurídica), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de atos (em princípio) lícitos, realizados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, face a uma pluralidade de interesses fiscais de ordenamentos distintos. (...)» (itálico e negrito nosso). A ilicitude é, então, o fator distintivo dos dois conceitos: da evasão fiscal e da elisão fiscal.

⁴ [Caldas, Marta (2015) pág. 146-147] «(...) efetivamente foram os princípios e valores de ordem moral face ao pagamento de impostos, ou mais concretamente ao não pagamento de impostos, que suscitaram uma enorme consternação pública no Reino Unido, diante casos como os do Starbucks, da Google e da Amazon. Estes três casos assumem fulcral importância no Direito Fiscal, dado que com eles se assume a importância do estudo da moralidade fiscal ou tax morality. A existência de uma tax morality respeita igualmente e predominantemente a **princípios de justiça e igualdade**, mas inclui a análise de comportamentos legais e admissíveis a nível fiscal, cuja vantagem fiscal implica uma **redução do fair tax share** (...)» (itálico e negrito nosso). O ponto fulcral aqui é que os contribuintes nada fazem de ilícito, nas palavras da autora os contribuintes apresentam “comportamentos legais e admissíveis a nível fiscal”, mas claro que este comportamento colide com princípios de justiça e igualdade, e ainda de redistribuição.

⁵ [Pires, Rita Calçada (2018) pág. 178] «Essas erosões (desaparecimento ou redução) e transferências legais, mas artificiais e pelo menos, em alguns casos, imorais, realizadas pelas multinacionais, (...) conduzem à desconsideração da justiça desses sistemas, ao seu desprestígio (...) e ao incentivo ao não cumprimento das obrigações. Levando a perda de receita para os Estados e desperequação fiscal para os contribuintes, incluindo as empresas (...)».

Surgiu, assim, o Projeto BEPS⁶ com a intenção de combater o planeamento fiscal abusivo, através de um conjunto de várias medidas.⁷ Neste trabalho apenas nos iremos debruçar sobre a Ação 3 do BEPS, que se refere à adoção de Regras CFC, ou como melhora-las. As medidas da Ação 3 do BEPS encaixam-se no grupo de medidas que tem por finalidade a coerência do direito fiscal internacional dos Estados, como também podem ser encaixadas no âmbito da integração de lacunas entre leis nacionais.⁸

2. As Regras anti-abuso específicas ou especiais

As Regras CFC são regras anti-abuso especiais; SANCHES apelida-as de «*regras solitárias contra o abuso de direito.*»⁹ As regras anti-abuso são normas cujo objetivo é combater a elisão fiscal levada a cabo através de comportamentos específicos, que acarretam um risco inerente por serem utilizados pelo contribuinte para criar elisão fiscal, e sendo assim, a norma específica cria uma presunção inilidível ou ilidível, ou ainda, inversões do ónus da prova.¹⁰ As regras anti-abuso especiais assemelham-se em dois pontos com a cláusula contratual geral do art.º 38 da LGT; esses dois pontos de semelhança são: o âmbito de aplicação e a finalidade.¹¹

No entanto, há que denotar e separar deste logo a cláusula geral anti-abuso das regras específicas num ponto: a intencionalidade.¹² A cláusula geral anti-abuso possui

⁶ [Baker, Philip (2013) pág.605-606] Transcrevemos sucintamente o que se entende por BEPS: «*What exactly is BEPS? Like many acronyms it means different things to different people, At its simplest, it is an abbreviation for “base erosion and profit shifting”, and is a project that seeks to find solutions to practices adopted by some multinational enterprises to reduce their corporate profit tax bills in certain countries (...)*» (itálico nosso).

⁷ [Courinha, Gustavo Lopes (2015)págs.291-292] Citando o Autor para melhor compreensão do Projeto BEPS: «Pressupondo que os modernos sistemas fiscais não possuem ainda as ferramentas adequadas para lidar com a deslocalização de rendimentos entre jurisdições e a erosão de base tributáveis nos países com maior tributação do rendimento, o mencionado *Relatório* foi logo seguido de um *Plano de Ação* destinado a densificar as medidas internas e convencionais de combate/ atenuação daquele fenómeno, juntamente com uma proposta de calendário para a sua efetiva implementação.».

⁸ [Pires, Rita Calçada (2018) pág. 184]

⁹ [Sanches, J.L. Saldanha (2007) pág.166].

¹⁰ [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (a) pág.199] O autor oferece uma noção de normas anti-abuso específicas.

¹¹ [Courinha, Gustavo Lopes (2004) pág.91] De acordo com o autor: «As normas especiais anti-abuso (SAAR's – Special Anti-Abuse Rules) possuem aparentemente em comum com a CGAA (GAAR – General Anti-Abuse Rule), o respectivo âmbito de aplicação e fim: ambas visam transações reais (...)»

¹² [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (a) pág.200].

como necessário para a sua aplicação: a verificação do elemento da intenção. Por sua vez, e contrariamente à cláusula geral anti-abuso, as normas anti-abuso específicas não precisam dessa intencionalidade para que sejam aplicadas. Não interessa, que o contribuinte residente não tenha intencionado servir-se de uma sociedade estrangeira controlada por ele para na esfera da sociedade armazenar lucros, e livra-los de tributação no território português. Preenchendo todos os pressupostos da norma, esta é aplicada independentemente do elemento intencional. Isto permite concluir que as normas específicas não têm como elemento: o elemento intencionalidade.

Um outro campo em que a cláusula geral anti-abuso e as regras específicas se desencontram é no modo como a Administração Tributária exerce a sua aplicação. SANCHES aponta que esta seja a principal característica diferenciadora entre a cláusula geral anti-abuso e a as regras específicas anti-abuso. Quando a Administração Tributária pretende aplicar uma norma anti-abuso específica anti-abuso, a aplicação desta é vinculada; por outro lado, na cláusula geral anti-abuso a Administração tem o poder de decidir se aplica a cláusula geral anti-abuso ou não.¹³ Na regra anti-abuso específica há ausência de fundamentação da decisão da sua aplicação, a Administração Tributária não tem qualquer ónus de valoração da situação em si.¹⁴ Sem dúvida que esta previsível atuação da Administração Tributária, – pois a norma específica aplica-se, ou então, não se aplica – confere uma segurança aos sujeitos passivos (porém, esta ausência de flexibilidade destas normas específicas trazem consigo, o aumento de esquemas de planeamento fiscal com vista a escapar à sua aplicação). Por um lado, a segurança – vantagem para os contribuintes, – por outro lado, a desvantagem de criar outras situações abusivas.

¹³ [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (a) pág.200] O autor assinala esta diferença significativa entre a cláusula geral anti-abuso e a as normas específicas anti-abuso no seguinte parágrafo: «A principal diferença entre normas anti-abuso específicas e a cláusula geral anti-abuso reside na circunstância de, nas últimas, a Administração ser habilitada com um poder sobre cuja aplicação deverá decidir, enquanto nas primeiras a sua aplicação é vinculada. (...)» (itálico nosso). Esta vinculação da Administração Tributária à aplicação das normas específicas anti-abuso está relacionada com o facto de estas normas específicas carecerem do elemento intencional, o que liberta a Administração Tributária da necessidade de justificação – nas palavras do autor «(...) temos a libertação desta em relação ao seu dever de fundamentação do juízo acerca da intenção do sujeito passivo (...)» (itálico nosso). Assim sendo, a aplicação de uma norma anti-abuso específica é deste ponto de vista muito mais facilitado do que a aplicação da cláusula geral anti-abuso.

¹⁴ [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (b) pág.295] «Esta não vai exercer o seu prudente arbítrio e decidir, com um espaço de decisão que implica discricionariedade e escolha, sobre o se e o quando da sua intervenção. Também não terá de fundamentar a sua decisão.» (itálico nosso).

Se as regras anti-abuso específicas trazem consigo a solução para uma situação de abuso fiscal, a verdade é que também acarretam consigo problemas. Esses problemas apresentam-se como a rigidez¹⁵ (falta de flexibilidade e uma aplicação previsível) e como a complexificação da legislação fiscal.

Estas normas são rígidas, isto é, preveem uma realidade em certos moldes e apenas nesses; a situação possível de integrar a previsão da norma, tem de integrar os moldes explanados pela norma. Se não os integrar, na maneira prevista pelo legislador, cai ao lado da norma anti-abuso específica.

Estas normas podem, assim, agravar o planeamento fiscal abusivo, pela procura, por parte dos contribuintes, de novos esquemas “mais elaborados” que escapem à norma especial (que a norma não abarque como sendo uma situação abusiva).¹⁶ Utilizando como exemplo o art.º 66 n.º 1 do CIRC, caso haja uma situação que não preencha todos os requisitos da norma, não será considerada uma situação abusiva pela norma, mas será que se poderia deixar de considerar abusiva, ainda que não preencha a norma? Exemplificando, imagine-se uma sociedade controlada em mais de 50% por uma sociedade portuguesa, que serve como uma base para reter lucros e outros rendimentos, num Estado que não esteja listado na lista de offshores portuguesa e que não tenha uma taxa efetiva abaixo dos 12,6%. Faltando este requisito que determina onde as CFCs têm de estar localizadas, a situação cai ao lado da norma. Logo, a norma acaba por levar o contribuinte a procurar outros Estados não listados na portaria e que possam oferecer condições fiscais apelativas.

Há parte da doutrina, que para além da dicotomia da cláusula geral anti-abuso e das normas anti-abuso específicas, ainda distingue: normas sectoriais anti-abuso.

¹⁵ [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (b) pág.295] Esta rigidez é vista de um ponto muito favorável por parte SANCHES, tanto a favorecer os contribuintes como a Administração Tributária: «*Nas normas anti-abuso específicas, temos por isso, um conjunto de vantagens (previsibilidade plena para o sujeito passivo, aplicação económica quanto a meios necessários para a Administração) sintetizadas na expressão “segurança jurídica” o que as torna apetecíveis quer para a Administração (que deve ter a preocupação de reduzir os meios de que necessita para actuar), quer para os defensores da concepção tradicional da legalidade tributária.*» (itálico nosso).

¹⁶ [Courinha, Gustavo Lopes (2004) pág.96] Nas palavras do Autor: «Perante a impossibilidade manifesta do legislador de prever a totalidade das vias de elisão fiscal, a recondução dos actos objecto da norma especial anti-abuso à área de tributação vai, invariavelmente, conduzir a novas formas de elisão fiscal.»

Uma questão, com opiniões distintas, é se as normas anti-abuso específicas podem ser aplicadas no âmbito do procedimento do art.º 63 do CPPT.¹⁷

2.1. As Regras CFC e o seu propósito

As Regras CFC são regras que visam impedir o diferimento da tributação¹⁸, ou a acumulação de Rendimentos numa Sociedade localizada num regime de baixa tributação, propositadamente colocada nesse território de baixa tributação por razões puramente fiscais, e sem qualquer atividade genuína que gere rendimentos.¹⁹ O objetivo, destas sociedades colocadas nos territórios de baixa tributação é evitar a tributação através de um esquema de planeamento fiscal, que é simplesmente abusivo, mas que não constitui um crime.

Uma expressão muito interessante para definir as regras CFCs é *tax neutrality*²⁰, parece-nos apropriada, pois o propósito final destas regras é descativar os contribuintes a

¹⁷ [Sousa, Jorge Lopes de (2003)] [Carvalho, João Filipe Pacheco de (2005)] LOPES DE SOUSA é defensor de que o procedimento do art.º 63 apenas se pode aplicar à cláusula geral anti-abuso, com a seguinte justificação: «(...) *as disposições das cláusulas especiais anti-abuso (...) não se enquadram no âmbito de aplicação deste procedimento, "...em face da definição dada no seu n.º 2."* Segundo o autor, "*trata-se, naquelas normas do estabelecimento de presunções*", cujo procedimento aplicável, para que as mesmas possam ser ilididas, é o previsto no artigo 64.º do Código de Procedimento e Processo Tributário.» in *Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal*, Julho-Setembro de 2005, pág.84, autor: João Filipe Pacheco de Carvalho. Muito contrariamente a LOPES DE SOUSA, SALDANHA SANCHES admite que o procedimento previsto no art.º 63 do CPPT pode ser aplicado a algumas normas anti-abuso específicas.

¹⁸ [Burns, Lee (2006) pág.152-153] (Foi acedido através do HeinOnline às 13:22:47 em dia 7 de Junho de 2018) Citamos, brevemente, uma passagem do Autor: «The central purpose of CFC rules is to eliminate deferral. In the presente contexto, deferral means the postponement of current taxation of foreign income that has economically accrued to a taxpayer through the taxpayer's ownership interest in a foreign entity.» Poderá retirar-se do texto citado uma noção do diferimento da tributação, como o adiamento da tributação sobre o rendimento que foi ganho pelo contribuinte através uma participação social numa entidade estrangeira.

¹⁹ [Tello, Matias Cristóbal Pascuali (2015) pág.223] «*En virtud de la regla de que las rentas que tienen su fuente en el extranjero sólo tributan una vez que éstas han sido percibidas, es posible diferir el pago del impuesto por dichas rentas manteniéndolas en el extranjero por medio del establecimiento de empresas subsidiarias domiciliadas en otras jurisdicciones (preferiblemente de nula o baja tributación) que actúan como intermediarias manteniendo dichas rentas en dichas subsidiarias. Para evitar este mecanismo de elusión muchos países han dictado normas específicas que intentan atacar este mecanismo, estas normas son conocidas a nivel comparado como normas CFC (...)*» (itálico nosso).

²⁰ [Macdaniel, Paul R. (1978) pág.241] «*Its basic purpose is to achieve tax neutrality in decisions by US taxpayers whether to invest in the United States or abroad.*» Acaba-se por retirar a ilação de que as regras CFC também podem ser utilizadas com outros propósitos que não meramente o desincentivo ao planeamento fiscal abusivo, mas também em casos em que as regras fiscais pesem para um contribuinte investir no Estado de Residência ou noutro Estado, isto é, o Estado da Fonte.

formarem empresas de fachada, em Estados de tributação baixa, que servem de mealheiros. A ideia de neutralidade conecta-se com as Regras CFCs na medida em que se torne indiferente ao contribuinte realizar investimentos noutros Estados ou no Estado de Residência por razões puramente fiscais.

Todavia, há que indicar que, por vezes, os Estados utilizam-se deste modelo de regras para outros objetivos que não a finalidade da neutralidade fiscal.²¹ Contudo, convém assinalar que o melhor propósito que as regras possuem é de facto evitar situações abusivas evitando o diferimento²² e a junção de rendimentos num território sobre o qual o Estado de Residência do acionista não pode exercer a sua soberania fiscal. Veremos, em baixo, em relação às características das regras CFC que estas nunca poderão também ser só um instrumento de evitar o diferimento.²³

Uma outra possibilidade para a qual possa ser utilizada a Regra CFC, pode ser a diminuição da concorrência fiscal entre os Estados.²⁴

Nesse caso, em que haja regras CFCs que parecem utilizar-se para além de um fim que não seja terminar com o planeamento fiscal abusivo, coloca-se a questão se serão verdadeiras regras CFCs. De acordo com ALBERTO XAVIER, uma norma que se não possui carácter excecional nem finalidade anti-elisão, afasta-se do modelo de regras CFC: «(...) pois pretende atingir a totalidade do lucro das sociedades controladas ou coligadas no exterior, independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação do país ou território de seu domicílio.», o autor afirma isto a respeito da norma CFC brasileira que foi editada no art.º 74 da medida provisória n.º 2.158-34 de 27 de Julho de 2001 in “A tributação dos lucros de controladas e coligas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação.” [Xavier, Alberto (2010)];

²¹ [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.505] «*In certain states, CFC legislation has, however, additional purposes.*» (itálico nosso). Depois de os autores admitirem que de facto existem outros propósitos para as regras CFC para além de evitar a elisão fiscal, admitem, se a regra CFC for construída com outras finalidades pode levantar problemas de compatibilidade com os Tratados para evitar a Dupla Tributação.

²² [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.505] Os Autores apresentam que o propósito das legislações CFC deve como “melhor prática” contra atacar as sociedades estabelecidas em Estados de tributação preferencial com objetivos exclusivos de diferimento; esta ideia é expressa na seguinte transcrição: «*The purpose of CFC legislation should, in “best practise”, be to counter the abuse of companies established at an international level solely for deferring the taxation of income subject to preferential taxation in the country in which the CFC is resident or located, the “abuse” arising in any case of wholly artificial arrangements*».» (itálico nosso).

²³ [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.505]

²⁴ [Dourado, Ana Paula (2016)] Esta ideia que as regras CFC podem ter propósitos de evitar a concorrência fiscal entre Estados é uma ideia de DOURADO, que se retira da seguinte passagem da autora: «*By playing the role of backstop measures, CFC rules, if widely adopted and strengthened, may contribute to reduce or neutralize tax competition among jurisdictions.*»

2.1.1. Dois modelos de regras CFC

Quando as Regras CFC começaram a surgir nas legislações dos Estados, podia-se distinguir entre dois modelos²⁵: um primeiro modelo que dava preponderância ao facto da CFC se encontrar em Estados de baixa tributação, contudo, que não relevava nenhuma importância à natureza do rendimento, ou seja, se se tratava de rendimento ativo ou passivo²⁶; por outro lado, havia outro modelo, que se focava na natureza do rendimento da CFC, olhando com desconfiança para os rendimentos passivos²⁷. Estes modelos atualmente não são tão distintos; as legislações passaram a integrar os dois modelos; a legislação portuguesa é um exemplo disso²⁸.

2.1.2. A Estrutura e Componentes das Regras CFC

Em princípio, as regras CFC, dirigem-se a sociedades, porém como se verá o BEPS recomenda um âmbito mais alargado. Na verdade, alguns Estados aplicam as regras

²⁵ [Peracin, Gianfranco & Alberto De Luca (2008) pág.21] Um dos modelos é de origem americana, e outro dos modelos é de origem francesa. Cita-se os autores: «The so-called CFC regulations follow very different formulations which go from one extreme, the American ‘transactional approach’, to another, the french ‘locational approach’, with intermediate positions both with regard to underlying logic as well as application methods.»

²⁶ É a chamada *jurisdictional approach*. [Xavier, Alberto (2010) pág.18] «O primeiro modelo pressupõe a caracterização dos “territórios-alvo” (*target territories*), via de regra os paraísos fiscais, seja pelo método das listas (*black, white, white/gray lists*), seja pela exigência de uma alíquota mínima de tributação efetiva comparável ao do país de domicílio da sociedade controladora.»

²⁷ É designado pelo modelo da *transactional approach*. [Xavier, Alberto (2010) pág.18-19] «O segundo modelo, por sua vez, pressupõe a determinação dos rendimentos em relação aos quais ocorrerá a imputação automática (os “rendimentos contaminados” ou *tainted income*), os quais são via de regra considerados rendimentos passivos (juros, *royalties*, etc.), por oposição aos *rendimentos ativos* ou *empresariais*.»

²⁸ O art.º 66 n.º 1 e n.º 2 do CIRC estabelece que somente serão consideradas CFCs, aquelas entidades que estão situadas num dos territórios listados pela portaria dos paraísos fiscais – denota-se, assim, a presença do modelo: *jurisdictional approach* – há uma lista que estabelece os territórios alvo da regra de imputação de lucros e rendimentos de sociedades estrangeiras controladas a residentes em território português. No art.º 66, tanto n.º 1 como no n.º 2, não há uma densificação do que se considere rendimentos, propriamente dito, por isso tudo aponta para que se incluam rendimentos ativos e passivos. Todavia, no n.º 4 do art.º 66 há uma exclusão das CFCs quando 75% dos rendimentos provenham de uma atividade agrícola ou industrial, deste modo dando relevância ao facto do rendimento das CFCs ser rendimento ativo ou passivo.

CFC a muitas outras formas jurídicas, sem serem necessariamente sociedades; podem-se aplicar a figuras como: fundações, trusts²⁹, partnerships, estabelecimentos estáveis, etc.

Assinala-se, desde já, uma componente das Regras CFC: **o âmbito subjetivo das pessoas às quais se devem aplicar**. O art.º 66 define o âmbito dos sujeitos passivos com recurso ao conceito de Residente. Todos os Residentes estão sujeitos à regra CFC. No que diz respeito ao âmbito subjetivo, há que clarificar que as entidades que poderão a vir ser consideradas CFCs não são os sujeitos passivos da norma CFC, pois a norma destina-se aos residentes.

Em segundo lugar, há a **componente do Controlo**, todas as regras CFCs designam o que faz com que a entidade subjetivamente escolhida pelo legislador possa ser uma CFC. Na componente do Controlo compreende-se três elementos: o que concede o controlo (o quê), quanto desse quê é necessário para se concluir que há controlo (o quanto) e o modo como esse controlo pode ser quantificado (direta ou indiretamente). É óbvio, que se o legislador estabelecer, um âmbito bastante alargado de entidades, em que abarque estabelecimentos estáveis, esse requisito do nível controlo não se coloca.

O nível de Controlo é distinto de Estado para Estado. A regra CFC alemã, no que diz respeito somente à componente do Controlo estabelece: que há Controlo quando a CFC seja controlada em mais de 50% dos direitos de votos ou das participações sociais, sendo estes detidos direta ou indiretamente.³⁰ Ora, aqui estão explanados os três elementos do Controlo: em mais de 50% é a definição do quantum; dos direitos de votos e participações sociais é o quê que confere controlo, e direta e indiretamente é o modo como o Controlo pode ser exercido.

²⁹ [Silva, Braz da (2000)] «O “Trust” é uma figura legal em que se prevê a separação entre o proprietário (denominado “settlor”), a entidade gestora (“trustee”) e o beneficiário do bem. Esta figura jurídica que está consagrada

³⁰ [Weiss, Martin (2015)] O Autor explica pormenorizadamente a constituição da regra CFC alemã: «Germany has had a CFC regime since the introduction of the FTTA in 1972. Its basic structure has remained largely static since then. Under the German CFC regime, a CFC is defined as:

- (1) A foreign corporation (section 7(1) of the FTTA),
- (2) Whose share capital or voting rights are majority owned by German residents at the end of its fiscal year (section 7(2) of the FTTA, either directly or indirectly,
- (3) Insofar as it generates “passive” income, i.e. income that is not covered in an exhaustive list of types of “active income” (section 8(1) of the FTTA), and
- (4) Whose income is taxed at an effective tax rate below a threshold of 25% (section 8(3) of the FTTA) (...))»

A regra CFC alemã aplica-se tanto a pessoas coletivas como a pessoas singulares.

Em terceiro lugar, há a **componente da territorialidade da CFC**; muitas regras CFC diminuem o âmbito de entidades que possam ser consideradas CFC pelo Estado onde as entidades estrangeiras estão localizadas. A territorialidade abarcada nas regras CFC pode ser definida de três formas: uma primeira, é a elaboração de uma lista negra de Estados que se sabe à partida que são territórios de baixa tributação; uma segunda forma, é elaborar uma lista cinzenta em que se lista alguns territórios que podem estar sujeitos às regras CFC³¹; e a terceira forma consiste em considerar que uma entidade é uma CFC se o território no qual estiver tiver uma taxa inferior à taxa do Estado de Residência, ou for abaixo de outra taxa fixada propositadamente para o efeito.

Por último, há a **componente do Rendimento da CFC** que deve ser chamado à colação no Estado de Residência. Tem-se de definir quais os rendimentos da CFC que devem ser transportados para os sócios residentes com fim à tributação no Estado de Residência. Há Estados que destringam entre rendimentos passivos e rendimentos ativos, tributando apenas os primeiros. Como por exemplo, a regra CFC japonesa estabelece que o rendimento de uma CFC que satisfaz o teste de exercício de uma atividade económica não será sujeito a tributação no Estado Japonês, independentemente da taxa de tributação do Estado da CFC, isto é referente, a rendimentos ativos, pois são provindos de uma atividade económica; por sua vez os rendimentos passivos, já serão tributados se a taxa no Estado da CFC for abaixo de 20%.³² Esta regra CFC apresentada, separa o tratamento que deve ser dado a rendimentos de uma CFC que tenham uma natureza diversa.

Os elementos essenciais que uma regra CFC apresenta na sua definição são: em primeiro, âmbito subjetivo das entidades às quais se aplica (no Estado de Residência); componente do Controlo que a entidade residente deva exercer sobre a CFC; componente da territorialidade (ou seja, se o território, no qual se encontra a CFC deve ter mais

³¹ [Borges, Ricardo (2004)] O Autor em relação à lista cinzenta: «The regulations also include a “grey” list of countries or territories that may be subject to CFC rules.». De acordo com AZEVEDO, a autora designa por **listas cinzentas** aquelas que “(...) *que procuram identificar regimes fiscais privilegiados de que gozam certas sociedades em países, que conhecem, em geral níveis de tributação elevados. (...)*” – itálico e negrito nosso – em nota de rodapé n.º 70 na pág.54 do artigo “A elisão fiscal internacional e paraísos fiscais” [Azevedo, Maria Eduarda (2014) pág.54].

³² [PwC Japan Tax Newsletter in www.pwc.com/jp/e/tax (2017) pág.2] «Under the New CFC Rules, (i) income earned by a FRC which satisfies the Economic Activity Tests will not be subject to CFC rules regardless of the corporate tax rate (passive income may be subject to CFC rules when the corporate tax rate is less than 20%) (...)»

“preponderância” do que outro territórios, onde hajam outras CFC); e a componente do rendimento da CFC.

Como se pode ver pelos vários exemplos de regras CFC apresentados, não se pode concluir, que haja um elemento das regras CFC que tenha mais preponderância que o outro. Existem vários moldes de construção de uma regra CFC, e alguns Estados dão mais importância a uma componente do que a outra.

Os elementos apresentados acima são elementos que podem existir de diferente maneira nas regras CFCs que são adotadas pelos Estados.

2.1.3. Características das Regras CFC

Para além da ideia de *tax neutrality* e do mecanismo de anti diferimento (já acima mencionados), a regra CFC tem ainda outras características a apontar. Parecem ter de ser considerados duas outras características das regras CFC: um carácter excecional e um objetivo de anti-elisão.

O carácter excecional está relacionado com a segregação que a regra faz de situações que devem ser tratadas de diferente maneira: uma é considerada abuso, a outra situação não é. Isto é, o carácter excecional faz com que obrigatoriamente tenham de haver situações que nunca se irão enquadrar na norma, porque aquelas que se enquadram: são as situações excecionais. Inserimos o carácter excecional da norma CFC como uma das suas características, porque a propósito da nova regra CFC que o Brasil tinha adotado, que pecava do ponto de vista de XAVIER por:

[pretender] «(...) *atingir a totalidade do lucro das sociedades controladas ou coligadas no exterior, independente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação do país ou território de seu domicílio. Falta-lhe (...) o carácter de providência excepcional (...)*».³³

Quanto ao objetivo de anti-elisão, este também, obviamente será o objetivo da norma CFC, que segundo Xavier faltando, será de considerar que não se está perante uma

³³ [Xavier, Alberto (2010) pág.19].

regra CFC.³⁴ No caso da Regra CFC não conter um objetivo de anti-elisão, então somente se resumirá a ter como propósito evitar um diferimento. Todavia, de certa maneira, a regra CFC tem sempre um propósito de evitar um diferimento³⁵, não pode ser é o seu único propósito – tem de ser de natureza excepcional com vista à situação de abuso.

As regras CFC implicam dois modos de serem vistas: ligadas à tributação universal, ou então, conectadas com a tributação territorial.³⁶ A verdade é que as regras CFC alteram os elementos de conexão: residência e fonte – há a transmutação da territorialidade em universalidade.³⁷

2.2. Natureza Jurídica das Regras CFC

Existem várias posições em relação à natureza jurídica das regras CFC, nomeadamente quatro.

Alguma doutrina densifica a regra como sendo a desconsideração da personalidade jurídica da CFC/SEC, isto é, levanta-se o “véu” para poder-se alcançar os lucros.³⁸ Nesta posição, como se desconsidera a personalidade jurídica da CFC há uma

³⁴ [Xavier, Alberto (2010) pág.19] A finalidade de contra-ataque à elisão é primordial para que possa considerar uma determinada norma CFC: «*A total inexistência de um elemento “abusivo” relacionado ou com o território de domicílio ou com a natureza do rendimento leva mesmo a afirmar que não se trata de uma regra “CFC”.*» (itálico nosso). Parece-nos, em nossa humilde opinião, que se este elemento de anti-abuso não existir, haverá uma intenção única do Estado de tributar qualquer sociedade estrangeira controlada pelo simples facto de ser uma CFC. Ainda na ótica de XAVIER quando não haja objetivos de anti-elisão, a regra passa a ser um «(...) ***instrumento antidiferimento***, destinado a assegurar a neutralidade de exportação de capitais até às suas últimas consequências.» (itálico, sublinhado e negrito nosso).

³⁵ [Tello, Matias Cristóbal Pascuali (2015)] De facto evitar o diferimento é uma das características das regras CFC, evitar que as controladas se tornem “porquinhos mealheiros” e que não distribuam os lucros para os sócios. Transcrevemos o autor na seguinte passagem, ainda que haja muita mais literatura que conecte a evitação do diferimento com as regras CFC: «*A este tipo de legislación se le denomina anti haven legislation, esta normativa busca evitar el diferimento e incluso la elusión de impuestos en el país de residencia de la empresa matriz.*» (itálico nosso).

³⁶ [Dourado, Ana Paula (2017) pág.72] «(...) podem estar associadas à tributação universal ou à tributação territorial.»

³⁷ [Dourado, Ana Paula (2017) pág.72] «Se a tributação regra assentar no princípio da territorialidade, as regras CFC implicam uma alteração dos elementos de conexão (inversão do método ou switch-over): uma conversão da territorialidade em universalidade (...).»

³⁸ [Smith, Mark & Diether Laudan (1999) pág. 81] «The corporate veil protecting the income earned abroad by foreign corporatins from German taxation is pierced in exceptional circumstances. (...) In the event of a misuse, the corporate veil is pierced for tax purposes. (...) If a misuse of law can not be demonstrated then the corporate veil can also be pierced by (...).» Os autores são apologistas da posição do *piercing the corporate veil*.

atribuição direta dos lucros ao sócio residente. A CFC/SEC é considerada como uma entidade transparente.³⁹⁻⁴⁰

Outra das posições assumidas face à regra CFC é que estas desconsideram a residência estrangeira e acabam por ser consideradas residentes no Estado de Residência do sócio.⁴¹⁻⁴²

Uma outra posição, e terceira, é a presunção da distribuição dos dividendos aos sócios. Nesta posição, a entidade controlada não é considerada transparente, mas simplesmente atribui-se logo os lucros aos sócios.⁴³⁻⁴⁴

Por último, e em quarto, a posição de que os sócios devem ser tributados, sendo que todas as sociedades controladas devem ser consideradas transparentes, ou seja, os lucros “voam” diretamente para a esfera dos sócios.⁴⁵ XAVIER é apologista desta posição conforme pautou na seguinte passagem:

³⁹ [Rust, Alexander (2008) pág.493] O autor explica um pouco acerca desta posição da doutrina face às regras CFC: «*The third possibility – the piercing the veil approach – has similarities to the second type. It is alike in so far as it attributes the income earned by the interposed company to the shareholder. The mechanism is, however, completely different. **The piercing the veil approach treats the interposed company for tax purposes as a transparente entity.** The ‘shareholder’ is treated similar to a partner of the partnership ‘interposed company’. He directly earns the income via the premises of the interposed company.*» (itálico e negrito nosso).

⁴⁰ [Xavier, Alberto (2010) pág.17] «*Foi a reforma Kennedy de 1962 que levou mais longe, em matéria de tributação tributária, a doutrina do piercing the veil of the corporate entity. (...) a lei determinou o afastamento da regra do diferimento do imposto (tax deferral) incidente sobre as rendas obtidas no exterior por subsidiárias de sociedades norte-americanas, corolário da separação das suas personalidades jurídicas (...)*»(itálico nosso).

⁴¹ [Lott, Máira Carvalhaes (2013) (paper in Thomson Reuters e em FiscoSoft acesso em 16/01/2018)] No ponto 1.4.2 a autora acaba por referir esta posição doutrinária das regras CFC: «*(...) (iii) **desconsideração do seu próprio domicílio estrangeiro, presumindo-as domiciliadas no país da sociedade controladora ou coligada (...)***» (itálico e negrito nosso).

⁴² [Cunningham, William T. (1994) pág.] O autor expressa mesmo que a entidade estrangeira controlada não é dada como residente em Portugal. Passamos a transcrever a passagem em que o Autor expressa esta ideia: «*Note-se, no entanto que a imputação aos sócios residentes dos lucros da subsidiária estrangeira não corresponde à sua consideração como sociedade residente em Portugal.*» (itálico nosso).

⁴³ [Rust, Alexander (2008) pág.493] «*The fourth type is the deemed dividend approach. A deemed dividend approach CFC legislation recognizes the corporate status of the interposed and does not treat the interposed company as a transparente entity. **The income earned by the interposed company is deemed to be distributed to the shareholder at the first possible moment.***»(negrito e itálico nosso).

⁴⁴ [Xavier, Alberto (2010) pág.20] «*(...) ou como uma presunção legal de distribuição da totalidade do lucro auferido por aquelas sociedades (fictive ou deemed dividend approach ou teoria do dividendo ficto) (...)*» (itálico nosso).

⁴⁵ [Lott, Máira Carvalhaes (2013) (paper in Thomson Reuters e em FiscoSoft acesso em 16/01/2018)] «*(...) (iv) **transparência fiscal internacional das sociedades controladas e coligadas***

«(...) (iv) ou ainda – como nos parece cientificamente mais correto – recorrendo à ideia de “transparência fiscal internacional” (pass-through entity) das sociedades controladas e coligadas estrangeiras, segundo a qual o lucro destas não lhes é imputado para efeitos fiscais, devendo apenas tributar-se os sócios na proporção em que estes participam naquele lucro.»⁴⁶

Também DOURADO parece apologista da consideração das entidades controladas como transparentes.⁴⁷

3. O art.º 66 do CIRC

Como já foi referido acima o art.º 66 do CIRC é uma cláusula anti-abuso específica, pelas razões enumeradas no ponto anterior. Convém debruçar-nos sobre a construção do art.º 66 e em que situações pode ser acionado, para depois então passarmos à análise e comparabilidade entre as recomendações da Ação 3 do BEPS quanto à formação de uma regra CFC e a solução acolhida na legislação portuguesa no art.º 66 do CIRC.

O n.º 1 do art.º 66 dispõe o seguinte: «Os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, direta ou indiretamente, mesmo através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de votos ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.»

O art.º 66 do CIRC tem como âmbito subjetivo: os residentes sujeitos a impostos, nomeadamente as entidades residentes em território português e nele sujeitas a imposto

estrangeiras, conforme a qual o lucro destas não lhes é imputado para efeitos fiscais, devendo apenas tributar os sócios na proporção em que participam naquele lucro.» (itálico nosso).

⁴⁶ [Xavier, Alberto (2010) pág.20]

⁴⁷ [Dourado, Ana Paula (2017) pág.72] «(...) as regras CFC implicam uma alteração de elementos de conexão (inversão do método ou switch-over): uma conversão da territorialidade em universalidade e **consequente tributação à transparência da sociedade afiliada.**» (sublinhado e negrito nosso).

de rendimento sobre as pessoas coletivas.⁴⁸ Ou seja, daqui se retira que há um apoio no critério do residente para definir as entidades que ficaram sujeitas à regra CFC. Por isso, todos os residentes – desde que claro, preencham os outros requisitos – estão sujeitos à regra de CFC.

Outra questão que a regra CFC do art.º 66 CIRC levanta é a da definição de uma entidade não residente. Isto é como definir as entidades não residentes que ficam sujeitas ao regime. São os lucros e rendimentos destas – entidades não residentes – que vão ser imputadas aos residentes em território português. O n.º 1 do art.º 66 estipula *entidades não residentes em território português* – esta redação foi consagrada pela lei n.º 2/2014 de 16 de Janeiro, porque ao abrigo do decreto-lei, anterior à alteração, a redação do art.º 66 n.º 1, na sua versão do art.º 60 n.º 1, referia um leque mais reduzido: apenas as sociedades.⁴⁹

Como RUI DUARTE MORAES assinalava em relação à terminologia antigamente adotada que seria melhor que a lei portuguesa tivesse adotado – em relação ao antigo artigo 60.º n.º 1 CIRC – uma noção ampla como “entidades não residentes”, pois trata-se de uma conceção que abrange mais sujeitos impedindo que se possa escapar ao âmbito da norma transferindo os lucros para entidades que não se subsumem no conceito de sociedades. Obviamente que o problema da noção reduzida não se coloca hodiernamente, uma vez que o art.º 66º n.º 1 adota uma conceção ampla: “entidades não residentes”. A alteração legislativa acolheu a posição e crítica do autor. A legislação portuguesa também entrou na linha terminológica da maioria das legislações, que já utilizavam esta abstração do conceito das entidades a abranger propositadamente para

⁴⁸ Conforme RUI DUARTE MORAES muitas das legislações resolvem o problema do âmbito subjetivo das normas CFC com a remissão para os artigos que pautam os critérios pelos quais as entidades ficam sujeitas a imposto. «*A generalidade das legislações abrange a totalidade dos sujeitos passivos dos impostos sobre o rendimento, ou seja, define o âmbito pessoal da respectiva aplicação por remissão para as normas internas que definem a incidência desses impostos.*» [RUI DUARTE MORAES (2005) pág.279]

⁴⁹ «*Ora, este preceito, no seu n.º 1, apenas menciona sociedades. Haverá, assim, que concluir que existe uma significativa restrição do âmbito de aplicação da nossa lei relativamente ao que é corrente nos outros ordenamentos, pois nem todos os entes estrangeiros com personalidade jurídica estarão abrangidos por este regime mas apenas o que devam considerados como sociedades.*» (sublinhado nosso) [Moraes, Rui Duarte (2005) pág.290] O nosso ordenamento tinha no antigo artigo 60º n.º1 estipulado que só as sociedades seriam consideradas como CFC (controlled foreign companies). O âmbito dos “sujeitos estrangeiros” abrangidos era mais reduzido do que a redação dada atualmente ao preceito no artigo 66.º n.º 1 que refere «entidades não residentes», tornando o âmbito da norma mais aberto e abrangendo outras entidades para além de sociedades.

evitar a utilização de outro tipo de entidades de modo a escapar à aplicação da regra CFC.⁵⁰ Por isso, quanto à definição de entidades não residentes é claro que a abstração pretende abranger muitas formas jurídicas para além das sociedades. Desta maneira, mesmo que a lei portuguesa não reconheça a figura do *trust*, este estará abrangido pela norma.

Uma vez que a definição das entidades controladoras é baseada no conceito de residente – então, haverá uma exclusão de todos os não residentes: incluindo, desta maneira, os estabelecimentos estáveis em território português de entidades estrangeiras.⁵¹

De acordo com RUI DUARTE MORAES para qualificar as entidades não residentes teremos de recorrer à lei do Estado na qual a entidade tem a sua sede ou administração.⁵² O autor segue o pensamento de ALBERTO XAVIER no que diz respeito à qualificação das entidades estrangeiras à luz da lei do Estado na qual estão sediadas ou são administradas.

Essas entidades não residentes, para se considerarem SEC/CFC devem estar «(...) *submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável (...)*», isto é, devem constar na lista de regime fiscalmente privilegiados que se encontra na portaria 150/2004 de 13 de Fevereiro. Por isso, o universo destas entidades não residentes é reduzido para o núcleo daquelas que apenas se encontram num daqueles Estados⁵³, e nesse mesmo Estado, a

⁵⁰ «A terminologia utilizada pelas várias legislações para identificar as entidades não residentes cujos lucros não distribuídos serão imputados aos respectivos participantes residentes é, das mais das vezes, intencionalmente vaga.» [Moraes, Rui Duarte (2005) pág.282]

⁵¹ [Câmara, Francisco da Sousa & Bernardo Ayala () pág.76] Os autores mencionam expressamente que os detentores de participações residentes podem ser pessoas singulares e pessoas coletivas, mas que «(...) *that it does not include non-residents such as a Portuguese permanent establishment of foreign entities.*» (itálico nosso). De facto, se atentarmos no art.º 2 n.º 3 do CIRC, esse número coloca explanoado que «Para efeitos deste código, consideram-se residentes as pessoas coletivas e outras entidades que tenham sede ou direção efetiva em território português.».

⁵² «(...) qualificação essa que será, em princípio, feita por referência à lei do país da respectiva sede ou administração. **Nem poderia ser de outra forma, uma vez que, por definição, a personalidade jurídica (societária, no que nos interessa) de um ente colectivo é uma criação, uma emanação, de um determinado ordenamento nacional.** O ente é ou não uma pessoa colectiva e, dentro destas, uma sociedade segundo a sua lei *peçoal*.» (negrito nosso) [Moraes, Rui Duarte (2006) pág.289]

⁵³ [Majdowski, Filip & Weronika Missala (2015) pág.476- 477] A regra CFC polaca distingue três categorias de Sociedades Estrangeiras Controladas: um tipo 1 que são o grupo de CFCs que estão nos clássicos paraísos fiscais, e desta forma, estão listadas numa black list; o tipo 2 de CFCs consistem estarem em Estados com os quais a Polónia ou a União Europeia não tem qualquer acordo de troca de informações; já o tipo 3 de CFCs consiste em sociedades localizadas na União Europeia ou na Área Económica Europeia, ou ainda em Estados com os quais a Polónia e União

entidades esteja isenta ou não sujeita a um imposto de natureza similar ou idêntica ao IRC.

É o n.º 5 do art.º 66 que remete para a portaria: «5. *Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma entidade está submetida a um regime claramente mais favorável quando o território de residência da mesma constar da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, quando a referida entidade aí esteja isenta ou não sujeita a um imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC (...)*». A entidade tem ainda de estar isenta ou não sujeita a um imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC.

Cabe ainda referir que pode ser ainda considerada nos termos do n.º 5 uma entidade sujeita a regime claramente mais favorável: «(...) *quando a taxa de imposto que lhe é aplicável seja inferior a 60% da taxa de IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º*» (itálico nosso). A taxa do art.º 87.º do CIRC é atualmente de 25%, querendo dizer que a taxa aplicável no território da entidade estrangeira não pode ser inferior a 12,5%.

A adoção de uma *black list* demonstra que Portugal escolhe as entidades que se candidatam a serem CFCs de acordo com a *jurisdiction approach*, isto é, de acordo com o local onde estão posicionadas. Esses locais, claro, que são zonas de baixa tributação – por zonas de baixa tributação entende-se ordenamentos em que há uma divergência entre a taxa do Estado do Residente e a taxa aplicada no Estado da entidade controlada, ou pode nem haver tributação alguma nessa jurisdição.⁵⁴

Europeia tem um acordo de troca de informações, mas desde que uma série de condições sejam satisfeitas cumulativamente, e essas condições são as seguintes: o contribuinte polaco tem de deter pelo menos 25% - direta ou indiretamente – de participação, direitos de voto ou direito aos lucros de uma CFC, desde que a detenção ocorra por um período ininterrupto de 30 dias; 50% do rendimento dessas sociedades estrangeiras controladas é rendimento passivo; e por último, pelo menos, uma das categorias de rendimento passivo.

Em respeito ao tipo 2 de CFCs (cujo critério é a falta de um acordo de troca de informações) estão incluídos nesta lista, Estados como o Brasil, o Equador e o Peru. Portugal não incluí estes países na sua lista de paraísos fiscais, e muito menos o Brasil, se candidata à aplicação da regra CFC, pela taxa ser 60% abaixo da taxa portuguesa, uma vez que a taxa de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (sobre a renda) é hodiernamente de 25%.

⁵⁴ [Morais, Rui Duarte (2006) pág.339] De acordo o autor a *black list* assenta no pressuposto de que a aplicação de uma norma CFC «(...) *deverá, pois, acontecer apenas nos casos em que exista uma manifesta divergência entre o nível de tributação que o ente em causa está sujeito no país ou território da sua sede e aquele a que estaria sujeito caso estivesse sediado no país de residência dos sócios (...)*» (itálico nosso).

Por isso, a inclusão de um Estado numa lista negra depende da sua taxa de tributação e do seu regime de tributação de certas categorias de rendimentos. Essa parece ser o fundamento de muitas das listas negras dos Estados, ainda que por vezes, para além dos Estados que são os clássicos das

A aplicação do modelo da *jurisdiction approach* não implica necessariamente a exclusão da *transactional approach*; pelo contrário, os Estados complementam as suas normas CFC com os dois modelos, e Portugal não é exceção. Há, então, Estados que misturam os dois modelos e há Estados que claramente adotam só um modelo.

Em resposta à questão de saber se «paraísos fiscais» e «regimes fiscais privilegiados» são sinónimos no ordenamento português, MORAIS afirma que são sinónimos, ainda que a segunda expressão seja meramente eufemística, e por isso acaba por distinguir aqueles que são os Paraísos Fiscais Clássicos e os Paraísos Fiscais Especializados.⁵⁵ Os Paraísos Fiscais Clássicos são aqueles que configuram como estando em todas (ou quase todas) as listas negras de muitos Estados, e apresentam como característica básica o facto de fazerem publicidade de que são um território offshore, com benefícios fiscais para as sociedades estrangeiras de modo a podem captá-las.⁵⁶ PIRES, por seu lado, enumera as imensas características que compõem um *tax haven*, que enumeramos seguidamente: no que respeita às características fiscais, os *tax havens* são territórios em que há a inexistência de impostos, ou uma tributação baixa ou quase irrelevante, inexistência de tributação dos rendimentos provindos do exterior, e ainda pode ocorrer uma tributação mais baixa consoante o país de origem dos rendimentos; no que respeita a outros fatores, poderá haver falta de troca de informações, inexistência de transparência de regras administrativas e legais, existência de segredo bancário.⁵⁷ Também PIRES nomeia a reputação e a automeação do território como paraíso fiscal, fazendo alusão à publicidade, de que menciona MORAIS.

Por sua vez, os Paraísos Fiscais Especializados situam-se em Estados desenvolvidos, e estabelecem um nível de tributação elevada tanto para os residentes como para os não residentes, a excecionalidade concentra-se em regimes próprios criados para certas sociedades dependendo do seu ramo de atividade, como também a sociedades

black lists, alguns Estados incluem ainda o denominador: Estados com os quais não tenham acordo de troca de informações.

⁵⁵ [Morais, Rui Duarte (2006) pág.342] O autor faz esta distinção numa nota de rodapé (n.º 771).

⁵⁶ [Morais, Rui Duarte (2006) pág.343] A característica dos paraísos fiscais clássicos é publicitarem-se como tal. Melhor dito nas palavras do autor: «*O seu traço distintivo essencial resulta do facto de se afirmarem abertamente como tal, de se fazerem publicitar nessa qualidade, visando assim atrair a instalação de sociedades-base de capital estrangeiro. Nestes países ou territórios existe, normalmente um regime fiscal simples, implicando nenhuma ou uma reduzida tributação do rendimento, regime esse acessível a não residentes e a sociedades detidas por estes, porventura coexistindo com regras tributárias diferentes aplicáveis aos residentes.*» (itálico nosso).

⁵⁷ [Pires, Rita Calçada (2018) págs. 240-241]

que só exerçam a sua atividade em certas áreas delimitadas.⁵⁸⁻⁵⁹ Os Paraísos Fiscais Especializados também são denominados por *Harmful preferential tax regimes*. De acordo com PIRES, os regimes fiscais especializados, aos quais a autora designa de regimes fiscais preferenciais prejudiciais, são caracterizados por: não tributação, ou tributação baixa dos rendimentos, apresentam um regime diferencial quanto a não residentes face aos seus residentes, falta de transparência, falta de troca de informações, não aplicam regras fiscais dissuasoras de esquemas de planeamento fiscal, como as regras CFCs, regras de preços de transferência, e outras. De facto, diferenciam-se em relação aos paraísos fiscais, devido a não se identificarem de forma “ostensiva”.⁶⁰

Em existência oposta às black lists, existem as white lists, estas últimas são listas que elencam Estados que estão expressamente fora do âmbito de aplicação das regras CFC. Portugal não possui nenhuma *white list*.⁶¹

3.1. Controlo

Outro dos requisitos para a aplicação da regra CFC é o controlo por residentes das entidades não residentes. O que se entende por “Controlo”, ou seja, a sua noção é discutida no âmbito da disciplina de Direito das sociedades, e não se deixa de poder colocar a problemática se “controlo” no direito das sociedades tem a uma correlação igual no Direito Fiscal.

Em sede de Direito das sociedades, “controlo” reporta-se a uma posição dominante, de uma sociedade (a sociedade dominante) face a outra sociedade (a sociedade

⁵⁸ [Morais, Rui Duarte (2006) pág.343-344]

⁵⁹ [Xavier, Alberto (2014) pág.351] O autor chama a atenção para o facto de que um território apelativo em termos fiscais não necessita de ser um território com ausência de tributação, bastando que o nível de tributação seja inferior ao território de residência. «*O carácter mais favorável da ordem jurídica escolhida não se traduz necessariamente numa ausência de tributação, podendo os objectivos do contribuinte **satisfazer-se com uma tributação mais moderada.***» (itálico e negrito nosso). Essa tributação mais moderada é em relação ao Estado de Residência do Contribuinte.

⁶⁰ [Pires, Rita Calçada (2018) pág. 242]

⁶¹ A Itália é um exemplo de um Estado que adota duas listas: uma black list e a outra, white list. O fundamento da lista branca italiana, funda-se em que são Estados que trocam informações com a Itália. Nessa white list, em 23 de Março de 2017, constam, como exemplo, os seguintes Estados: Andorra, Mónaco, Uruguai, Chile, Suíça, Hong Kong, Egipto, Marrocos, etc. Nessa white list italiana, Portugal está incluído.

dominada).⁶² A vontade da sociedade dominada não se forma autonomamente. A noção de “controle” pode ser vista do ponto do Direito das Sociedades – sendo uma noção jus-privatista⁶³ – ou do ponto de vista do Direito Fiscal. Sem nos querermos alongar muito, acerca da noção de controle, PERESTELO DE OLIVEIRA esclarece que a sociedade dominante tem a capacidade de atuar (de modo direto ou indireto) sobre o governo da sociedade dependente, fazendo com a vontade desta esteja autodeterminada.⁶⁴ Ora, esta explicação ajuda sem dúvida a entender o controle a nível do Direito Fiscal. Pois, que só quando a entidade dominante possa determinar a vontade da entidade dependente a não distribuir os dividendos, se pode considerar que haja controle. A noção adiantada pelo Direito das sociedades é auxiliadora do Direito Fiscal. No entanto, a lei fiscal é mais precisa, uma vez que estabelece uma meta quantitativa para o facto.

A norma CFC portuguesa contém duas situações distintas, isto é, a norma CFC portuguesa prevê dois níveis de Controle. O requisito do Controle pode ser preenchido de duas maneiras.

A norma do art.º 66 distingue, então, duas situações. Uma primeira situação em que é indiferente se há controle maioritário ou não, desde que haja 25% de participação na sociedade estrangeira então será considerada uma Controlled foreign company; e há uma segunda situação em que se estipula que haja um controle maioritário, pelo menos 50% de detenção por residentes em que prevê que os sócios devem deter uma participação

⁶² Engrácia Antunes distingue, a ver, três conceitos a aplicar no enquadramento de uma sociedade. Uma sociedade pode ser autónoma, e deste modo ser uma sociedade completamente independente, - que para o autor essa sociedade autodetermina-se, escolhendo as suas linhas orientadoras de modo soberano. Em contraposição, se houver, nas palavras do autor um *controle intersocietário*, não há autonomia – logo se estará perante uma sociedade dominante e uma sociedade dominada. Há, assim, um controle intersocietário que se sobrepõe à autonomia individual de uma sociedade.

⁶³ [Rodrigues, Hugo (2017)]

⁶⁴ [Rodrigues, Hugo (2017) pág.] Citamos o pensamento do Autor, que se baseia, na posição de PERESTELO DE OLIVEIRA: «Neste âmbito, é com acuidade que passamos a observar a exposição de Perestelo de Oliveira, acerca, precisamente, da noção de controle societário (...) A autora enceta o discurso pelo enquadramento da noção na semântica e no sentido do nosso ordenamento. O “domínio” ou “influência dominante” surge: “Em termos sintéticos, como o poder que assiste à sociedade dominante de, imediata ou mediamente, agir sobre o governo da sociedade dependente, determinando a sua vontade relevante, seja pelo poder de diretamente escolher os administradores (art.º/2, c)), seja pelo poder exercido sobre a assembleia geral da controlada e inerente à sua «força persuasiva» quanto ao comportamento dos administradores (art.486/3 b))” Destarte, o cânone do conceito de controle transcrito exprime uma feição orientada para os mecanismos de interferência na gestão intersocietária. (...)”.

de 10%. A primeira situação está prevista no n.º 1 do art.º 66 CIRC enquanto a segunda situação está consagrada no art.º 66 n.º 2 CIRC.

Como o n.º 1 do art.º 66 estipula: «(...) *sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, direta ou indiretamente, mesmo através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de votos ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.*» (itálico nosso). Isto é deveras importante, porque pode haver uma entidade residente em território português que tenha uma participação numa entidade não residente que se situe num paraíso fiscal, e os lucros da não residente seriam imputados à entidade portuguesa residente para efeitos de apuramento da sua matéria coletável apenas pela existência de uma participação, fosse esta qual fosse, só que essa imputação ainda está dependente da detenção [direta ou indireta] de 25% do capital, de direitos de voto ou direito sobre os rendimentos/elementos patrimoniais dessas entidades.

Desde logo, este requisito do Controlo (a necessidade de preenchimento deste pressuposto) pelos residentes encontra a sua razão de ser no facto de um residente que detenha uma participação insignificante na entidade estrangeira, não terá influência nas decisões sobre a distribuição de lucros aos sócios⁶⁵, logo há uma conclusão de que a sua participação numa entidade situada num paraíso fiscal não tem objetivos de elisão fiscal. O caso mudará de figura quando o residente em território português poder “manipular” a outra entidade, influenciando-a a não colocar os dividendos à disposição dos sócios, armazenando-os na sua esfera, e sem possibilidade de serem tributados ou serem tributados muito abaixo daquilo que seriam se fossem distribuídos aos sócios residentes em territórios de elevada tributação. Por isso, o Controlo é o aspeto que mais sobressai nas regras CFC, as entidades estrangeiras têm de ser sempre controladas, satisfazer o critério do Controlo, seja este qual for, pois o critério para atribuir Controlo muda de legislação para legislação.

⁶⁵ «(...) será a consciência por parte do legislador de que estas normas implicam a tributação dos sócios residentes por rendimentos de que podem não ter real disponibilidade, uma vez que a tributação existe sempre, em cada ano, independentemente de uma efectiva distribuição de lucros. Os contribuintes podem, assim, não ter liquides para satisfazer o imposto devido. A exigência do controlo por residentes poderá surgir como uma resposta a esta crítica: os sócios residentes, porque controlam a sociedade em causa, poderão sempre deliberar uma distribuição de lucros que, no mínimo, lhes permita satisfazer as obrigações fiscais implicadas pelas respectivas participações sociais (...)» [Moraes, Rui Duarte (2006) pág.312]

No caso português, o legislador consagrou 25% de controlo, tanto direto como indireto. Para compreender o controlo direto basta um exemplo simples: a sociedade residente em território português detém 25% de uma entidade residente num dos Estados constados na lista de offshores, esta entidade portuguesa detém diretamente o controlo; outra forma é o controlo indireto, em que por exemplo a sociedade residente em território português detém 10% da sociedade estabelecida num dos Estados constante na lista de paraísos fiscais, e detém os outros 15% através da titularidade de uma empresa francesa na qual detém 20%.

A consagração dos 25% de Controlo é considerado por RUI DUARTE MORAES como excessivo, nas palavras do autor «*A solução portuguesa é das mais exigentes em termos comparativos, o que, verdadeiramente, não se compreende.*».⁶⁶ A ideia dos 25% de Controlo advém da diretiva *mãe-filhas* em que considera haver uma relação de subordinação quando a sociedade-mãe detenha 25% da sociedade-filha.⁶⁷ Nas palavras de MORAIS:

*«(...) as situações não são idênticas (...) pretende-se identificar as situações em que a sociedade não residente não é mais do que uma longa manus de residentes, criada com objetivos de economia fiscal. Daí que o nível de participação deva ter que espelhar, sem dúvidas (...) um verdadeiro controlo, o que, certamente, apenas acontece quando se verifica uma detenção da maioria dos votos e/ou do capital.»*⁶⁸

Não é somente a estipulação dos 25% de Controlo que atrai críticas, mas também a previsão dos 10% de Controlo quando haja sócios residentes em território português que perfaçam uma maioria de 50% de controlo, em que há o exercício da regra CFC sem

⁶⁶ [Morais, Rui Duarte (2006) pág.314-315] O autor é crítico da estipulação dos 25% na legislação portuguesa, que justifica da seguinte maneira: «(...) é uma solução quase sem paralelo, difícil de compreender num país que continua a ser, essencialmente, um importador de capitais, com um nível de tributação do lucro perfeitamente moderado em termos internacionais (ou seja, onde não há um “grande” estímulo fiscal à deslocalização artificial da titularidade de rendimentos para sociedades-base em paraísos fiscais (...)) e com uma administração fiscal certamente impreparada para um tratamento de uma grande massa de informação relativa a situações envolvendo grande complexidade técnica.»

⁶⁷ [Morais, Rui Duarte (2014) pág. 329].

⁶⁸ [Morais, Rui Duarte (2014) pág. 330].

que os acionistas efetivamente tenham controlo da sociedade estrangeira controlada.⁶⁹ No entanto, Portugal não é o único Estado que adota percentagens de controlo tão diminutas, ainda que um grupo minoritário.⁷⁰

Ainda em respeito ao nível do controlo, a regra CFC portuguesa não prevê qualquer requisito temporal no que se refere ao tempo mínimo que a participação deve estar na detenção do acionista. A regra CFC polaca obriga para se aplicar a regra CFC a que as participações estejam detidas na esfera do acionista: pelo menos 30 dias.⁷¹

Sem prejuízo, de infra, ser apresentado os vários tipos de controlo existentes, a regra CFC portuguesa prevê a imputação quando a controlada possui direitos sobre os votos, os rendimentos, ou elementos patrimoniais da SEC/CFC – chama-se a atenção para o caso de haver usufrutos.⁷²

3.2. Evolução das regras CFC na legislação portuguesa

As Regras CFC foram introduzidas na legislação pelo decreto-lei 37/95 de 4 de Fevereiro de 1995, no art.º 57-B do CIRC (acrescentado pelo art.º 2 do decreto-lei 37/95 de 4 de Fevereiro de 1995). O art.º 57-B do CIRC foi, então, a primeira regra CFC portuguesa. Passamos a reproduzir, aqui, na íntegra o art.º 57-B do CIRC:

⁶⁹ [Ferreira, Alcídio Mateus (2012) pág.480] «Control is deemed to exist when (...) the resident company holds more than 10% of the shares and 50% or more of the non-resident company is held by resident shareholders (...) **in particular, CFC rules might apply even in circumstances where no control is exercised, thus making the Portuguese rule one of the most penalizing CFC rules in Europe.**» (negrito nosso).

⁷⁰ [Majdowski, Filip & Weronika Missala (2015) pág.476] A regra CFC polaca é talvez uma das mais criticadas face à sua construção, mas no que nos interessa em relação ao nível de controlo, também adota os 25%, e ainda quando as Sociedades Estrangeiras Controladas estiverem em paraísos fiscais ou em ordenamentos sem qualquer acordo de troca de informações, o controlo passa para 1%. Como os autores referem. «*In addition, where CFCs are located in tax havens or jurisdictions that withhold tax information, the level of control can be even lower, for example, 1%. The level of control is, therefore, quite arbitrary and generally not common in other countries with CFC rules.*» (itálico nosso).

⁷¹ [Majdowski, Filip & Weronika Missala (2015) pág.475] «*For the purposes of the Polish CFC rules, a controlling interest must be maintained for an uninterrupted period of at least 30 days in a tax year (...)*» (itálico nosso).

⁷² [Handler, Arnold R. (1997) pág.422] Transcrevemos uma passagem do Autor, quanto à referência do instituto do usufruto como forma de obter certo controlo, e que é um instituto comum nos Estados Europeus. «*The usufruct is essentially a civil law concept, an interest in property roughly comparable to an income interest under common law. Thus, it exists in a number of European and Latin American countries, and also in the state of Louisiana. In the corporate context, a usufruct is a right to the dividends on shares and possibly also includes voting rights.*».

«Artigo 57.º-B

Imputação de lucros de sociedades residentes em países com regime fiscal privilegiado

- 1- *São imputados aos sócios residentes em território português, na proporção de sua participação social e independentemente de distribuição, os lucros obtidos por sociedades residentes fora desse território e aí submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável, desde que o sócio detenha, direta ou indiretamente, uma participação social de, pelo menos, 25%, ou, no caso de a sociedade não residente ser detida. Direta ou indiretamente, em mais de 50%, por sócios residentes, uma participação social de, pelo menos, 10%.*
- 2- *A imputação a que se refere o número anterior é feita na base tributável relativa ao exercício que integrar o termo do período de tributação da sociedade não residente e corresponde ao lucro obtido por esta, depois de deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência dessa sociedade.*
- 3- *Para efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que uma sociedade está submetida a um regime claramente mais favorável quando no território de residência da mesma não for tributada em imposto sobre o rendimento ou a taxa de tributação aplicável sobre os lucros obtidos for inferior a 20%.*
- 4- *Excluem-se do disposto no n.º 1 as sociedades residentes fora do território português quando se verificarem cumulativamente as mesmas condições:*
 - a) *Os respectivos lucros provenham em pelo menos de 75% do exercício de uma atividade agrícola ou industrial no território onde estão situadas ou do exercício de uma atividade comercial que não tenha como intervenientes residentes em território português ou, tendo-os, esteja dirigida predominantemente ao mercado do território em que se situa;*
 - b) *A atividade principal da sociedade não residente não consiste na realização das seguintes operações:*
 - i) *Operações próprias da atividade bancária, mesmo que não exercida por instituições de crédito;*
 - ii) *Operações relativas à atividade seguradora, quando os respetivos rendimentos resultem predominantemente de seguros relativos a bens situados fora do território de residência da sociedade ou de seguros respeitantes a pessoas que não residam nesse território;*
 - iii) *Operações relativas a partes de capital ou outros valores mobiliários, a direitos da propriedade intelectual ou industrial, à prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico ou à prestação de assistência técnica;*

- iv) *Locação de bens, excepto de bens imóveis situados no território de residência.*
- 5- *Quando o sócio residente sejam distribuídos lucros relativos à sua participação em sociedade não residente a que tenha sido aplicável o disposto no n.º 1, são deduzidos na base tributável relativa ao exercício em que esses rendimentos sejam obtidos, até à sua concorrência, os valores que o sujeito passivo prove que já foram imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de exercícios anteriores, sem prejuízo de aplicação nesse exercício do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 71.º e do artigo 73.º.*
- 6- *A dedução que se refere na parte final do número anterior é feita até à concorrência do montante de IRC apurado no exercício de imputação dos lucros, após as deduções mencionadas nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 71.º, podendo, quando não seja possível efectuar essa dedução por insuficiência de colecta no exercício em que os lucros foram obtidos, o remanescente ser deduzido até ao fim dos cinco exercícios seguintes.*
- 7- *Para efeitos do disposto no n.º 1, o sócio residente deverá juntar à declaração periódica de rendimento, a que se refere a alínea b) do artigo 94.º, as contas devidamente aprovadas pelos órgãos sociais competentes das sociedades não residentes a que respeita o lucro a imputar.»*

O decreto-lei 37/95 de 4 de Fevereiro no seu preâmbulo assume logo a intenção de contrariar o amealhar de lucros em sociedades estrangeiras controladas; transcrevemos, inclusive, parte do preâmbulo em que o legislador português afirma as suas intenções:

«(...) A outra medida visa contrariar a acumulação, por residentes de resultados em sociedades por ele controladas, situadas em território que lhe concede um regime fiscal privilegiado, e decorre diretamente do princípio da tributação numa base ilimitada dos rendimentos obtidos por residentes. Consiste, assim, dado o carácter presumidamente instrumental da sociedade controlada, num simples regime de antecipação da consideração para efeitos da tributação em Portugal dos lucros que cabem à participação do sócio residente. Isso traduz-se na imputação a este, independente da distribuição, da parte do lucro – após impostos – que lhe cabe, tendo em conta o capital social detido, mas com aplicação de um regime semelhante ao dos lucros distribuídos (...)»

É necessário atentar que a referência ao “regime fiscal claramente mais favorável” do art.º 57-B não tem o mesmo significado que atualmente. O art.º 66 atual remete no seu n.º 5 para a portaria das *Offshores* – portaria 150/2004 de 13 de Fevereiro – e ainda quando soma os seguintes requisitos: «(...) *esteja isenta ou não sujeita a um imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou, ainda, quando a taxa de imposto que lhe é aplicável seja inferior a 60% da taxa de IRC prevista no n.º 1 do art.º 87.*» (sublinhado e itálico nosso). No último caso, a taxa aplicada no território tem de ser inferior a 12,5%. Por sua vez, o antigo art.º 58-B instituía claramente que um regime privilegiado era aquele em que se aplicava uma taxa inferior a 20% ou ainda quando não havia tributação de rendimentos daquelas pessoas coletivas. Havia, assim, uma ausência de uma lista negra, ou seja, não houve a adoção na plenitude, desde início, do modelo da *jurisdiction approach*.⁷³ Mas, claro que o modelo adotado por Portugal era, e ainda é, o da *jurisdiction approach* – porque, apesar de não conter desde início uma lista negra, a regra CFC do art.º 57-B tinha como foco os territórios com tributação inferior a 20% da taxa portuguesa.

O decreto-lei 37/95 de 14 de Fevereiro no seu art.º 1.º introduziu ainda uma alteração no art.º 19 do CIRS, na altura, passando a acrescentar no n.º 3 “*Constitui rendimento dos sócios que sejam pessoas singulares o resultante da imputação efetivada nos termos e condições do artigo 57.º-B do Código do IRC, aplicando-se para o efeito, com as necessárias adaptações, o regime aí estabelecido.*”. O regime da imputação dos lucros das sociedades estrangeiras controladas começou-se logo a fazer em relação às pessoas singulares.

A regra do art.º 57-B tinha a ausência ainda de prever que as detenções das participações poderiam ser através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa. Essa ausência foi ainda sentida no art.º 60 (alteração posterior). Somente na previsão atual, está previsto, que as detenções indiretas, podem ser através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa. SOUSA DA CAMÂRA E AYALA opinavam, em relação ao art.º 57-

⁷³ [Câmara, Francisco de Sousa & Bernardo Ayala (1996) pág.77] Os autores consideravam que a razão da falta de publicação de uma lista negra se devia: à flexibilização, que era desejada, e que havia probabilidade de não o fazer no futuro para manter a flexibilidade. Transcreve-se a passagem em que os autores opinam sobre a falta da lista negra no art.º 57-B do CIRC: «*Up til now the Portuguese tax authorities have not published a black list of the low-tax jurisdictions and, in order to preserve flexibility, probably will not do so in the future.*» (itálico nosso). Em contradição, Portugal adotou uma lista negra, abraçando ainda mais o modelo da abordagem jurisdicional, ou seja, dando uma maior ênfase ao modelo jurisdicional – isto é, ao *local* onde estão estas entidades controladas.

B, que nunca os beneficiários efetivos não poderiam ser chamados a colação, porque o conceito de *detenções indiretas* nunca abarcaria o conceito de beneficiários efetivos.⁷⁴ Como já foi referido, o art.º 60 do CIRC apenas considerava as sociedades como possíveis CFCs⁷⁵, tendo um âmbito subjetivo muito reduzido.

O art.º 66 [ainda na altura artigo 57.º-B] sofreu alterações no n.º 3 e n.º 7, e foi aditado o n.º 8 – alterações introduzidas pelo decreto-lei 366/98 de 23 de Novembro de 1998, que alterou os números da seguinte maneira:

«Artigo 57.º-B

Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado

(...)

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que uma sociedade está submetida a um regime claramente mais favorável quando no território de residência da mesma não for tributada em imposto sobre o rendimento ou a taxa efectiva de tributação seja igual ou inferior a 60% da taxa prevista no n.º 1 do artigo 69.º

(...)

7 - Para efeitos do disposto no n.º 1, o sócio residente deverá juntar à declaração periódica de rendimentos, a que se refere a alínea b) do artigo 94.º, os seguintes elementos:

a) As contas devidamente aprovadas pelos órgãos sociais competentes das sociedades não residentes a que respeita o lucro a imputar;

b) A cadeia de participações directas e indirectas existentes entre entidades residentes e a sociedade não residente;

c) A demonstração do cálculo da taxa efectiva de tributação a que se refere o n.º 3, tomando como base o imposto sobre o rendimento incidente sobre os lucros obtidos pela

⁷⁴ [Câmara, Francisco de Sousa da & Bernardo Ayala (1996) pág.80-81] «Therefore, in our opinion, the concept “indirect participators” cannot include beneficial owners. (...) Therefore, the sole discrepancy between the tax treatment of residente participators and beneficial owners of CFCs is that the former are obliged to attribute income even when dividends are not paid and that the latter may benefit from tax deferral. (...)».

⁷⁵ [Borges, Ricardo (2004) pág.] BORGES conclui que a regra do antigo artigo 60.º só se aplicava às sociedades. É este o sentido literal que se retirava do artigo. «Therefore, my view is that only income of companies may be imputed at the level of the Portuguese shareholder.»

sociedade não residente e o resultado líquido do exercício acrescido dos encargos fiscalmente não dedutíveis, incluindo o próprio imposto sobre o rendimento.

8 - Quando o sócio residente em território português, que se encontre nas condições do n.º 1, esteja sujeito a um regime especial de tributação, a imputação que lhe seria efectuada, nos termos aí estabelecidos, será feita directamente às primeiras entidades, que se encontrem na cadeia de participação, residentes nesse território e sujeitas ao regime geral de tributação, independentemente da sua percentagem de participação efectiva no capital da sociedade não residente, sendo aplicável o disposto nos n.os 2 e seguintes deste artigo, com as necessárias adaptações.».

A mudança introduzida no n.º 3 foi a mudança do paradigma de definir quando se estava perante um regime claramente mais favorável em termos de tributação: passou-se de uma taxa fixa (20%) para um modelo de relacionamento com a taxa efetiva dos Estados das entidades com a taxa portuguesa de IRC (não podendo ser inferior a 60%).

A lei 30-G/2002 de 29 de Dezembro voltou a alterar o n.º 3 do art.º 57-B [atual 66.º], desta vez fazendo associação a uma lista aprovada pelo Ministro das Finanças, ou quando a sociedade não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC. Reproduzimos abaixo a mudança:

«Artigo 57.º-B

Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado

(...)

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que uma sociedade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma constar da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças ou quando aquela aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português.

(...)

7 - Para efeitos do disposto no n.º 1, o sócio residente deve integrar no processo de documentação fiscal a que se refere o artigo 104.º os seguintes elementos:

(...)

c) *A demonstração do imposto pago pela sociedade não residente e dos cálculos efectuados para a determinação do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português, nos casos em que o território de residência da mesma não conste da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças.*

(...».

Mais tarde, o art.º 57-B passou a ser o art.º 60 do CIRC pelo decreto-lei 198/2001 de 3 de Julho, que alterou o artigo, e que seguidamente transcrevemos:

«Artigo 60.º

Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a regime fiscal privilegiado

1. São imputados aos sócios residentes em território português, na sua proporção da sua participação social e independentemente da distribuição, os lucros obtidos por sociedades residentes fora desse território e aí submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável, desde que o sócio detenha, direta ou indiretamente, uma participação social de, pelo menos, 25%, ou, no caso de a sociedade não residente ser detida, direta ou indiretamente, em mais de 50%, por sócios residentes, uma participação social, de pelo menos, 10%.

2. A imputação a que se refere o número anterior é feita na base tributável relativa ao exercício que integrar o termo do período de tributação da sociedade não residente e que corresponde ao lucro obtido por esta, depois de deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência dessa sociedade.

3. Para efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que uma sociedade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma constar da lista aprovada por portaria do ministro das finanças ou quando aquela aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou ainda quando o imposto efetivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português.

4. Excluem-se do disposto do n.º 1 as sociedades residentes fora do território português quando se verificarem cumulativamente as mesmas condições:

a) Os respetivos lucros provenham em, pelo menos, 75% do exercício de uma atividade agrícola ou industrial no território onde estão situadas ou do exercício de uma atividade comercial que não tenha como intervenientes residentes em território português ou, tendo-os, esteja dirigida predominantemente ao mercado do território em que se situa;

b) A atividade principal da sociedade não residente não consista na realização das seguintes operações:

1) Operações próprias da atividade bancária, mesmo que não exercida por instituições de crédito;

2) Operações relativas à atividade seguradora, quando os respetivos rendimentos resultem predominantemente de seguros relativos a bens situados fora do território de residência da sociedade ou de seguros respeitantes a pessoas que não residam nesse território;

3) Operações relativas a partes de capital ou outros valores mobiliários, a direitos da propriedade intelectual ou industrial, à prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico ou à prestação de assistência técnica;

4) Locação de bens, exceto de bens imóveis situados no território de residência.

5. Quando ao sócio residente sejam distribuídos lucros relativos à sua participação em sociedade não residente a que tenha sido aplicável o disposto no n.º 1, são deduzidos na base tributável relativa ao exercício em que esses rendimentos sejam obtidos, até à sua concorrência, os valores que o sujeito passivo prove que já foram imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de exercícios anteriores, sem prejuízo de aplicação nesse exercício do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 83.º e do artigo 85.º

6. A dedução que se refere na parte final do número anterior é feita até à concorrência do montante de IRC apurado no exercício de imputação dos lucros, após as deduções mencionadas nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 83.º, podendo, quando não seja possível efetuar essa dedução por insuficiência de coleta no exercício em que os lucros foram obtidos, o remanescente ser deduzido até ao fim dos cinco exercícios seguintes.

7. Para efeitos do disposto no n.º 1, o sócio residente deve integrar no processo de documentação fiscal a que se refere o artigo 121.º os seguintes elementos:

a) As contas devidamente aprovadas pelos órgãos sociais competentes das sociedades não residentes a que respeita o lucro a imputar;

b) A cadeia de participações diretas e indiretas existentes entre entidades residentes e a sociedade não residente;

c) A demonstração do imposto pago pela sociedade não residente e dos cálculos efetuados para a determinação do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português, nos casos em que o território de residência da mesma não conste da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças.

8. Quando o sócio residente em território português, que se encontre nas condições do n.º 1, esteja sujeito a um regime especial de tributação, a imputação que lhe seria efetuada, nos termos aí estabelecidos, é feita diretamente às primeiras entidades, que se encontrem na cadeia de participação, residentes nesse território e sujeitas ao regime geral de tributação, independentemente da sua percentagem de participação efetiva no capital da sociedade não residente, sendo aplicável o disposto nos n.ºs 2 e seguintes, com as necessárias adaptações.»

A lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro – do Orçamento de Estado – modificou o art.º 66 na medida em que o conhecemos hoje. O art.º 113 da lei n.º 64-B/2011 introduziu no art.º 66, as seguintes modificações: dividiu o seu n.º 1 em, n.º 1 e n.º 2 – deixando mais claro, as diferentes situações de controlo minoritário (25%) e maioritário (50%); introduziu um novo n.º 3, n.º 4; o novo n.º 5 era o antigo n.º 3; o novo n.º 6 era o antigo n.º 4; o antigo n.º 5 passou a ser o novo n.º 7; o antigo n.º 7 passou a ser o novo n.º 9; o antigo n.º 8 passou a ser o novo n.º 10; acrescentaram-se os números 11 e 12.

A lei n.º 2/2014 de 16 de Janeiro implementou uma reforma no CIRC, que alterou no art.º 66: o n.º 5, a alínea a) 1) e 2) do n.º 6, o ponto 3) da alínea b) do n.º 6. De resto, o artigo permaneceu o mesmo.

II – As Recomendações do BEPS em relação às regras CFC

4. A Ação 3 do Projeto BEPS

O relatório da Ação 3 do BEPS divide-se em vários capítulos: o primeiro capítulo diz respeito a uma introdução de considerações e objetivos das regras CFC; o segundo capítulo, estabelece as regras para definir uma CFC; o terceiro capítulo, consagra recomendações quanto a isenções e limites; o quarto capítulo, respeita a definição do rendimento de uma CFC; o quinto capítulo, postula as regras para calcular o rendimento; o sexto capítulo, apresenta recomendações de regras para atribuir o rendimento; e o sétimo capítulo, recomenda regras para prevenir ou eliminar a dupla tributação.

Há que não esquecer que o Projeto BEPS consiste apenas em recomendações, propostas que podem ou não ser seguidas pelos Estados, mas não há qualquer vinculação para os Estados na adoção de qualquer das propostas.⁷⁶ Há quem veja o Projeto BEPS como uma oportunidade para introduzir o tema da integração regional a nível da tributação.

4.1. Definição do âmbito subjetivo da norma CFC e do Controlo

No capítulo 2 da Ação 3 do BEPS, as recomendações são para definir as entidades, que caem no conceito de CFC, de forma abrangente; ou seja, o objetivo é conseguir abranger muitas entidades independentemente da forma que revistam. Por isso, não se quer apenas incluir sociedades, mas também estabelecimentos estáveis, e ainda entidades transparentes. Deseja-se através deste âmbito subjetivo alargado⁷⁷, que não se possa

⁷⁶ [Picciotto, Sol (2016) pág.752] Pelo contrário, os líderes do G20 foram assertivos, que no que diz respeito às reformas das normas tributárias internacionais trazidas pelo Projeto BEPS, as mudanças legislativas devem ocorrer com respeito pela soberania de cada Estado, e que assim sendo, deve-se respeitar as regras adotadas por cada Estado.

⁷⁷ «(...) recomenda-se o alargamento das regras CFC a todos os residentes (não apenas sociedades de capitais, mas também, por exemplo, fundações, sociedades de pessoas, trusts e estabelecimentos estáveis).» [Dourado, Ana Paula (2017)) pág.70].

contornar a regra CFC através de outras entidades que não estivessem abrangidas pelo âmbito subjetivo da norma CFC.⁷⁸

No que diz respeito ao requisito do Controlo, a ação 3 do BEPS distingue entre o tipo de controlo e o nível de controlo. Existem vários modos de como definir o Controlo, apresentando o ponto 35 da Ação 3 do BEPS: quatro tipos de Controlo. Estes são: o controlo de direito, o controlo económico, o controlo de facto e um controlo através da consolidação de contas da entidade controladora.

O Controlo de direito – *legal control* – em que se deve focar na percentagem da participação social para determinar a percentagem de votos que esse residente detém na entidade não residente (sendo uma forma puramente mecânica de determinar o Controlo)⁷⁹. Todavia, há a chamada de atenção para o facto do direito societário de alguns Estados permitir a construção de uma estrutura societária que permita escapar à aplicação de uma regra CFC.⁸⁰ Desta maneira, fica-se a saber que o controlo de certa percentagem das participações sociais não é de todo infalível como modo de apurar se uma certa entidade é uma *controlled foreign company*. Basta relevar, que em certos casos, o sócio pode ter um direito especial⁸¹ previsto no contrato social, nomeadamente um voto duplo como prevê o art.º 250 n.º 2 CSC para as sociedades por quotas. Nesta última exemplificação, observa-se como o critério da percentagem das participações sociais pode ser gorado pela utilização de estratégias que a lei societária permite.

⁷⁸ «2.6. Although CFC rules would appear based on their name only to apply to corporate entities, many countries include trusts, partnerships and PEs in limited circumstances to ensure that companies in the parent jurisdiction cannot circumvent CFC rules just by changing the legal form of their subsidiaries.»

⁷⁹ «(...) **Legal control is a relatively mechanical test that is easy for both tax administrations and taxpayers to apply and reflects the fact that a sufficient degree of voting rights should enable residents to elect the board of directors or an equivalent body responsible for the affairs of the foreign entity and thus ensure that a CFC acts in accordance with their instructions.** (...)» (negrito nosso) Ora, de acordo com o citado, o Controlo de direito é um teste simples de aplicar e que é vantajoso para as Administrações Fiscais, pois o exercício a realizar é apenas: perceber se a participação social é suficiente para conseguir determinar a administração da sociedade.

⁸⁰ «(...) However, corporate law often provides a large degree of flexibility in designing the share structure of a corporation, thus enabling the use of artificial share terms and structures to circumvent the control requirement. (...)» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.24].

⁸¹ «Especiais são os direitos atribuídos no contrato social a certo(s) sócio(s) ou a sócios titulares de ações de certa categoria conferindo-lhe(s) uma posição privilegiada que não pode em princípio ser suprimida ou limitada sem o consentimento dos respetivos titulares.» [Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2014) pág.211]

Para além do Controlo de direito, há ainda o Controlo Económico – *Economic control* – em que o critério para definir o Controlo é determinado com a apuração do direito aos lucros⁸², ao capital e ao ativo de uma sociedade, podendo estes direitos estarem estipulados em casos de dissolução ou liquidação dessa mesma sociedade. Esta definição de Controlo é nada mais, nada menos do que o reconhecimento de que um sócio pode controlar uma sociedade através de um direito privilegiado/especial⁸³, ainda que não detenha a maioria do capital. Como postula OLAVO CUNHA: «*O direito consiste em permitir a um ou mais sócios participar(em) nos lucros de exercício em parte mais do que proporcional à respectiva participação social. (...) Exemplificando, se esse sócio tem uma participação de 20% (no capital), mas direito a 40% dos lucros de exercício, é porque os restantes 80% do capital social só irão quinhoar em 60% dos lucros (do exercício) e, portanto, proporcionalmente, vão estar desfavorecidos relativamente à posição do titular do direito especial (...)*»⁸⁴ (itálico nosso). Pode ainda o sócio ter um direito a uma parte favorecida no saldo de liquidação da sociedade.⁸⁵

A Ação 3 do BEPS menciona, ainda, o Controlo de facto – *de facto control* – que se baseia em perceber quem (qual a entidade/sócio) que toma as decisões importantes e decisivas quanto à entidade não residente controlada, isto é, quem toma as decisões que

⁸² [Handler, R. Arnold (1997) pág.422] Supra, já afirmamos que a Regra CFC portuguesa prevê controlo pelos direitos de voto, direitos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais da entidade controlada. Relembramos aqui, a figura do usufruto como forma de poder exercer controlo sobre aqueles. Para mais desenvolvimentos ver as passagens do Autor referente ao tema.

⁸³ «Variados podem ser (sobretudo nas sociedades por quotas) os direitos especiais. Em regra (supletiva), os sócios participam nos lucros de exercício e no saldo de liquidação segundo a proporção dos valores das respectivas participações sociais (art.22º, 1, 156.º,4). **É possível, porém, estabelecer-se no contrato social que um ou mais sócios** (ou os sócios titulares de acções de certa categoria nas sociedades anónimas – art. 24.º, 4) **quinhoem mais do que proporcionalmente em tais lucros e saldo (...)**» (negrito nosso) [Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2014) pág.211].

Como a Ação 3 do BEPS refere no ponto respeitante ao Controlo Económico: «Such a test recognises that a resident can control na entity through na entitlement to the underlying value of the company even where theydo not hold the majority of the shares. This entitlement may result from rights to the proceeds in the evento f a disposal of the entity’s share capital or the entity’s assets on a winding up. **It may also include rights to a distribution of profits (...)**» (negrito nosso) [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.24].

⁸⁴ [Cunha, Paulo Olavo (2014) pág. 316]

⁸⁵ [Cunha, Paulo Olavo (2014) pág. 317] O Autor desenvolve que: «(...) **também é possível configurar o direito a uma parte favorecida no saldo da liquidação**, isto é, prever estatutariamente que, em caso de liquidação da sociedade e partilha do activo remanescente, um determinado sócio tenha o direito a participar nesse activo de forma mais do que proporcional à sua participação social. Este direito, que pode ser criado no âmbito da autonomia privada, não é expressamente reconhecido no nosso Código, embora o mesmo o admita implicitamente (cfr. Art. 21.º, nº1).» (negrito nosso).

a influenciam. De acordo com a definição de Controlo de facto oferecida pelo relatório final 2015 da Ação 3, uma abordagem para observar se há um controlo de facto⁸⁶ seria olhar para laços contratuais que possam existir entre um dos sócios controladores e a sociedade estrangeira controlada.⁸⁷

Por último, o relatório chama a atenção para um último tipo de controlo – Control Based on Consolidation –, ou seja, se a entidade não residente está consolidada nas contas na entidade residente de acordo com princípios contabilísticos, nomeadamente os International Financial Reporting Standards.⁸⁸

No que diz respeito ao nível de Controlo, a recomendação que consta da Ação 3 é mais de 50% confere Controlo. No entanto, há a admissão no relatório que os Estados podem baixar este limiar como prevenção em relação a situações em que não havendo estes mais de 50% de Controlo, a entidade residente ainda assim consegue exercer controlo sobre a sociedade estrangeira com menos de 50%.⁸⁹ Relembrando a escolha da lei portuguesa em adotar um limiar de 25% de controlo, determina-se já que a lei portuguesa é *apertada* quanto ao nível de controlo.

Determinar se um residente tem mais 50% de controlo não será difícil, principalmente se o tipo de Controlo é aferido através das detenções das participações sociais apenas. Tem-se, nesse caso, um acionista maioritário. Porém, como o relatório da Ação 3 menciona, o caso de determinar o Controlo complica-se quando existem vários acionistas minoritários, que podem atuar concertadamente e influenciar a sociedade estrangeira controlada. Neste último caso, as participações dos acionistas minoritários

⁸⁶ Na nossa pesquisa, encontramos um exemplo de uma regra CFC que inclui controlo de facto: a regra CFC australiana, a informação foi acedida em 04/06/2018 em <http://www.ato.gov.au/Forms/foreign-income-return-from-guide-2013-14?page=3>, passamos a reproduzir a passagem: «A foreign company will be treated as a CFC under the facto control test if a group of five or fewer Australian entities, either alone or with associates, effectively controls the foreign company.» De seguida é estabelecido o seguinte exemplo: «If na Australian entity can control the appointment of the directors of a foreign company, the Australian entity will generally be taken to have de facto controlo f that foreign company.»

⁸⁷ «Another approach could focus on any particular contractual ties with the CFC that permit taxpayers to exert a dominant influence over it.» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.24].

⁸⁸ «For exemple, under IFRS 10 a taxpayer should consolidate any entity, for instance, it has rights that give the power to direct the activities that most significantly affect the subsidiary's returns. The power may be based on voting rights in relevant areas of the subsidiary's business activity or generally on a controlling influence over the subsidiary which effectively tests legal and de facto control.» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.25].

⁸⁹ «Because owning 50% or less could still allow parente companies to exert influence in certain situations, jurisdictions are free to lower theis control threshold below 50%.» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.25, ponto 37].

devem ser somadas para ver-se se o requisito dos mais de 50% (ou menos se os Estados adotarem limiares mais baixos) verifica-se.

A Ação 3 faz reparo numa situação em que acionistas minoritários (um com 30% de participação, outro com 35% de participação), ambas em Estados diferentes, controlam uma terceira sociedade num Estado de baixa tributação (pois somadas as suas participações detém 65% de controlo sobre esta terceira entidade). As sociedades com as participações de 30% e de 35% são independentes entre si. No entanto, estas sociedades, sem qualquer relação entre si, atuam conjuntamente por acordo, para controlar a sociedade estrangeira controlada.⁹⁰

A Ação 3 do BEPS no ponto 40 introduz a recomendação de uma regra de atuação concertada - «*acting-in-concert rule*» - que deve agregar as participações de residentes e não residentes para se poder determinar se o requisito do nível de controlo está preenchido. Há o reconhecimento dos custos e da dificuldade em aplicar uma regra destas. Contudo, também reconhece que pode ser fundamental para prevenir casos de planeamento fiscal mais sofisticados, como o exemplo transcrito acima: «(...) *it could also prevent circumvention of CFC rules.*»⁹¹ (itálico nosso).

A regra de atuação concertada ou «*acting-in-concert rule*» é uma regra, que é consagrada para apanhar esquemas em que as partes são totalmente independentes entre si, e não sejam residentes no mesmo Estado, mas que atuam conjugadamente para controlar uma outra entidade, que esta última é a CFC (a sociedade estrangeira controlada).

Porém, na maioria dos esquemas de planeamento fiscal abusivo, são utilizadas entidades que entre si estão relacionadas. Por isso, é fulcral observar sempre se existe um relacionamento entre as entidades que detêm participações minoritárias na possível candidata a entidade controlada. Só, assim, se poderá aferir se os mais de 50% se atingiram ou não (ou outro limite estipulado pelo Estado). Segundo as recomendações deve haver, sem dúvida, um ênfase em procurar-se saber se as entidades com participações minoritárias em causa, são relacionadas ou não, pois em muitos dos

⁹⁰ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.25, ponto 40].

⁹¹ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.25, ponto 40].

esquemas de planeamento fiscal são utilizadas subsidiárias completamente detidas, ou detidas por entidades relacionadas.⁹²

Deste modo, há uma recomendação, no Relatório da Ação 3 do BEPS, para adoção de uma «*related party rule*». No exemplo dado no relatório (ponto 42) confronta-se a seguinte situação: uma sociedade-mãe possui duas subsidiárias em dois Estados distintos, estando ela própria noutro Estado diferente do das subsidiárias, cada subsidiária detém 30% numa entidade (a sociedade estrangeira controlada num território de baixa tributação). Neste exemplo, o objetivo é compreender que a sociedade-mãe dividiu as participações na entidade estrangeira controlada por duas subsidiárias propositadamente para poder “fugir” à regra do Controlo do Estado de uma das suas subsidiárias.

Para combater estratégias destes de planeamento fiscal, só adotando uma regra que agregue as participações sociais minoritárias de partes relacionadas entre si, que uma vez somadas poderão preencher o requisito do Controlo. Essas duas subsidiárias, apesar das suas participações minoritárias, que não preenchem o requisito do Controlo – propositadamente – coordenam-se entre si para controlar a entidade no território de baixa tributação.

Também a regra de «*acting-in-concert*» conseguiria apanhar este esquema, contudo uma «*related-party rule*» será mais eficiente e simples.

Tanto o Controlo Direto como o Controlo Indireto devem constar da regra CFC⁹³ conforme «*(...) control should be defined to include both direct and indirect control as profit-shifting opportunities also arise where a subsidiary is held indirectly through an intermediate holding company. (...)*»⁹⁴ (negrito e itálico nosso). O relatório da Ação 3 demonstra como calcular o Controlo Indireto. Imaginando a seguinte situação: uma

⁹² O relatório da Ação 3 estipula no ponto 41 «*(...) since BEPS structures often involve wholly owned subsidiaries or at least subsidiaries owned by related parties, a focus on related parties may still capture most structures that raises BEPS concerns. (...)*» (negrito nosso). A passagem transcrita pode-se traduzir no seguinte: uma vez que as estruturas que originam o BEPS – base erosion and profit shifting – envolvem, na maioria das vezes, subsidiárias completamente detidas ou subsidiárias detidas por partes relacionadas, focar-se nas relações entre as partes deverá capturar a maioria das estruturas que originam os problemas do BEPS.

⁹³ «A aplicação das regras CFC pode dizer respeito não apenas a participações diretas, mas também a participações indiretas (...)» [Dourado, Ana Paula (2017)]; e, ainda: «To ensure CFC rules are not easily circumvented, indirect participations are often covered by CFC legislation. The Public Discussion Draft BEPS Action 3 also recommends that control should be defined to include both direct and indirect control and be applicable are not only to corporate entities but all resident taxpayers.» [Dourado, Ana Paula (2015) pág.343].

⁹⁴ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.28, ponto 46].

sociedade detém 90% numa outra sociedade que detém 40% numa CFC, logo o que se quer saber é a percentagem de controlo indireto que a primeira sociedade detém na CFC. Ora $90\% \times 40\% = 36\%$ – (ou $90 \times 40 = 3600 \div 100 = 36$) –, deste modo a primeira detém 36% de controlo indireto na sociedade estrangeira controlada (exemplo nosso).

4.2. Isenções das CFCs

O BEPS na Ação 3 propõe que hajam isenções e limites que limitam a aplicação da regra CFC. As CFCs que representam pouco perigo devem ser excluídas.⁹⁵ Esta exclusão traz vantagens, uma vez que reduz o trabalho das Administrações Fiscais.⁹⁶ Como concretizar esta ideia da Ação 3 do BEPS?

Através da seguinte recomendação, na regra CFC deve-se incluir uma isenção quando a percentagem da taxa a que está submetida a CFC seja próxima da taxa que é aplicada no Estado de Residência dos sócios. É o que se retira: «**The recommendation is to include a tax rate exemption that would allow companies that are subject to an effective tax rate that is sufficiently similar to the tax rate applied in the parent jurisdiction not to be subject to the CFC taxation.**»⁹⁷ (negrito nosso). A Alemanha isenta os rendimentos ativos de uma CFC⁹⁸, e também os rendimentos passivos que são tributados a uma taxa efetiva de 25%.⁹⁹⁻¹⁰⁰

⁹⁵ «**CFC exemptions and threshold requirements can be used to limit the scope of CFC rules by excluding entities that are likely to pose little risk of base erosion and profit shifting (...)**» (negrito nosso) [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.33, ponto 50].

⁹⁶ «These provisions can therefore both help make CFC rules more targeted and effective and also reduce the overall level of administrative burden by ensuring that certain companies are not affected by the rules (...)

⁹⁷ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.33, ponto 51].

⁹⁸ [Weiss, Martin (2015)] A regra CFC alemã: «(...) provides an exhaustive list of the types of income that are considered “active” under the German CFC rules and hence do not lead to adverse tax consequences thereunder, such as income from agriculture and forestry or, in many instances, trading activities. Any income the taxpayer cannot prove can be allocated to one or more of the income types within the list is regarded as passive. (...)

⁹⁹ [Weiss, Martin (2015)] «(...) the CFC rules only apply if the passive income is taxed at a low rate. The rule for the determination of the low rate for purposes of this rule can be found in section 8(3) of the FTTA. According to this rule, the income is taxed at a low rate if the effective tax rate of the passive CFC income is lower than the threshold of 25%.»

¹⁰⁰ Por curiosidade, se fizermos o exercício contrário de avaliar se os rendimentos passivos de uma CFC em Portugal – assim considerada pela regra alemã – esses rendimentos passivos, não serão isentos, uma vez que a taxa aplicada em Portugal é de 21%.

Também um modo de isentar a CFC, seria através de uma *white list*, ou seja, listar Estados que tenham taxas que não representam problemas visto à sua similitude com a taxa aplicada no Estado de Residência.¹⁰¹ Outros modos de criar a isenção das CFCs são propostos na Ação 3 do BEPS.

Um meio é a criação de um patamar mínimo em que a regra CFC não se irá aplicar. Um modo deste patamar mínimo – *De minimis rule* – se aplicar é através de uma quantia de rendimento fixa, se a CFC não atingir esse quantum, então estará isenta.¹⁰² Até se pode fixar um quantum somente para certa categoria de rendimentos, aqueles que causem mais problemas de planeamento fiscal. Porém, as isenções, se por um lado diminuem os custos da Administração Fiscal, por outro lado podem chegar a contribuir para mais esquemas de planeamento fiscal. Esta regra do patamar mínimo pode ser contornada com a fragmentação dos rendimentos por uma pluralidade de subsidiárias, cujos rendimentos vão sempre estar abaixo da regra do patamar mínimo.¹⁰³

De acordo com o relatório: «*Many countries' rules already include a de minimis threshold under which income that would otherwise be treated as CFC income is not included in the taxable income of the parent company if it falls under a certain ceiling.*»¹⁰⁴ (itálico nosso). Alguns exemplos de regras CFC com *De minimis rule* são as regras CFC da Alemanha, em que o rendimento da CFC for abaixo dos 80,000 euros então a regra CFC não se aplicará; ou a regra CFC do Reino Unido, em que se os lucros da CFC/SEC

¹⁰¹ «This exemption could be combined with a list such as a white list.» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.33, ponto 51].

¹⁰² [Weiss, Martin (2015) pág.441] A regra CFC alemã apresenta uma regra de um limite mínimo – designada também por “*De minimis rule*” – em que o rendimento de uma CFC que não ultrapasse 80.000 euros não é imputado ao residente: «Section 9 of the FTTA provides for a de minimis rule that exempts income from attribution to the German shareholder under quite narrow conditions. The CFC income exempted under this rule must not exceed EUR 80,000 for a single CFC or the German taxpayer overall. (...)»

¹⁰³ «**One possible way that the minimis thresholds can be circumvented is through fragmentation, under which companies split their income amongst multiple subsidiaries, each of which falls below the threshold.** Countries' current rules often include safeguards to protect against such circumvention. Although this may add some complexity to the rules, countries' experience has shown that these safeguards may not necessarily be inconsistent with the threshold's purpose of reducing administrative and compliance burdens. **For example, the minimis test under the United States rules includes a general anti-abuse rule which looks at the income of two or more controlled foreign corporations in aggregate and treats it as the income of a single corporation if a principal purpose for separately organising, acquiring, or maintaining such multiple corporations is to prevent income from being treated as attributable under de minimis test.** (...)» (negrito e sublinhado nosso) [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.34, ponto 64].

¹⁰⁴ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.33, ponto 53].

forem 500,000£ ou menos, a regra não se aplicará, ou ainda se o rendimento provindo de atividades não comerciais for 50,000£ ou menos também a regra CFC não se aplicará (o exemplo do Reino Unido demonstra que preveem uma isenção até certo patamar para rendimentos passivos); na Polónia, a regra CFC também apresenta uma isenção, com uma *De minimus rule*, se o rendimento da CFC não for superior a 250,000 euros.¹⁰⁵

Outra forma de isenção é baseada na taxa aplicada – *Tax rate exemption*. Existem dois modos deste modo de isenção operar. A primeira, consiste em isentar rendimentos da CFC que são tributados acima de uma determinada taxa no Estado de Residência da CFC.¹⁰⁶ A segunda, consiste em comparar a taxa do Estado de Residência da CFC com uma percentagem da taxa praticada no Estado de Residência da sociedade controladora ou dos sócios.¹⁰⁷

Exemplos de um Estado com regras CFC que incluem isenções face à taxa praticada no Estado da CFC é a Alemanha.

4.3. Definição do Rendimento de uma CFC

Em relação à definição do rendimento que deverá ficar sujeito ao âmbito da regra CFC, o relatório da Ação 3 ficou aquém das expectativas, DOURADO afirma «*A ação 3 teve resultados decepcionantes, pois não houve consenso quanto a aspetos essenciais no desenho das regras CFC, nomeadamente, o conceito de rendimento a abranger.*»¹⁰⁸ (negrito nosso). A indecisão quanto ao rendimento a incluir numa regra CFC denota-se na transcrição da seguinte passagem: «*Jurisdictions are free to choose their rules for defining CFC income (...).*»¹⁰⁹. DOURADO aponta que a indefinição quanto aos rendimentos a incluir poderá dever-se aos problemas que o Estados tem quanto à construção de uma regra CFC.¹¹⁰

¹⁰⁵ [Majdowski, Filip & Weronika Missala (2015) pág.478]

¹⁰⁶ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.37, ponto 63] «(...) Tax rate exemptions apply one of two benchmarks. They either compare the tax rate in the CFC jurisdiction to a particular fixed rate that is considered low-tax (...).»

¹⁰⁷ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.37, ponto 63] «(...) they compare the tax-rate in the CFC jurisdiction to a portion or percentage of the parent country's own rate.

¹⁰⁸ [Dourado, Ana Paula (2017) pág.69].

¹⁰⁹ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.43, ponto 73].

¹¹⁰ «**The main reason for the (still) missing recommendations on the definition of income may lie in the current US system and on the constraints that EU Member States face when**

Veremos, então, quais são os rendimentos que deverão ser incluídos. O relatório menciona que os rendimentos a tributar de uma CFC devem ser aqueles que originam o fenómeno de erosão das bases tributáveis dos Estados e a transferência dos lucros.¹¹¹ As regras CFC podem vir-se a aplicar a categorias de rendimentos distintas, conforme a construção da regra CFC seja consagrada para abarcar somente certas categorias de rendimentos. Os Estados podem definir o Rendimento de uma sociedade estrangeira controlada que fica sujeita ao âmbito da regra CFC de três modos: o primeiro, através da classificação legal existente no seu ordenamento; segunda, relação entre as partes; terceira e última, a fonte de rendimento.

Se os Estados utilizarem as categorias de Rendimentos existentes nos seus ordenamentos, a Ação 3 do BEPS recomenda que pelo menos atribuam os seguintes rendimentos a uma CFC: os dividendos, os juros, rendimento provindo de seguros, royalties e rendimento proveniente de propriedade intelectual¹¹², e rendimentos de vendas e serviços¹¹³. Há um enfoque maior nos rendimentos passivos¹¹⁴, porque são estes que causam o BEPS, ou seja, a erosão das bases tributáveis dos Estados e a transferência de lucros.

Os dividendos podem ser uma forma de mudar o rendimento passivo para uma CFC.

designing their CFC rules. These constraints may weaken the efficacy of CFC rules.» (negrito nosso) [Dourado, Ana Paula (2015) pág.350].

¹¹¹ No seu ponto 73 o relatório dispõe o seguinte: «This report recommends that CFC rules should include a definition of income that ensures that income that raises BEPS concerns is attributed to controlling shareholders in the parent jurisdiction.» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.43, ponto 73].

¹¹² [Dourado, Ana Paula (2017) pág.148-149] Cita-se a Autora para que se perceba a importância dos intangíveis: «Os intangíveis estão no centro do sucesso empresarial e constituem o cerne do seu valor. Isto é verdade para o sector digital, mas também para as empresas que atuam, por exemplo, na área da biotecnologia ou da indústria farmacêutica. A identificação, atribuição e avaliação dos intangíveis é muito difícil (...) É conhecida a mobilidade dos intangíveis (tratada globalmente pelas leis fiscais como propriedade intelectual ou industrial) e o facto de estes serem facilmente registados nos territórios de baixa tributação.».

¹¹³ [Dourado, Ana Paula (2017) pág.70] «Pretende-se que as regras CFC tratem, pelo menos, das seguintes categorias de rendimentos: dividendos, juros e outro rendimento de financiamento, rendimento de vendas e serviços, *royalties* e outro rendimento de propriedade intelectual.».

¹¹⁴ [Tello, Matias Cristóbal Pascuali (2015) pág. 224] Este autor chega mesmo a afirmar que a aplicação das regras CFC a rendimentos passivos é um traço caracterizador das regras CFC: «*Outro elemento distintivo es que la gran mayoría de las legislaciones aplican las normas CFC a las rentas pasivas, esta rentas son aquéllas que no proceden de una operación o industria activa, y son típicamente las rentas provenientes de intereses, dividendos o royalties.*» (itálico nosso).

Os juros são um rendimento que são uma grande causa de preocupação na Ação 3, e também os rendimentos de financiamento, porque facilmente uma sociedade mãe poderá mudar estes rendimentos para uma sociedade estrangeira controlada. Este esquema é muitas vezes praticado com o endividamento da sociedade-mãe e a sobrecapitalização da sociedade estrangeira controlada.

O rendimento provindo de seguros também é assinalado pela Ação 3 do BEPS como uma fonte de preocupações. As empresas seguradoras estabelecem-se em regimes de baixa tributação.¹¹⁵ Podem existir outras razões que somam-se às razões fiscais para as sociedades seguradoras fixarem-se em Offshores, no entanto as razões fiscais são um motivo atrativo para a sua fixação nas Offshores.

Denota-se, desde logo, em relação aos rendimentos que devam ser considerados rendimentos de uma CFC, uma ênfase nos rendimentos passivos, porque a flexibilidade de movimenta-lo permite que suscite mais problemas de erosão da base tributável de um Estado.¹¹⁶

O rendimento da sociedade estrangeira controlada que fica sujeita à tributação no Estado da sociedade controladora, tal como já foi dito, pode ser determinado através da *como* e *onde* “ganhou” o rendimento, o local onde a CFC “ganhou” o rendimento. O que se quer dizer, é se o rendimento foi “ganho” efetivamente pela Sociedade Estrangeira Controlada, ou seja, das suas atividades económicas, então esse rendimento é da CFC e não deve ser tributado na esfera da sociedade-mãe/ no Estado de residência dos sócios. Isto é, a regra deixará de considerar que aquele rendimento da CFC/SEC é um rendimento suspeito e provavelmente não causará a erosão da base tributável e transferência de

¹¹⁵ [Silva, Braz da (2000) pág..194-196] Conforme o autor postula em relação às sociedades seguradoras cativas: «O interesse no estabelecimento destas sociedades, **deve-se aos benefícios fiscais**, que poderão ser obtidos, ao qual deverá ainda acrescer motivos de natureza substancial. (...) A localização preferida para a instalação das sociedades de seguro cativas é que combina a existência do mercado, com os benefícios fiscais. A escolha dos paraísos fiscais que, simultaneamente, proporcionam boas condições de mercado, deve-se aos seguintes factores:

- A ausência de restrições regulamentares, permite obter uma grande flexibilidade e rapidez de resposta a alterações de conjuntura. Estas sociedades não têm de cumprir, rácios de solvibilidade, nem limites de exposição a riscos específicos ou ao valor das apólices que podem segurar; (...)» (sublinhado e negrito nosso)

BRAZ DA SILVA apresenta ainda, muitos, outros motivos para sociedades seguradoras se formarem em paraísos fiscais. Mas, claro que existem sempre fundamentos fiscais.

¹¹⁶ [Dourado, Ana Paula (2015) pág.343] «CFC legislation can have a broad scope, covering active and passive income (full-inclusion system), or a smaller scope (partial-inclusion system), **exclusively aiming at passive income because the mobility of the latter facilitates its routing to low-tax jurisdictions and therefore facilitates tax avoidance.**» (negrito e sublinhado nosso).

lucros.¹¹⁷ Ainda mais significativo será aquele rendimento provir do Estado da CFC por atividade realizada nele. Por outro lado, se aquele rendimento na esfera da CFC provier de outros ordenamentos, então passará novamente a ser um rendimento suspeito.

O relatório da Ação 3 do BEPS refere, uma posição, ainda mais exigente, no modo como os Estados podem consagrar a fonte de rendimento da Sociedade Estrangeira Controlada, que é a seguinte: os Estados de Residência dos Sócios apenas considerarem rendimento de uma CFC que deva ser tributado, como aquele que foi “ganho” na jurisdição do Estado de Residência dos sócios; todavia, isto é, em relação a uma regra CFC que apenas quer prevenir a erosão da base tributável do Estado de Residência.¹¹⁸

Todavia, se a regra CFC também tiver como objetivo prevenir a erosão das bases tributáveis dos outros Estados, então incluirá como rendimento suspeito o rendimento ganho, tanto no Estado de Residência da Sociedade Controladora e dos sócios, mas também o rendimento ganho noutros Estados. Esta posição é muito mais preventiva e é mais recomendável do que apenas olhar para o rendimento ganho no Estado de Residência. Segundo a linha aposta no Relatório: *«This broader approach would be harder to manipulate than a narrower rule that focuses on just the parent jurisdiction, but it may may attribute income that has genuinely been earned from activities carried out by the CFC.»*¹¹⁹ (negrito nosso). Como se pode ler, na frase acima transposta do Relatório, fica também evidenciado o aviso de que se poderá estar a tributar rendimento ganho genuinamente pela CFC por atividade levada a cabo em outros ordenamentos jurídicos.

4.3.1. A análise Substancial

A Ação 3 do BEPS introduz uma necessidade de realizar uma análise de substância à Controlled foreign company, pretende-se saber se a CFC pratica atividades substanciais. É uma forma de tentar determinar o que é de facto rendimento proveniente

¹¹⁷ «(...) **the underlying principle is that income that was earned from activities undertaken in the CFC jurisdiction is less likely to raise concerns about profit shifting, while income that was earned from another jurisdiction is more likely to raise such concerns.**» (negrito nosso) [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.46, ponto 80].

¹¹⁸ «In jurisdictions that are focused primarily on preventing the stripping of the parent jurisdiction’s base, only income generated in the parent jurisdiction will be categorised as CFC income (...).» [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.46, ponto 80].

¹¹⁹ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.46, ponto 80].

de uma atividade, e qual é o rendimento que foi transferido por propósitos puramente fiscais.

«*Substance analyses can use a variety of proxies to determine whether the CFC's income was separated from the underlying substance, including people, premises, assets and risks.*»¹²⁰ (negrito nosso), aqui, nesta transcrição, está patente que se quer perceber, através da análise substancial, se a CFC/SEC tem ou não capacidade para ganhar aquele rendimento por si própria¹²¹, por atividade genuína que desenvolve, ou se é um esquema, uma ficção montada para simplesmente servir uma montagem de planeamento fiscal abusivo.

A análise substancial encontra fundamento na velha premissa: da substância sobre a forma e da substância económica.¹²² O teste da substância económica como foi aplicado inicialmente¹²³ difere um pouco do modo atualmente aplicado (podendo ser aplicado de duas formas recomendadas pela Ação 3 do BEPS).

Dois maneiras de realizar esta análise substancial é através de: um teste limite – *threshold test* – ou de uma análise proporcional – *proportionate analysis*. No teste do limite, há uma determinada quantidade de atividade que faz com que o rendimento da CFC seja afinal excluído, e assim sendo não seja tributado no Estado de Residência dos sócios.

No teste da análise proporcional há uma maior minúcia em distinguir o que é rendimento proveniente da atividade exercida pela CFC e o que provém de outro meio.

¹²⁰ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.47, ponto 81].

¹²¹ «(...) **substance analyses are generally asking the same fundamental question, which is whether the CFC had the ability to earn the income itself.**» (negrito nosso) [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.47, ponto 81].

¹²² [Martins, António (2017) pág.81] «*The practical application of these clauses, in tax audits and litigation, has centered on many doctrines, such as the «substance over form», «business purpose», «step transaction», «sham transaction» and «economic substance».*» (ítálico nosso).

¹²³ [Martins, António (2017) pág.82] Os casos americanos *Helvering vs. Gregory* e *Goldstein vs. Commissioner* são a base fundacional do teste de substância económica. No caso *Helvering vs. Gregory* – tanto no recurso de apelação como no recurso para o Supremo Tribunal – foi decidido que **as vantagens fiscais obtidas deviam ser retiradas ao contribuinte, porque as transações só tinham intenção de reduzir carga fiscal.** Transcrevemos o caso de *Helvering vs. Gregory*, que MARTINS resumiu brevemente: «*In brief, Mrs. Gregory owned shares in a corporation that had appreciated in value. She created a subsidiary, transferred the stock to it and had the new subsidiary stock distributed to herself, therefore supposedly satisfying the tax free reorganization provisions of the income tax code. With this set of transactions, and given the legal dispositions of US tax code, at the time, she would have escaped the (higher) individual tax on dividends and could have pocketed very important tax savings.*» (ítálico nosso).

O teste da análise proporcional irá apenas excluir o rendimento que é proporcional à quantidade de atividade que o gerou. Assim sendo, se a CFC/SEC gerar através da sua atividade 90% de rendimento, são só esses 90% que são excluídos, os outros 10% vão ser tributados no Estado de Residência dos sócios. Se a CFC com a sua atividade só gerar 20% do seu rendimento, só esses 20% irão ser excluídos, porque os 80% do rendimento vão ser incluídos no rendimento dos sócios para tributação.

O *threshold test* é muito mais simples, veja-se: basta a previsão de que se 60% da atividade da CFC for real, ou seja, 60% da atividade da CFC tem de ser verdadeira e gerar rendimentos. No *threshold test* atende-se ao *quanto* da atividade é genuína. Se esta gerar os 60%, então ela é excluída de ser uma CFC, porque o seu rendimento é proveniente de uma atividade economicamente genuína.

A análise substancial da atividade da CFC/SEC pode ter como propósito de evitar a tributação de atividades genuínas, o que relembra o «o teste dos esquemas totalmente artificiais» densificado pelo TJUE.¹²⁴ O TJUE estabeleceu dois critérios para se concluir que uma atividade é completamente um esquema artificial. Um é um critério subjetivo e o outro critério é objetivo. O critério subjetivo consiste no objetivo de obter uma vantagem fiscal; por sua vez, o elemento objetivo consiste numa falta de atividade genuína levada a cabo pela entidade no Estado de tributação privilegiada.¹²⁵ Se se poder conectar a análise substancial da atividade da CFC proposta pelo BEPS com os esquemas totalmente artificiais, há uma relação com o elemento objetivo.

No entanto, os Estados adotam nas suas regras CFC, outros mecanismos para apurarem se uma determinada CFC se pode considerar como exercendo uma atividade económica genuína. Um exemplo notório é a regra CFC polaca: em que se afere se a

¹²⁴ [Dourado, Ana Paula (2010) pág.163] «(...) Também aqui podemos dizer que o teste aplicável no Direito Fiscal Internacional – “da finalidade negocial” – não é muito diferente do dos “esquemas totalmente artificiais”, embora este seja mais amplo porque inclui os arts. 12.º e 18.º do Tratado.».

¹²⁵ [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.505] Os esquemas totalmente artificiais é um modo de teste proposto pelo TJUE, em que é para se considerar que haja um esquema totalmente artificial é necessário que estejam preenchidos dois elementos: um subjetivo e outro objetivo. Assim sendo, o elemento subjetivo que é intencional apenas, ou seja, o contribuinte tem de ter intenção de obter uma vantagem fiscal. E, por outro lado, o elemento objetivo é a falta de atividade genuína da entidade no Estado de tributação privilegiada em causa. **Ora, como os dois elementos são cumulativos, quer dizer que o TJUE desonera as situações em que o contribuinte efetivamente pretende obter uma vantagem fiscal, mas a sua atividade é genuína.** Este entendimento vertido no acórdão *Cadbury Schweppes* em função de proteger a liberdade de estabelecimento.

atividade exercida pela sociedade estrangeira controlada é genuína com base em recurso a uma lista de indicadores¹²⁶ – indicadores similares à lista que a Ação 3 do BEPS propõe e que se enumera *infra*.

Certas dúvidas podem ainda subsistir se, na prática, a análise substancial, seja qual o método utilizado para a realizar, é objetiva e distingue o ouro do trigo. Porque, na verdade, já houve casos demonstradores da sua inadequação.¹²⁷

Quer-se, ainda, acrescentar que para além de todos os métodos acima mencionados para efetuar a análise substancial, a Ação 3 do BEPS, delimita uma lista de formas pelas quais se poderá entender se a CFC possui ou não substância. Nomeamos seguidamente algumas dessas formas: um teste de patamar que se concretiza por observar

¹²⁶ [Majdowski, Filip & Weronika Missala (2015) pág.479] Transcrevemos a lista de indicadores que a regra Polaca aplica para saber se há atividade genuína, e que são similares aos que a Ação 3 do BEPS propõe no ponto 85 (pág.48 do Relatório) «A genuine economic activity standard is assessed based on the exemplary list of indicators that demonstrate the real character of a business. (...) The list contains the following indicators: - the CFC's incorporation corresponds to an actual establishment that is intended to carry on genuine economic activities, in particular, in respect of which the CFC has premises, staff and equipment; - the CFC does not exist to a structure that does not reflect economic reality; - there is a proportionate correlation between the activity carried on by the CFC and the extent to which physically exists in terms of premises, staff and equipment; - the arrangements entered into by the CFC are not devoid of economic reality, have a business justification and are not obviously contrary to the general business interests of the CFC; and – the CFC performs its basic functions by itself, relying on its own resources, including the management of the staff present on-site, i.e. in the CFC's country.»

¹²⁷ [Gaio, António (2012) pág.135] Fica o exemplo da Enron, em como, a análise substancial, com visto a poder observar se a atividade económica é verdadeira falhou redondamente, porque a própria Enron aproveitou-se da complexidade técnica em seu favor. Como o autor explica e muito bem, passamos a citar: «(...) penso que o colapso da Enron teve um efeito muito importante ao nível da diminuição da promoção das chamadas «tax driven structures», pelo menos, pelos grandes bancos de investimento norte-americanos. É muito interessante percorrer o relatório de investigação da Enron e entidades subsidiárias relativamente a impostos federais e às políticas recomendadas pelo «joint committee on Taxation» em 2003. Na parte D. (Sumário das Observações Gerais) desse relatório, merecem destaque as seguintes passagens: “Transação após transação, a Enron obteve aconselhamento sofisticado e, em muitos casos, recebeu o conforto ou a segurança de que as transações relevantes «deviam cumprir» com os aspectos legais e fiscais em vigor. Em muitos casos, este conforto ou segurança foram baseados em interpretações altamente técnicas da lei ainda que as transações dessem lugar a resultados questionáveis e/ou surpreendentes. Muitas destas transações eram marcadas pela determinação de que as mesmas tinham suficiente «business purpose». **A Enron declarava que a transação tinha «business purpose» e os consultores legais, baseados nessa declaração, não cuidavam de analisar para lá da declaração.**” “**A Enron superou-se em fazer da complexidade um aliado.**” “**A Enron tinha o incentivo e a capacidade de entrar em transações de elevada complexidade de maneira a precludir uma análise fiscal substancial.**”» (itálico, sublinhado e negrito nosso). Fica demonstrado que a análise substancial pode falhar. Ainda merece destaque para se perceber o desfalque que houve com a Enron, a seguinte passagem do autor, que não deixa de se destacar: «De acordo com o relatório que venho referindo, em 2001, a Enron detinha 1.300 entidades fora dos EUA das quais 80% estavam inactivas.» (itálico nosso).

e determinar se os trabalhadores da CFC realizaram uma contribuição substancial para os ganhos dos rendimentos da CFC – foi a atividade dos trabalhadores, que levou à realização do rendimento da CFC¹²⁸; perceber se as funções que a CFC realiza são significante, dentro das atividades praticadas no grupo de empresas ao qual a CFC pertence, e se é racional a CFC tomar riscos comerciais entre empresas do mesmo grupo; saber se CFC tem ativos próprios; saber se a CFC tem um número necessário de funcionários para realizar as funções e tarefas da CFC.¹²⁹

4.4. Regras para determinar o Rendimento e a limitação de prejuízos da Controlled Foreign Company

No capítulo 5 da Ação 3 do BEPS pretende-se dar resposta a duas questões: quais as regras que se utilizam para determinar/calcular o Rendimento da CFC – as regras do ordenamento onde está a CFC ou as regras do Estado de Residência dos sócios – e ainda se é necessário regras específicas para determinar o Rendimento de uma CFC.

Obviamente, que o rendimento deve ser determinado de acordo com as regras do Estado de Residência dos sócios, pois seria de uma grande complexidade e com alguma dificuldade para a Administração Fiscal que se tentasse calcular o Rendimento de uma CFC com base em regras de outro Estado. Ainda mais se tem a acrescentar, que se poderia pôr em risco os objetivos e princípios que a Ação 3 do BEPS pretende proteger, uma vez que as regras de determinação do Rendimento do Estado da CFC podem também colocar pouco rendimento “à disposição” para tributação, basta pensar se o Estado da CFC não coloca limites à dedutibilidade, por exemplo, de gastos de financiamento, etc. Está completamente fora de questão, na Ação 3 do BEPS, que os contribuintes possam escolher a forma de como querem que o seu rendimento possa ser calculado; esta opção originaria casos de planeamento fiscal abusivo.

¹²⁸ [Dourado, Ana Paula (2017) pág.71] «A análise mencionada em primeiro lugar recomenda um teste com um limiar, de modo a determinar-se se os trabalhadores da CFC deram um contributo substancial ao rendimento auferido pela CFC; só se a contribuição substancial não existir e o limiar for atingido, todo o rendimento da CFC é tratado como rendimento da sociedade-mãe.» DOURADO defende que por se basear num limiar, não será – afirma dificilmente – com o princípio da proporcionalidade do Direito Europeu.

¹²⁹ Ver supra nota de rodapé – em que se transcreveu os indicadores utilizados pela regra CFCpolaca – que são similares aos propostos na Ação 3 do BEPS.

A grande questão de como calcular o Rendimento da Sociedade Estrangeira Controlada está correlacionada com os prejuízos da CFC. Coloca-se a questão se os prejuízos da CFC/SEC podem ser deduzidos na esfera da sociedade-mãe. A ação 3 do BEPS não recomenda que se possa deduzir os prejuízos da CFC face aos rendimentos da sociedade-mãe, no ordenamento dos sócios, pois isso só irá fomentar esquemas de planeamento fiscal. No entanto, a dedução dos prejuízos da CFC/SEC não é ignorada. Os prejuízos podem ser deduzidos, só que é recomendável que só o sejam face ao rendimento da CFC/SEC.¹³⁰ Se o Estado da sociedade-mãe ou dos sócios permitir a dedução fiscal dos prejuízos, o que irá causar é a diminuição da sua base tributável, e poderá estar a permitir a sua erosão.

Convém, nomear, que poderá haver razões que levem os Estados a deixar que os prejuízos das suas subsidiárias sejam transferido para a esfera da sociedade-mãe, como ocorreu no caso *Krankenhein*.¹³¹

4.5. Regras para atribuir o Rendimento

A Ação 3 do BEPS dedica um pequeno capítulo – capítulo 6 – a expor como os Estados podem atribuir o rendimento da CFC ao contribuinte. O capítulo explica que o rendimento da CFC, depois de calculado (que foi exposto no capítulo 5 da Ação 3 do BEPS), tem de ser atribuído ao contribuinte. Como será atribuído, é a questão que se coloca, então, no capítulo 6.

¹³⁰ «Most existing CFC rules only allow the losses of the CFC to be offset against the profits of that CFC or CFCs in the same jurisdiction, and this is recommended approach since allowing CFC losses to be offset against the profits of parente companies or CFCs in other jurisdictions could encourage manipulation of losses in the CFC jurisdiction.» ¹³⁰ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág. 58, ponto 103].

¹³¹ [Courinha, Gustavo Lopes (2015) (b) FDL pág.392-393] Citamos o Autor para dar mais elucidação sobre o que trata o caso *Krankenhein* (caso C-157/07 de 23 de Outubro de 2008: «(...) o caso dizia respeito à recaptura pelo Estado da Residência de uma sociedade (Alemanha) de prejuízos fiscais incorridos por um estabelecimento estável desta situado noutro Estado-membro (Áustria) em anos anteriores e então deduzidos nos lucros da sociedade. A reintegração na matéria colectável da sociedade alemã das perdas deduzidas era despoletada pelo surgimento de lucros na esfera desse estabelecimento estável (não tributáveis quanto a este na Alemanha, por força da CDT Alemanha-Áustria): com o surgimento dos lucros no estabelecimento estável, o Direito Alemão permitia-se tributar as quantias anteriormente deduzidas a título de prejuízos na sociedade residente na Alemanha.» (itálico nosso).

Não, se irá expor detalhadamente tudo sobre o capítulo 6, mas será importante referir que uma das questões a ser tratada é como deve ser o rendimento da CFC ser tratado. Se deve ser tratado como dividendo, ou pelo contrário, deve ser considerado como um ganho, diretamente realizado pelo contribuinte. O relatório do BEPS não coloca nenhuma hipótese como a preferencial, deixando ao critério dos Estados a sua escolha. Nos termos da Ação 3 do BEPS, ambas as perspectivas são “competentes” para lidar com o problema do BEPS.

Uma das questões que o capítulo 6 coloca é qual taxa se deverá aplicar ao rendimento da CFC. No que toca à resposta à questão, pode haver duas respostas: a aplicação da taxa, que a jurisdição do Estado dos sócios, aplica aos sócios, ou então, os Estados dos sócios criam uma “*top-up tax*”. Uma “*top-up tax*” é uma taxa mínima, que somente se aplicará ao rendimento da CFC uma diferença entre a taxa já paga no Estado de Residência da CFC e um limite estipulado. O Relatório demonstra a aplicação da “*top-up tax*” através do seguinte exemplo: se no Estado de Residência dos sócios se aplicasse 30% de taxa efetiva e uma “*top-up tax*” de 12% à imputação dos rendimentos da CFC, quereria dizer que a taxa verdadeiramente aplicada seria a diferença entre a taxa aplicada no Estado da CFC e a “*top-up tax*” (que é mais um limite mínimo). Ora, se a taxa da jurisdição da CFC for 0% (de acordo com o exemplo do Relatório), então no ordenamento dos sócios, o rendimento seria tributado completamente pelos 12%. Porém, – e agora o exemplo é inventado por nós – se a taxa na jurisdição da CFC for 10%, só sobrar 2% de tributação para realizar pelo Estado de Residência dos sócios.

4.5.1. Imputação na proporção da participação social

O Relatório da Ação 3 do BEPS não desenvolve muito o tema da imputação na proporção da participação social da entidade controladora, mas que parece ser efetivamente o que deve ocorrer como regra geral, pelo que se retira da análise dos exemplos de como calcular o controlo indireto, isto é, por participações indiretas.

4.6. Regras para evitar e eliminar a dupla tributação

A aplicação das regras CFC e a possível dupla tributação que se origine destas, é uma realidade que o Projeto BEPS admite que ocorra, tudo pelos benefícios que as Regras

CFC podem trazer.¹³² Só que deve ser corrigida posteriormente. Em caso algum, deve não haver medidas contra essa dupla tributação (desde logo o título do capítulo da Ação 3 do BEPS é: *Regras para prevenir e eliminar a dupla tributação*). Deste modo, as regras CFCs devem incluir disposições contra a dupla tributação.

Quando se tem em conta a dupla tributação que poderá ocorrer devido à aplicação de uma regra CFC, o Relatório distingue três situações individuais.

A primeira situação, na qual se poderá verificar que haja a origem de dupla tributação, é quando o rendimento da CFC é sujeito a tributação do rendimento (só não ocorre se a CFC estiver isenta de imposto).

A segunda situação, ocorrerá quando se apliquem várias regras CFC ao mesmo rendimento e assim haja uma cadeia encadeada de imputação de rendimentos da CFC aos sócios. Por exemplo: a CFC no Estado A é detida pela sociedade B no Estado B, que por sua vez essa sociedade vai ser considerada uma CFC da sociedade C que é residente no Estado C.

A terceira situação em que surgirá dupla tributação é quando a *Controlled Foreign Company* distribui os dividendos – provindos do rendimento da CFC já imputado na esfera do sócio – ou então quando o sócio decide vender as participações.

No que diz respeito à primeira e segunda, situações, quando o sócio foi tributado no território da CFC e depois na sua esfera, e quando há várias jurisdições a aplicar regras CFCs, a solução recomendada pelo BEPS é utilizar o método do crédito, dando um crédito pela taxa já paga na jurisdição antecedente. Se o rendimento for sujeito a tributação sobre o rendimento no ordenamento da CFC, e depois é tributado no ordenamento do sócio (entidade controladora), o melhor será dar um crédito, porque aplicar o método da isenção poderá contrariar os efeitos e objetivos das regras CFC.¹³³

¹³² [Pires, Rita Calçado (2018) pág.186] «*Quanto às CFCs (Ação 3), recomenda-se o reforço das atuais regras. Aceita-se existir certo risco de provocar duplas tributações, em virtude, e.g., de aplicação em diversos Estados, ou de tributação depois quando o rendimento for efetivamente recebido. Para que tal seja evitado, propõe-se crédito de imposto estrangeiro ou isenção de tributação de dividendos.*».

¹³³ [Action 3 do BEPS pág. 66 ponto 125] «*Given that the purpose of a CFC regime is to assert taxing rights over income that has been shifted to another jurisdiction, **the exemption method is not appropriate method for granting relief in this context since it would undermine the application of CFC rules.***» (sublinhado, itálico e negrito nosso).

Quanto à situação em que o rendimento da CFC foi imputado na esfera da entidade residente controladora e tributado, e depois mais tarde, a CFC acabou por distribuir os dividendos, ou houve ganhos da venda da participação – geralmente são tributados no Estado da Fonte – então, a recomendação do BEPS é a isenção de tributação dos dividendos e das mais-valias da venda das participações. O Relatório da Ação 3 do BEPS não alonga muito mais que isto: que o tratamento dado aos dividendos e às mais-valias deve ser deixado a cargo dos próprios Estados, de modo a existir coerência com a lei interna dos Estados.¹³⁴

4.7. Interação das regras CFC de um ordenamento com as regras CFC de outro ordenamento

O Capítulo 7 da Ação 3 do BEPS no seu ponto 7.2.2 levanta uma problemática interessante de analisar: a interação das regras CFC de um ordenamento com as regras CFC de outro ordenamento, quando ambas considerem uma determinada entidade uma sociedade estrangeira controlada. Pormenorizando, uma sociedade que seja considerada uma CFC/SEC em várias jurisdições, verá o seu rendimento ser tributado nesses diversos ordenamentos.

Coloca-se a questão de como resolver este problema. Claro que a Ação 3 neste capítulo também acaba por apresentar uma solução: uma hierarquia de regras. Talvez possamos apelida-la de regra de hierarquia das regras CFC. Esta regra deve estabelecer qual das regras CFC dos ordenamentos em causa tem prioridade: e a resposta é que terá prioridade as regras CFC do ordenamento do sócio residente mais próximo da entidade controlada. O parágrafo 126 da Ação 3 do BEPS expõe o seguinte:

*«There should also be a hierarchy of rules to determine which countries should have priority, and this hierarchy could prioritise the CFC rules of the jurisdiction whose resident shareholder is closer to the CFC in the chain of ownership.»*¹³⁵(itálico nosso)

¹³⁴ [Action 3 do BEPS pág. 65 ponto 123] *«It is left to individual jurisdictions to address other situations giving rise to double taxation, **but the overall recommendation for this building block is to design CFC rules to ensure that they do not lead to double taxation.**»* (negrito e itálico nosso).

¹³⁵ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.66, ponto 126].

A regra da Hierarquia das Regras CFC é apresentada através de um exemplo que achamos extremamente esclarecedor e que reproduzimos aqui com algumas adaptações: há uma subsidiária C (no Estado C), que é uma subsidiária direta da subsidiária B (no Estado B), e é uma subsidiária indireta da sociedade-mãe A (no Estado A). Tanto o Estado C como o Estado A têm regras CFC, logo tem-se de saber qual das regras CFC se deve aplicar primeiro.

De acordo, com o que já dissemos, primeiro aplicam-se as regras CFC do ordenamento no qual está o sócio residente mais próximo da Sociedade Estrangeira Controlada. No exemplo, será o Estado B o primeiro a aplicar a sua regra CFC. Conclusão: o Estado A só aplica as suas regras CFC depois do Estado B aplicar as suas.

Todavia, a regra da Hierarquia das Regras CFC não é assim tão simples. Pois a situação complica-se quando se averigua as taxas praticadas no Estado A e no Estado B. A situação exemplificadora é exposta da seguinte maneira: se o Estado C tiver uma taxa de 10%, o Estado B tiver uma taxa de 20% e o Estado A tiver uma taxa de 30%. Neste caso, tanto o Estado A como o Estado B vão querer recolher a sua parte de tributação. E possivelmente só vão conceder um crédito pela tributação que ocorre no Estado C. Aqui, chama a Ação 3 do BEPS a atenção: o Estado B deve conceder um crédito pela tributação que ocorre no Estado C; todavia, já o Estado A deverá conceder dois créditos, um pela tributação paga no Estado C e outro pela tributação exercida no Estado B. Assim, sendo o Estado C tributa 10% do rendimento; o Estado B concede um credito e só vai tributar os restantes 10% a que tem direito ($20\% - 10\% = 10\%$); e o Estado A concede dois créditos, um credito ao tributado no Estado C e outro crédito pelo que foi tributado no Estado B, e só vai tributar 10% ($30\% - 10\% - 10\% = 10\%$).

Esta situação destaca-se pelo Estado da sociedade-mãe possuir uma taxa superior ao do Estado da subsidiária “intermédia” e ao Estado da sociedade controlada; e assim sendo, o Estado da sociedade acaba por conseguir tributar o restante dos rendimentos que as outras duas taxas ainda não tinham conseguido. Contudo, a situação altera-se se o Estado da sociedade intermédia tiver uma taxa superior ao do Estado da sociedade-mãe. Neste caso, o Estado B teria uma taxa de 40%, enquanto o Estado A continua com a taxa dos 30% e o Estado C com a taxa dos 10%. O que vai ocorrer é que o Estado A não vai tributar se conceder um crédito pela taxa aplicada no Estado B ($30\% - 40\% = -10\%$). Isto, parece a princípio ser uma fonte de preocupações para o Estado A, mas nada mais longe disto. Porque se o rendimento na subsidiária B está a ser tributada a uma taxa superior do

que no Estado A (Estado da Residência da sociedade-mãe), então o Estado A não tem de se preocupar com a sua base tributável, uma vez que não está a ser erodida.¹³⁶ Aliás, o BEPS na Ação 3 chama a atenção para que o Estado A, nestes casos, não deverá tributar se o rendimento da CFC/SEC for tributado num Estado Intermediário a uma taxa igual ou superior que existe no seu Estado.

Se o Estado Intermediário não aplicar regras CFC, o Estado A aplicará as suas regras CFC sem necessitar de se preocupar com a Regra da Hierarquia das Regras CFC.

5. A relação das regras CFC com os Preços de Transferência

Os Preços de Transferência são regras que visam repor os preços praticados entre empresas relacionadas de modo a que alteração os coloque no nível dos preços praticados no mercado por empresas que não têm entre si qualquer relacionamento, e relacionam-se, entre si, como base na livre concorrência.

As regras CFC podem ser ainda consideradas como balizas, antes da aplicação das regras de preços transferência. Não quer dizer que as regras de preços transferência não se devam aplicar por não serem necessárias devido à utilização das regras CFC; pelo contrário, as regras CFC não são complementares às regras sobre preços de transferência, pelo menos, nem sempre. Por isso a existência das regras CFC não invalida a existência de regras sobre preços de transferência.

As regras CFC aplicam-se depois das regras sobre preços de transferência.

¹³⁶ [Action 3:2015 Final Report (2015) pág.67, ponto 130] «(...) if Country B has a tax rate the tis higher than the tax rate in Country A, it is less likely that the tax base that has been eroded is that of Country A. **It is more likely that in this situation, if it were to exist, it would be country B's tax base that was being eroded.**» (negrito nosso)

III – Comparação das Recomendações com o art.º 66

6. Comparação entre o art.º 66 do CIRC com as recomendações da Ação 3 do Projeto BEPS

Inicia-se, assim, neste trabalho, a comparação das recomendações da Ação 3 do BEPS com a Regra CFC anti-abuso específica do art.º 66 do CIRC.

6.1. As entidades abrangidas e os sujeitos passivos residentes

Como já tinha ficado visado quando se passou em vista a evolução legislativa portuguesa, a regra CFC atual do artigo 66.º do CIRC adota um conceito abrangente: «entidades», decidiu adota-lo tal como MORAIS defendia, muito antes das recomendações do BEPS. A verdade é que já algumas legislações utilizavam um conceito abrangente; apesar que, algumas legislações, atualmente, mantém ainda um conceito muito estrito dos sujeitos que se possam considerar como CFCs.¹³⁷ A regra CFC portuguesa atual está de acordo com a recomendação do BEPS nesta matéria.

A Ação 3 do BEPS é omissa quanto à definição dos sujeitos passivos residentes, como o Projeto BEPS surgiu na esteira de abusos de multinacionais, é normal que a Ação 3 apenas refira como sujeitos passivos residentes só as pessoas coletivas sócios, na verdade não há menção de: *individuals* como sócios da CFC. A verdade é que a regra CFC portuguesa se aplica tanto a sujeitos passivos: pessoas coletivas como a pessoas singulares. RUST tem uma posição muito própria em relação aos sujeitos passivos residentes, na sua proposta – um modelo de regra CFC para a Alemanha, proposto por ele

¹³⁷ [Peracin, Gianfranco & Alberto De Luca (2008) pág.18] Os autores colocam em dúvida se é necessário – face à alteração que a regra CFC italiana tinha sofrido de modo a abarcar filiais – realmente abarcar filiais, porque diferem das subsidiárias na medida em que geralmente o sócio não tem autoridade para influenciar o governo da filial, por isso representa menos risco. A noção abrangente da regra CFC portuguesa abrange: filiais e subsidiárias, estabelecimentos estáveis, *partnerhips*, etc. Quisemos apenas evidenciar que de facto, os autores chamam a atenção para o perigo que as filiais representam ser menor do que nas filiais: «*First, we should emphasize that the provision which extends the application of the regulations under the discussion to affiliates has already been subject, in the doctrine, to severe criticisms (...) In the case of affiliates this risk appears, as a rule, lessened; the subject residente in Italy does not, generally, have any authority to influence the management of the company in which it has a stakeholding (...)*» (itálico nosso).

– apenas são tributadas as pessoas singulares, considerando-se transparentes todas as entidades, ou seja, levanta-se o véu da personalidade coletiva até se encontrar o indivíduo físico.¹³⁸

6.2. O tipo de controlo e o nível de controlo

A Ação 3 do BEPS institui que deve-se considerar que existe Controlo, quando o residente detiver mais de 50% de controlo. É esta a recomendação do BEPS, e não é ao acaso que muitos Estados adotam realmente este nível de controlo. Parece concludente que o residente tem efetivamente que ter controlo sobre a sociedade estrangeira, porque senão de que outro modo influenciaria as suas decisões em reter os rendimentos na CFC?¹³⁹ Como já se viu acima, o requisito do Controlo tem o seu propósito de existir na premissa de que seria injusto e desfasado obrigar o contribuinte a suportar uma tributação de rendimentos quando não está ao seu alcance fazer a sua distribuição.

A situação portuguesa do requisito do Controlo é complexa. Portugal não adota uma regra simples. Na verdade, pode-se dizer que existe duas situações para o requisito do Controlo estar preenchido.

Sem querer adiantar conclusões, a regra CFC portuguesa quanto à componente do Controlo, na vertente do nível de controlo, complica desnecessariamente. Portugal não adota a posição de mais de 50% para se concluir que há controlo; pelo contrário, a sua posição é marcadamente mais limitadora, com a adoção de 25% para que se possa dizer que há controlo.¹⁴⁰ Isso é postulado no n.º 1 do art.º 66. Mas, a situação pode-se tornar

¹³⁸ [Rust, Alexander (2008)] A proposta de ALEXANDER RUST é melhor explicada nas palavras do autor, que aqui decidimos citar: «(...) *all corporations are treated as transparent entities and the income earned by corporations is attributed to the ultimate shareholder who is an individual. In case of lowertier companies one has to look through all corporations in a chain.*» (itálico nosso).

¹³⁹ [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.506] Os Autores no seu artigo falam de uma conexão relevante. O controlo é o critério que determina se há uma conexão relevante entre a entidade e a CFC. Os autores não conectam o Controlo diretamente à conexão relevante. Porém o Controlo, como requisito de uma regra CFC, parece ser o único elemento determinante para saber se há ou não uma conexão relevante. Transcrevemos as palavras dos Autores para evitar confusão: «*Most Member States with CFC legislation classify as CFCs those companies with which the taxpayer has a relevant connection and that benefit from a preferential tax regime.*» (itálico nosso).

¹⁴⁰ Portugal não é o único Estado que adota percentagens de controlo mais baixas. Por exemplo: a Dinamarca, Itália e Suécia. [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.507] Os Autores não esclarecem as razões que levam esses Estados a adotarem percentagens de controlo tão baixas,

mais “esquizofrénica” quando olhamos para o n.º 2, em que se está perante um controlo concentrado, pois se entidades no território português deterem conjuntamente pelo menos 50% na totalidade, então estão sujeitos à regra aqueles que detiverem 10%; o controlo dos 25% passa para 10%. Os 10% do art.º 66 n.º 2 do CIRC trata-se de uma participação mínima de cada residente, para que lhe seja aplicada a regra CFC, «*sendo que os residentes com participações inferiores não estão abrangidos por este regime. É também [participação mínima dos 10%] esta a solução portuguesa.*»¹⁴¹.

Na regra CFC portuguesa prevê-se dois modos de tipos de Controlo: primeiro, detenção de participações sociais (capital); segundo, detenção de direitos de voto; terceiro, direitos sobre os rendimentos; quarto, direitos sobre os elementos patrimoniais destas entidades. Parece estar de acordo com as recomendações da Ação 3 do BEPS. Olhando para este elenco de tipos de Controlo vertido no art.º 66 do CIRC, está previsto o Controlo de direito (a detenção das participações sociais), o Controlo económico (a detenção dos direitos de voto).

O Relatório do BEPS na sua Ação 3 não menciona como recomendação que hajam presunções de controlo, ou seja, que se presumam controladas as CFC se as entidades residentes mesmo assim não preencham o nível de controlo exigido. A regra CFC também não estatuiu presunções de controlo. Todavia, mesmo assim, quisemos mencionar que algumas legislações adotam essas presunções de controlo nas suas regras CFC.¹⁴²⁻¹⁴³

apenas referem: «*Some legal systems, however, also consider lower thresholds that are deemed meaningful, usually 20% or 25%, for example, the CFC legislation in Denmark, Italy, Portugal and Sweden.*» (itálico nosso).

¹⁴¹ [Morais, Rui Duarte (2005) pág.316].

¹⁴² [Tello, Matias Cristóbal Pascuali (2015) pág. 231] Transcrevemos na íntegra o que o autor discorre sobre Presunções de Controlo: «La Ley establece presunciones de control, en virtud de las cuales se entenderá controlada la entidad extranjera a pesar de no cumplirse requisitos de porcentajes de participación o control, así **se presumirá que una entidad será controlada, sin tener en consideración el porcentaje de participación del controlador** chileno, cuando la controlada se encuentre constituída, domiciliada o sea residente en un país o território de baja o nula tributación. Outra presunción de control señala que se presume controlada la entidad extranjera cuando el contribuyente chileno tenga una opción de compra o adquisición de una participación a derecho en dicha entidad.» (negrito nosso).

¹⁴³ [Dourado, Ana Paula (2007) pág.621-622] Não que a presunção de controlo possa ser totalmente descartada de lado, mas podendo-se oferecer ao contribuinte a possibilidade de iludir a presunção. Citamos a autora acerca das presunções em direito fiscal, e ainda a questão da constitucionalidade acerca das presunções absolutas nas normas de incidência real : «*Na base desta tributação presumida estiveram diversas causas, nomeadamente uma ponderação de custos-benefícios (custos administrativos com fiscalização individual vs. Receitas cobradas) (...) A única questão de constitucionalidade que se pode colocar diz respeito às presunções absolutas*

6.2.1. A Falta de período de detenção das participações

O relatório da Ação 3 do BEPS omite qualquer referência a um período mínimo de detenção das participações sociais (ou dos outros modos de controlo: direitos sobre votos, etc.). Também este período mínimo de detenção não é mencionado na regra CFC portuguesa. Algumas normas CFC preveem um período mínimo de detenção da participação, um exemplo é a norma CFC chilena.¹⁴⁴ No entanto, também pode ser período de detenção mínima por parte da entidade residente, dar origem a planeamento fiscal abusivo de modo a evitar que se aplique a regra CFC, bastando que a titularidade das participações mude entre entidades do mesmo grupo para que nunca haja o preenchimento do requisito de detenção mínima.

6.3. A *Related party Rule* prevista na regra CFC do art.º 66

Viu-se anteriormente que há uma recomendação para se adotar uma «related party rule», tentado discriminar se as entidades detentoras das participações sociais minoritárias na sociedade residente num território de baixa tributação, estão efetivamente relacionadas, e se assim for as suas percentagens de participação somadas conferem Controlo.¹⁴⁵

O regime CFC português contém uma regra idêntica no n.º 11 do art.º 66: «*Para efeito das percentagens previstas nos n.ºs 1 e 2 são, igualmente, tidas em consideração as partes de capital e os direitos detidos, direta e indiretamente, por entidades com as quais o sujeito passivo tenha relações especiais nos termos do n.º 4 do artigo 63.*»

Exemplificando, se uma entidade residente num território constante da portaria dos paraísos fiscais, for detida por duas entidades residentes, em que uma delas detém

nas normas de incidência real (presunções absolutas de que o sujeito passivo obteve um determinado rendimento).» (sublinhado e itálico nosso).

¹⁴⁴ [Tello, Matias Cristóbal Pascuali (2015) pág. 231] À pergunta: *Qué se considera como Entidades Controladas sin domicilio en Chile?* A autor responde elencando os requisitos, e um desses requisitos transcreve-se: «(...) **Cuando al cierre del ejercicio o en cualquier momento en los 12 precedentes**, por sí o en conjunto com personas relacionadas, posean directa o indirectamente el 50% o más:

- El capital
- El derecho a obtener utilidades
- El derecho a voto (...)» (sublinhado e negrito nosso).

¹⁴⁵ [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.507] Estas Regras de Partes Relacionadas («Related-party-rule») também é designada por “construtive ownership rules”.

apenas 10%, e a outra 15%, não há qualquer outro acionista residente em Portugal – nem se coloca a hipótese de preencher o n.º 2 do art.º 66 – logo não será acionado a tributação da sociedade não residente, uma vez que nenhum deles tem 25% de controlo, nem conjuntamente conseguem atingir os 50% (nem há outros acionistas em Portugal para perfazer 50%). Contudo, o caso, mudará de figura se estas duas entidades residentes em território português tiverem relações especiais entre si. Neste caso, as participações sociais somadas irão dar os 25% de Controlo exigido pelo n.º 1 do art.º 66, nos termos do n.º 11 do art.º 66.

O regime português não menciona claramente, se essas entidades que devem ver as suas participações minoritárias agregadas, se aplica também a entidades não residentes com as quais as entidades residentes em território português tenham relações especiais; pelo contrário, a norma do n.º 11 remete para o n.º 4 do art.º 63.¹⁴⁶ Tudo aponta para que se agregue, de facto, a participação minoritária de uma entidade que não é residente em território português.

¹⁴⁶ O corpo do n.º 4 do art.º 63 CIRC: «(...) **4.** Considera-se que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, direta ou indiretamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra, o que se considera verificado, designadamente, entre:

- a) Uma entidade e os titulares do respetivo capital, ou os cônjuges, ascendentes ou descendentes destes, que detenham, direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 20% do capital ou dos direitos de voto;
- b) Entidades em que os mesmos titulares do capital, respetivos cônjuges, ascendentes ou descendentes, detenham. Direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 20% do capital ou dos direitos de voto;
- c) Uma entidade e os membros dos seus órgãos sociais, ou dos membros de quaisquer órgãos de administração, direção, gerência ou fiscalização, e respetivos cônjuges, ascendentes e descendentes;
- d) Entidades em que a maioria dos membros dos órgãos sociais, ou dos membros de quaisquer órgãos de administração, direção ou gerência ou fiscalização, sejam as mesmas pessoas ou, sendo pessoas diferentes, estejam ligadas entre si por casamento, união de facto legalmente reconhecida ou parentesco em linha reta;
- e) Entidades ligadas por contrato de subordinação, de grupo paritário ou outro de efeito equivalente;
- f) Empresas que se encontrem em relação de domínio, nos termos do artigo 486º do Código das Sociedades Comerciais;
- g) Entidades cujo relacionamento jurídico possibilita, pelos seus termos e condições, que uma condicione as decisões de gestão da outra, em função de factos ou circunstâncias alheias à própria relação comercial ou profissional;
- h) Uma entidade residente ou não residente com estabelecimento estável situado em território português e uma entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável residente em país, território constante da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças. (...)»

6.4. Participações Diretas e Indiretas

A regra CFC portuguesa prevê que o controlo deve ser tanto através de participações diretas como indiretas.

6.4.1. Falta de definição do conceito de Participações Indiretas

A legislação portuguesa atualmente prevê que sejam tidas em consideração as participações indiretas para calcular o nível de controlo.¹⁴⁷ Todavia, como já foi observado anteriormente por MORAIS¹⁴⁸, a verdade é que o art.º 66, em toda a sua extensão e após várias alterações legislativas no artigo da Imputação dos Rendimentos das Sociedades Estrangeiras Controladas, continua sem apresentar uma noção de Participações Indiretas. Desta maneira, a lei não apresenta qualquer definição desta noção.

6.5. O Rendimento da CFC no art.º 66 e de onde provém

Como já se mencionou na construção de uma regra CFC, os Estados podem atribuir à CFC o rendimento conforme o local donde provém, conforme a fonte do Rendimento. Será pouco suspeito se os ganhos provierem do Estado no qual está a CFC.

¹⁴⁷ [Castro, Leonardo F. M. (2013) pág.27-30] Quisemos colocar em nota de rodapé um caso judicial que ocorreu no Brasil no que diz respeito à aplicação das regras CFC a sociedades detidas indiretamente por uma sociedade brasileira, em que se demonstra a forma de realizar a imputação. Basicamente, havia uma sociedade brasileira (Brasil Foods S.A.) que detia uma sociedade na Austria (Crossban) que por sua vez detia a Perdix (na Ilha da Madeira), a Perdigão Internacional (na Ilha da Madeira) e a Perdigão Asia (em Singapura). Na altura do caso, a Austria e o Brasil tinham acordado um tratado de dupla tributação, e a lei interna brasileira dispunha que os lucros de sociedades localizadas em Estados com os quais o Brasil tenha tratados de dupla tributação não seriam adicionados aos lucros da rede da sociedade sediada no Brasil. O problema coloca-se, então, que a autoridade fiscal brasileira imputou diretamente os lucros das sociedades detidas indiretamente de modo direto à sociedade brasileira (cita-se uma passagem: «*The taxed amounts were not consolidated at Crossban level, but individually taxed on the level of each indirect CFC (...)*» - itálico nosso). A conclusão da decisão do caso foi que os lucros das sociedades detidas indiretamente deviam ser consolidados no balanço da sociedade na Austria (aquela que era detida diretamente) e só depois, é que poderiam ser imputados à sociedade controladora no Brasil (cita-se passagem: «*The judge then stated that the tax authorities were clearly wrong when directly transferred to BRF the profits earned by indirect controlled foreign companies (...). The correct procedure should have been to first determine the correct profits of the direct affiliated companies to, afterwards, tax such profits at the level of the Brazilian controller company (BRF).*»- itálico nosso).

¹⁴⁸ [Morais, Rui (2008)] O autor menciona mesmo uma insuficiência de tipicidade.

No nosso artigo 66.º, os n.º 1 e n.º 2 referem-se somente lucros e rendimentos sem especificar de onde venham, seja de território português, seja de outros Estados. Pareceria à primeira vista que na nossa legislação não teríamos uma solução similar.

No art.º 66 do CIRC não há qualquer noção totalmente idêntica à proposta pela Ação 3 do BEPS no sentido de distinguir o tratamento do rendimento da CFC conforme a sua proveniência. Todavia, no art.º 66 n.º 6 existe uma solução um pouco similar à proposta pela Ação 3 do BEPS, só que no sentido de isentar de tributação os rendimentos da CFC, porque se leva a cabo uma atividade naquele Estado, e por isso o rendimento ganho no próprio Estado da CFC/SEC não é suspeito.

O art.º 66 n.º 6 dispõe:

«(...) **6. Excluem-se do disposto no n.º 1 as entidades não residentes em território português quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições:**

a) Os respetivos lucros ou rendimentos provenham em, pelo menos, 75% do exercício de:

- 1) Uma atividade agrícola ou industrial **no território onde estão estabelecidos; ou***
- 2) Uma atividade comercial, ou de prestação de serviços, **que não esteja predominantemente dirigida ao mercado português;***

(...) » (negrito nosso).

Pretendeu-se desonerar uma situação em que pode haver literalmente uma atividade genuína por parte da Sociedade Estrangeira Controlada, e não haveria nenhum abuso. Atente-se que a norma portuguesa tem uma especificidade, a natureza das atividades: agrícola, industrial, comercial ou de prestação de serviços. E atenção, porque na alínea a) claramente está dito, que as atividades devem ser praticadas no território da CFC.

A regra CFC portuguesa mistura a regra recomendada pelo BEPS – de distinguir os rendimentos da CFC conforme a sua proveniência – com a análise substancial da atividade da CFC. Porque há a presunção de que as atividades: agrícola, industrial, comercial ou de prestação de serviços levantam poucos problemas de erosão das bases tributáveis, porque se tratam de atividades reais. Enquanto a alínea a) exclui do n.º 1 – isentando a CFC da tributação, - a alínea b) volta a colocar no leque das entidades

tributadas. Até se pode imaginar que uma entidade estrangeira controlada podia, à luz da alínea a) do n.º 6 do art.º 66, estar isenta, porque o seu objeto era a prestação de serviços, e não estava predominantemente dirigida ao mercado português, contudo a sua atividade principal era realizar operações de atividade seguradora dirigida predominantemente de Estados que não o da residência da CFC, a isenção da alínea a) fica anulada devido à natureza da atividade desempenhada pela CFC. Por isso, assim, pode-se dizer que o art.º 66 prevê uma regra que atende à natureza da atividade desempenhada pela CFC. O nosso art.º 66 n.º 6 alínea b) prevê uma presunção de que certas atividades não devem estar isentas (ainda que genuinamente praticadas).¹⁴⁹ Essas atividades que não devem estar isentas, são atividades que pela sua natureza levantam problemas relacionados com a origem do BEPS. Na Ação 3 do BEPS, o capítulo relacionado com a definição dos rendimentos aponta certos rendimentos de certas atividades como sendo problemáticos. A regra CFC portuguesa, mais uma vez, não está longe dos objetivos da Ação 3 do BEPS.

As atividades da alínea a) do n.º 6 do art.º 66 do CIRC estão todas relacionadas com rendimentos ativos; pelo contrário, excluem-se atividades relacionadas com rendimentos passivos na alínea b) do n.º 6 do artigo 66.º do CIRC.

«(...)

b) A atividade principal da entidade não residente não consista na realização das seguintes operações:

- 1) Operações próprias da atividade bancária, mesmo que não exercida por instituições de crédito;*
- 2) Operações relativas à atividade seguradora, quando os respetivos rendimentos resultem predominantemente de seguros relativos a bens situados fora do território de residência da entidade ou organismo ou de seguros respeitantes a pessoas que não residam nesse território;*
- 3) Operações relativas a partes sociais representativas de menos de 5% do capital social ou dos direitos de voto, ou quaisquer participações detidas em entidades com residência ou domicílio em país, território ou região*

¹⁴⁹ [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008) pág.510] Os autores afirmam que em algumas legislações prevê-se este tipo de tecnicidade: em primeiro isentam-se as atividades genuínas, para depois algumas atividades devido à sua natureza voltem a cair no escopo da norma CFC: «*In some cases, irrefutable presumptions prevent some economic activities satisfying the exempting feature based on the exercise of an economic activity by the CFC. These irrefutable presumptions usually concern financial and insurance activities (...)*» (itálico nosso).

sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ou outros valores mobiliários, a direitos de propriedade intelectual ou industrial, à prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico ou à prestação de assistência técnica;

4) *Locação de bens, exceto de bens imóveis situados no território de residência.».*

6.5.1. Threshold test no art.º 66 n.º 6 al. a)

Na alínea a) do n.º 6 pode-se encontrar o *threshold test* na medida em que se os lucros e os rendimentos que prevenirem em 75% do exercício de uma atividade agrícola ou industrial e ainda atividade comercial ou de prestação de serviços estarão excluídos da imputação aos sócios residentes que preencham as condições do n.º 1 do art.º 66 do CIRC. Pode-se mencionar duas interessantes premissas acerca desta alínea: a CFC portuguesa relaciona o montante de rendimento, não só com a necessidade de provir de uma certa quantidade/ percentagem de exercício de uma atividade genuína (como o Projeto BEPS define apenas, o *threshold test* na Ação 3), mas também conecta-a com a designação de atividades, que pela sua natureza tradicional estarão relacionadas com rendimentos ativos; a segunda, é que o n.º 6 menciona, caso esteja preenchido as suas condições, que apenas estão excluídos as situações do n.º 1 do artigo 66.

Coloca-se a questão se as situações do n.º 2 do artigo 66.º também estarão incluídas na exclusão proporcionada pelo n.º 6 do art.º 66 do CIRC. Apesar de não estar expressamente nominado, faz sentido que a exclusão também se aplique às situações encaixadas no n.º 2 do art.º 66. Não parece que faria sentido, deixar-se residentes com participações de 10% apenas excluídos da possibilidade de isenção do n.º 6 al. a).

Na alínea b) do n.º 6 do art.º 66 estão previstas as atividades que não direito a isenção nos termos da alínea a), porque o rendimento destas atividades, é considerado *tainted income* – por isso, mesmo que estes rendimentos sejam ativos estão à mercê da regra de imputação dos lucros das sociedades estrangeiras controladas. Assim sendo, as atividades listadas na alínea b) n.º 6 do art.º 66, apesar de estarem relacionadas com rendimentos passivos, a verdade é que mesmo que parte desses rendimentos sejam

ativos, esses também vão ser computados. Porque o rendimento destas atividades é *tainted*.

6.6. Local de Residência das CFCs, a *Black List* Portuguesa e a taxa efetiva

Quanto ao local de residência das CFCs, a CFC portuguesa adotou a uma *Black List*; sendo que a norma CFC faz uma remissão para a portaria que postula essa lista. Em princípio, todos os territórios constantes dessa lista terão falta de tributação, baixa tributação. PIRES enuncia alguns dos critérios utilizados pelos Estados para colocar um determinado território numa lista negra: se não aplica impostos sobre o rendimento, se a taxa é inferior a certa percentagem da taxa do Estado de residência.¹⁵⁰

Também se incluem na lista, territórios, por outros critérios, que são de natureza administrativa, por exemplo: práticas de sigilo bancário, há um regime aplicável apenas a não residentes, há uma falta de troca de informações, não há um tratado contra a dupla tributação.

A Ação 3 do BEPS menciona também como critério de isenção: uma *white list*, que visará aliviar o peso sobre as Administrações Fiscais, para determinar quais os contribuintes sujeitos e não sujeitos a regras CFC. Como já foi mencionado supra, a regra CFC portuguesa não apresenta qualquer *white list*. Apesar do Relatório, não apresentar uma Grey List como recomendação, a verdade é que a regra CFC do art.º 66 também não remete para nenhuma lista cizenta – uma vez que Portugal não tem uma.

6.7. Uma outra exceção – art.º 66 n.º 12

A exceção do art.º 66 n.º 6 diz respeito à natureza das atividades em causa (geradoras de rendimentos passivos ou *tainted income*). No entanto, o n.º 12 do art.º 66 estabelece uma outra exceção:

¹⁵⁰ [Pires, Rita Calçada (2018) pág.159]

« (...) 12. O disposto neste artigo não se aplica quando a entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutra Estado Membro da União Europeia ou num Estado membro do Espaço Económico Europeu, neste último caso desde que esse Estado membro esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, e o sujeito passivo que demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços.»

A exceção do n.º 12 *relaxa* – de forma completa, pois não se aplicará o art.º 66 – a mão apertada da exceção do n.º 6 no que diz respeito a CFCs, que se encontrem em Estados da União Europeia e ou ainda estejam num Estado membro do Espaço Económico Europeu (esse estado tem de estar vinculado a cooperação administrativa com Portugal).

Se estiverem num Estado da União Europeia, os rendimentos poderão ser de proveniência inferior a 75% do exercício de uma atividade agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços. Desde que a entidade desenvolva uma destas atividades, e faça parte da União Europeia, então o regime não se aplicará. Ainda para além, da natureza da natureza da atividade, é necessário que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas. Não se irá aprofundar o conceito de razões económicas válidas nem a jurisprudência do TJUE, uma vez que este trabalho não versa sobre as clausulas CFC e a sua compatibilidade com o direito da União Europeia.

Apenas quisemos apresentar a existência desta outra exceção à aplicação do art.º 66, que é muito mais leve de requisitos do que o n.º 6. Desta maneira, desde que uma entidade CFC se situe na União Europeia, ainda que não se habilite à exceção do n.º 6, pode ser sempre ver-se não habilitada para a aplicação do regime através do n.º 12.

6.8. Detenção através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa

O n.º 1 e n.º 2 do art.º 66.º do CIRC prevê que as detenções diretas ou indiretas podem ocorrer através de várias figuras: mandatário, fiduciário ou interposta pessoa. O objetivo é evitar que a forma deturpe a substância.

Ora, se alguém é o proprietário de facto de certas participações, mas utiliza um terceiro – pessoa interposta -, o que apenas há é uma simulação. Esta situação não se confunde com a detenção de participações indiretas. Quando há a detenção de participações indiretas, quer dizer simplesmente, que o residente detém uma participação direta numa entidade, que por sua vez esta entidade detida pelo residente irá deter certa participação na sociedade que satisfaz os requisitos previstos na lei do Estado do Residente, para ser considerada uma sociedade estrangeira controlada. Ou seja, nas detenções indiretas, está-se perante vários níveis de detenção de participações. Porém, na figura da interposta pessoa, não há estes níveis de detenção. O residente é o proprietário de facto das participações, mas há uma pessoa (singular ou coletiva) que é o proprietário conhecido. Não se pode esquecer que a *related party rule* prevista no n.º 11 do art.º 66 remete para a definição de entidades relacionadas, há uma série de possibilidades que ficam excluídas, pois as suas participações irão ser sempre agregadas: exemplificando, imagine-se que a entidade A – detida totalmente pelo Sr. A – detém apenas 7% numa sociedade em Macau, que se dedica a atividades seguradoras -, em princípio, não chega nem perto aos 25% do n.º 1, nem chega aos 10% do n.º 2 (presumindo-se que há uma entidade residente em Portugal que detém 40%). Logo à primeira vista, não lhe será aplicada a regra do art.º 66, não havendo a consequente imputação dos rendimentos estrangeiros. No primeiro caso – dos 25% – imagine-se que a mulher do Sr. A, a Sra. A1 detém na sociedade em Macau 9%, e o pai do Sr. A, o Sr. Aa detém outros 9% de participação na sociedade em Macau. Entre estas três personagens há 25% de controlo, logo controlo há, só que há duas interpostas pessoas. Não só não preenchem *imediatamente* o controlo do n.º 1, mas mesmo que haja outra entidade com 25% – para se fazer 50% de controlo por residentes –, a verdade é que nenhuma daquelas três pessoas detém 10% para se poder dizer que a sua situação também é reconduzida ao n.º 2.

6.9. Determinação do rendimento tributável da CFC – quais as regras que se aplicam?

No capítulo 5 da Ação 3 do BEPS recomenda-se que se calcule o rendimento da CFC de acordo com as regras do Estado de Residência dos sócios, uma vez que há dificuldade na aplicação de regras fiscais de outro Estado, e também para evitar regras que permitam dedução exorbitada de prejuízos, como por exemplo sem limite de dedução de juros pagos.

Contudo, a regra CFC portuguesa afasta-se da recomendação do BEPS, uma vez que apenas tributa após a tributação do Estado da CFC (como deverá ser, só que o rendimento da CFC apresentado pelo contribuinte será sempre o rendimento calculado pelas regras do Estado da CFC).

O rendimento da CFC é calculado de acordo com as regras do Estado onde se localiza a CFC. De acordo com o n.º 3 e o n.º 4 do art.º 66 efetivamente os lucros e rendimentos da CFC são calculados de acordo com as regras tributárias do território onde está inserida. As regras tributárias portuguesas só se aplicaram na imputação do rendimento distribuído ou por distribuir. SOUSA DA CAMÂRA E AYALA, defendem que esta perspetiva terá causar problemas em relação às CFCs que se encontram em jurisdições, nas quais é possível manobrar a base tributável, por exemplo, através da ausência de regras de sub-capitalização.¹⁵¹ Essas CFCs poderão deduzir todos os juros (exemplificando) não havendo rendimento algum para tributar (porque o Estado da CFC não limita a dedução dos juros), e isso é utilizado como planeamento fiscal entre empresas do mesmo grupo (suponhamos), de modo a enviar os rendimentos da CFC para outra empresa do mesmo grupo, que é detida por outra empresa num Estado que não aplica regras CFC.¹⁵²

TEIXEIRA¹⁵³ chama a atenção para um pormenor que poderá causar algumas injustiças face estar-se perante participações diretas ou indiretas, uma vez que o n.º 4 do art.º 66 do CIRC não prevê o reconhecimento da imputação de imposto do Estado

¹⁵¹ [Câmara, Francisco de Sousa da & Bernardo Ayala (1996) pág.81]

¹⁵² Exemplo imaginado e inventado por nós, sem prejuízo de estar errado.

¹⁵³ [Teixeira, Manuela Duro (2011) pág.662-663] Transcrevemos o pensamento da Autora: «(...) nos casos de imputação em função da participação indirectamente detida, não é possível deduzir ao valor a imputar os impostos eventualmente suportados pelas sociedades que se encontram em níveis intermédios de participação.» (itálico nosso).

intermédio no caso da imputação de lucros de uma participação indireta numa CFC. O n.º 4 é bastante estático: «*Para efeitos do número anterior, aos lucros e rendimentos sujeitos a imputação é deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros ou rendimentos, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de Residência dessa entidade.*» (sublinhado nosso). Ora, daqui retira-se que o regime português só olha para a dedução do imposto pago sobre esses lucros, respeitante ao Estado de Residência da entidade CFC, esquecendo-se de mencionar o acerto que deverá haver quando os lucros sejam distribuídos ao Estado Intermédio – e este os tribute. Todavia, o n.º 7 do art.º 66 não refere esta situação em concreto, mas como o seu objetivo é eliminar a dupla tributação, será através dele com certeza que o sujeito passivo em território português possa encontrar alívio fiscal para a dedução de imposto que sofreu a participação direta.

Em termos da apresentação de documentos relativamente à imputação de rendimentos relativamente ao art.º 66 do CIRC, o contribuinte tem o ónus de apresentar de acordo com a al. c) do n.º 9 “*A demonstração do imposto pago pela entidade não residente e dos cálculos efetuados para a determinação do IRC que seria devido se a entidade fosse residente em território português, nos casos em que o território de residência da mesma não conste da lista aprovada por portaria do Governo responsável pela área das finanças.*”.

O n.º 9 do art.º 66 do CIRC visa também a comprovação se se está perante uma CFC ou não, caso no Estado desta se aplique uma taxa inferior a 60% em relação à taxa portuguesa. Todavia, esta apresentação não demonstra como é calculado o rendimento no Estado de residência da CFC, que até pode ter uma taxa superior a 60% da taxa aplicada no território português; mas pode o Estado da CFC permitir outras formas de erosão da base tributável (nesse caso, há erosão da base tributável do Estado da CFC, e, de certa forma continua a tentar a erodir a base tributável do território português).

6.10. Imputação conforme a proporção da participação social

A regra CFC portuguesa vai na esteira do BEPS, uma vez que a imputação realizada em Portugal é feita de acordo com a proporção da participação social, que a

entidade residente no território português tem na entidade controlada.¹⁵⁴ Isso retira-se do n.º 3 do art.º 66 do CIRC.

Reproduz-se o n.º 3: «***A imputação a que se refere o n.º 1 é feita na base tributável relativa ao período de tributação do sujeito passivo que integrar o termo do período de tributação da entidade, pelo montante do respetivo lucro ou rendimentos, consoante o caso, obtidos por esta, de acordo com a proporção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos, direta ou indiretamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, por esse sujeito passivo.***» (itálico e negrito nosso).

De acordo com o quadro exemplificativo, do manual de IRC, da AT, o que é tributado a título de imputação de rendimentos da CFC, é o resultado dos seguintes cálculos: multiplica-se a participação social da entidade controladora pelo rendimento da CFC menos o imposto pago na jurisdição da CFC.¹⁵⁵

6.11. A Interação das Regras CFC portuguesas com as regras CFC de outros territórios

A regra CFC portuguesa é silenciosa no que diz respeito ao modo de interação de várias regras CFC de diferentes ordenamentos. Porém, não parece que esta ausência traga problemas à aplicação da regra CFC, uma vez que o território português na determinação do rendimento da CFC deixa que se apliquem as regras tributárias do Estado onde se localiza a CFC.

¹⁵⁴ [Fernandes, João (1996) pág.9] «(...) pretende-se que sejam imputados aos sócios residentes em território português – pessoas singulares ou coletivas – **na proporção da sua participação social** (...)» (negrito, sublinhado e itálico nosso).

¹⁵⁵ [Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, manual de IRC (2016) AT pág.297] No exemplo dado no Manual de IRC da AT, uma sociedade residente em Portugal participa em 33,33% numa sociedade sediada no Dubai. Em determinado período, a sociedade controlada teve um resultado líquido de 94.737 euros, tendo sido aplicado sobre esse rendimento uma taxa de imposto de 5% (que equivale a 4.737 euros dos 94.737 euros). Só no ano seguinte, é que a empresa no Dubai distribuiu os dividendos, cabendo 30.000 euros à sociedade residente em Portugal. Os cálculos apresentados, no quadro exeplicativo do manual, são os seguintes: 30.000 [33,33×(94.737-4.737)].

No ano em que não foram distribuídos os rendimentos da CFC, então o contribuinte, tem de apresentar o valor dos rendimentos da CFC, no quadro 07, no campo 747 da declaração de IRC (modelo 22).

Por isso, indiretamente o Estado português estará a ser beneficiado, pelo facto do Estado da CFC, ter este próprio, regras CFC, que evitem diretamente que a sua base tributável seja erodida, e que indiretamente evitem que a base tributável portuguesa seja esta também erodida, uma vez que o rendimento apurado no território da CFC incluirá já a imputação de rendimentos provindos de uma entidade que o Estado intermédio considera (face à sua regra CFC) tratar-se de uma Controlled Foreign Company. E esse rendimento já tido em conta no Estado intermédio, irá relevar na apresentação do rendimento do sócio residente em Portugal.

A Ação 3 do BEPS também é ausente quanto a regras de reconciliação – exceto por ter em consideração, a tributação ocorrida no Estado da primeira CFC, e no Estado da segunda CFC (considere o que supra foi mencionado no capítulo II e ponto 4.7.).

Há alguns ordenamentos jurídicos que estabelecem regras de reconciliação (*reconciliation rule*) entre as regras CFC de vários ordenamentos que se aplicam à mesma entidade controlada. Um exemplo é a regra CFC australiana, que apresenta uma regra de reconciliação.¹⁵⁶

6.12. Taxa a aplicar ao rendimento da CFC no território português

A taxa que se aplica no território português é a taxa dos 21%, e é a taxa que se irá aplicar aos rendimentos da CFC, pois a regra CFC portuguesa não dispõe de nenhuma taxa autónoma para a imputação de rendimentos provindos de uma Controlled Foreign Company. Não há nenhuma “*top-up tax*” prevista para esses rendimentos. Até se percebe este ponto.

Com alguma possibilidade da nossa ideia, estar incorreta, a previsão de um regime especial para a imputação de rendimentos de uma CFC num Estado com uma taxa mais

¹⁵⁶ [Burns, Lee (2006) pág.217-218] A regra CFC australiana apresenta uma regra de reconciliação, que depende do preenchimento de várias condições, mas uma vez satisfeitos os requisitos, o rendimento que será atribuído ao sócio no ordenamento australiano será o correspondente somente há proporção da participação indireta tributada. Por isso, será obvio, que a regra CFC australiana tem em conta a regra CFC da entidade com a participação direta. Para mais desenvolvimentos, ler pág.217 do Autor. Citamos apenas uma passagem: «*If these conditions are satisfied, the CFC's attributable income is reduced by the attributable taxpayer's indirect attribution interest in the CFC's foreign accruals-taxed attributable income.*» (itálico nosso).

baixa do que a instituída para os restantes rendimentos dos sócios (incluindo dividendos), poderia levar a planear fiscalmente a não distribuição dos lucros da CFC para usufruir de um regime de tributação mais baixo aquando da imputação dos rendimentos da CFC. Parece incoerente que se aplique diferente tratamento a dividendos já distribuídos e a dividendos não distribuídos, a não ser que depois da sua distribuição se fizesse um acerto.

A regra CFC portuguesa aplica os 21% quer sejam dividendos distribuídos de uma CFC – art.º 20 n.º 1 al. c) CIRC –, quer sejam rendimentos ainda não distribuídos de uma CFC. Não há assim previsão de nenhuma taxa especial para o efeito. Não nos parece incorreto a solução portuguesa neste aspeto.

6.13. A regra CFC portuguesa e a dupla tributação

A regra CFC do art.º 66 demonstra que o legislador não foi alheio ao problema da dupla tributação, que ocorre quando os dividendos serão distribuídos pela CFC, e, que, entretanto, já foram imputados na proporção da participação social ao sócio controlador.

No n.º 7 do art.º 66 está pautado: *«Quando ao sujeito passivo residente sejam distribuídos lucros ou rendimentos provenientes de uma entidade não residente a que tenha sido aplicável o disposto no n.º 1, são deduzidos na base tributável relativa ao período de tributação em que esses rendimentos sejam obtidos, até à sua concorrência, os valores que o sujeito passivo prove que já foram imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de períodos de tributação anteriores, sem prejuízo de aplicação nesse período de tributação do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar, nos termos da al. a) do n.º 2 do artigo 90.º e do artigo 91.º»* (itálico e sublinhado nosso). Daqui se retira, que só posteriormente, aquando da distribuição de lucros, é que se faz a correção da dupla tributação que ocorreu. Por isso, aquando da aplicação do n.º 1 e n.º 2 não há qualquer correção da dupla tributação internacional, eviando-se a aplicação dos métodos para momento posterior – quando os rendimentos entram efetivamente na esfera do controlador.

O BEPS na Ação 3 recomenda que se aplique o método do crédito. Na Ação 3, parece que se pretende eliminar tanto a dupla tributação jurídica como a económica, uma vez que o relatório menciona o imposto sobre o rendimento pago e depois menciona as

retenções na fonte; por isso, só há a concluir que nas regras CFC, teve-se em consideração terminar com a dupla tributação jurídica e económica.¹⁵⁷

Mas, com certeza isso, terá haver com a convenção de dupla tributação acordada entre os Estados ou com o direito interno do Estado de Residência – por exemplo, no art.º 51 do CIRC, pretendeu-se eliminar a dupla tributação económica (regime que se poderá aplicar a todos os Estados e não só apenas aos Estados membros da União Europeia, desde que reunidos os requisitos do n.º 1 do art.º 51 do CIRC). Isto, para dizer que dependerá da posição que os Estados tomem face à dupla tributação económica, uma vez que as convenções – quando celebradas – só eliminarão a dupla tributação jurídica.

6.14. Relação da Regra de Preços de Transferência com a Regra CFC do art.º 66 do CIRC

Não iremos dedicar muito espaço aos Preços de Transferência, uma vez que ultrapassa o objeto do tema desta tese. Todavia, como já referimos, a Ação 3 do BEPS refere que a aplicação das Regras de Preços de Transferência se faça antes da aplicação das Regras CFC.

Quanto a isso, a regra CFC do art.º 66 do CIRC em todos os seus números é omissa. Não menciona se a regra se deve aplicar depois da regra de Preços de Transferência. O BEPS manda aplicar a regra CFC depois da correção realizada pela regra de preços de transferência – aliás só fazendo sentido assim. Apesar da regra CFC portuguesa ser omissa quanto a isso, parece que o raciocínio se aplica deste modo.

¹⁵⁷ [Final Report: Action 3 BEPS (2015) pág. 65 ponto 123] «The actual tax paid (this can also include withholding taxes) should include all taxes borne by the CFC that are taxes on the income that have not qualified for another relief (...)». Assim sendo, ao mencionar o imposto sobre o rendimento – e que se inclua também as retenções na fonte – o BEPS na Ação 3 referente às regras CFC e à dupla tributação que a utilização destas regras possa causar, tanto se deve eliminar a dupla tributação económica como a jurídica. No entanto, mesmo que o Estado de Residência não utilize regras CFC, a verdade é que a distribuição de rendimentos do estrangeiro causaria dupla tributação, que teria de ser eliminada, com base numa convenção de dupla tributação, ou por aplicação do direito interno do Estado de Residência.

Conclusões

1. Sobre as Regras CFC e o seu objetivo

As Regras CFC são regras específicas anti-abuso, ou seja, o seu âmbito de aplicação é mais reduzido do que a cláusula geral anti-abuso. A Regra CFC aplica-se a uma situação de abuso que é concretizada na norma e somente a essa situação de elisão fiscal. As regras CFC por serem regras específicas “trazem” consigo problemas, nomeadamente o problema de novos esquemas de planeamento fiscal com vista a fugir da norma CFC.

As regras CFC permitem evitar que uma sociedade estrangeira controlada por um residente sirva para “amealhar” rendimentos e dessa forma escapar à tributação elevada no Estado do residente. Por isso, a regra CFC tem como traço distintivo o facto de ser anti diferimento, contudo como se viu neste trabalho, não pode ser uma característica que avassala o carácter de excecionalidade, porque se assim for então deixa-se de estar perante uma regra CFC, cujo único objetivo é mesmo somente evitar o diferimento.

Assim sendo, a regra CFC apresenta como características: **a ideia de *tax neutrality*** – isto é, a regra tem um propósito de evitar que os contribuintes façam decisões em que territórios coloquem as suas sociedades devido a motivos fiscais; é um mecanismo **anti diferimento** – evita que o contribuinte difira o pagamento dos impostos quando a sociedade controlada não distribua os dividendos; é uma regra de carácter excecional – a sua utilização está relacionada com situações abusivas, por isso deve ser conformada de modo a só abarcar situações abusivas, não se transformando num meio de apenas de evitar o diferimento de impostos.

2. Da natureza jurídica das Regras CFC

No que diz respeito à natureza das regras CFC existem somente quatro posições quanto à sua natureza. Pode-se considerar que: primeiro, há uma desconsideração da sociedade controlada, levantando-se o véu da personalidade jurídica; segundo, há uma desconsideração da residência estrangeira, e devem ser consideradas residentes no Estado do sócio; em terceiro, há uma presunção de que os dividendos são distribuídos logo aos sócios; em quarto, há a consideração de que as entidades controladas devem ser

consideradas transparentes. Em nossa opinião, temos mais simpatia com a primeira posição do levantamento do véu.

3. Estrutura de uma regra CFC

Quanto à sua estrutura, pode-se observar ao longo do trabalho, que as regras CFC são constituídas por várias componentes: o âmbito subjetivo das entidades sujeitas à incidência da regra (tanto do ponto de vista dos controladores, como dos controlados), componente do controlo, a componente da territorialidade (como decidir qual os territórios abrangidos pela regra CFC) e ainda a componente do rendimento da CFC (o que se deve considerar como rendimento da CFC).

4. A Estrutura da regra CFC do art.º 66 do CIRC

A regra CFC portuguesa do art.º 66 do CIRC contém os elementos supra indicados. A regra do art.º 66.º do CIRC define que ficam abarcados todas as entidades consideradas residentes. Há um claro alicerço na definição de “Residentes”, todos os residentes fiscais em território português ficam sujeitos à regra CFC do art.º 66.º do CIRC. Ora, no âmbito subjetivo das entidades estrangeiras sujeitas à regra CFC portuguesa apresenta-se um âmbito alargado, com referência à noção de entidades.

5. Da evolução das regras CFC na legislação portuguesa

A regra CFC portuguesa foi introduzida pelo decreto-lei 37/95 de 14 de Fevereiro que acrescentou o art.º 57-B ao CIRC. Alterado posteriormente segundo a seguinte ordem: decreto-lei 366/98 de 23 de Novembro de 1998, lei 39-G/2002 de 29 de Dezembro, decreto-lei 198/2001 de 3 de Julho. E ainda uma mudança mais profunda pela lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro. A lei n.º 2/2014 de 16 de Janeiro voltou a alterar alguns pontos do art.º 66.

6. Das Recomendações da Ação 3 do BEPS

6.1. Controlo

O Controlo recomendado pelo Relatório do BEPS é de 50%. Há sempre a admissão que os Estados podem baixar esse limiar para menos de 50%. Esses 50% podem ser calculados e somados de forma direta ou indiretamente, conforme as participações sejam diretas ou indiretas.

6.2. «Acting-in-concert-rule»

Várias são as sugestões de regras com particulares propósitos. É apresentada a «*acting-in-concert-rule*», que é uma sugestão, que os Estados devem ter uma regra que agregue as participações de residentes e não residentes, para se verificar se o quantum do controlo está efetivamente preenchido ou não. Esta regra tem propósito de agregar participações de entidades independentes entre si – parece-nos que aferir se essas entidades estão a atuar em conjunto, é difícil. O BEPS no seu relatório apenas indica que se trata de uma análise que se devem basear em factos – no entanto, no seu exemplo não apresenta quaisquer critérios que possam servir de modelo para a efetiva construção da regra de atuação concertada de partes completamente independentes entre si.

6.3. «Related party rule»

A «*Related party rule*» destina-se a agregar participações de entidades relacionadas entre si, uma vez que se pressupõe que estarão a atuar concertadamente de modo a que os rendimentos fiquem na esfera da CFC.

6.4. Isenções

As Isenções tratam-se de situações, que pela sua natureza, representam pouco perigo para a criação do fenómeno de *Base Erosion and Profit Shifting*. Essas situações são limites e balizas, às quais não se permite que a regra CFC seja aplicada.

6.4.1. Taxa aplicada no Estado da CFC próxima do Estado da entidade residente

Uma das recomendações é aplicar uma isenção quando a taxa a que foi submetida a CFC se aproxime da taxa aplicada no Estado de Residência dos Sócios.

6.4.2. De minimus rule

A regra CFC portuguesa do art.º 66 não tem uma De minimus rule, porque não tem previsão em todo o seu normativo de uma quantia, que serve de patamar mínimo de rendimento da CFC, que uma vez atingido se submeterá o sócio residente à imputação do rendimento da CFC, mas caso esse patamar não seja atingido, então o rendimento da CFC não será imputado à entidade dominante ou controladora.

A Ação 3 do BEPS recomenda uma regra de patamar mínimo, como forma de isenção.

6.4.3. White List

A Ação 3 do BEPS recomenda que uma das formas de isenção que os Estados possam adotar é uma *White List*, que estabeleça um elenco territórios que ofereçam pouco perigo para a base tributária do Estado. A regra CFC portuguesa não prevê nenhuma *White List*.

6.5. Análise Substancial

A Análise Substancial é recomendada pelo BEPS de forma a testar se a CFC é capaz de ganhar o rendimento por si mesma.

6.5.1. Teste da análise proporcional

A regra CFC portuguesa não tem este teste da análise proporcional na sua regras CFC. O teste de análise proporcional consiste em saber qual a percentagem do rendimento da CFC corresponde a rendimento proveniente da atividade da própria CFC, e desta maneira excluí-lo da imputação no Estado dos sócios quando ainda não distribuído. Trata-se de uma isenção, que visa aliviar as autoridades administrativas – por exemplo se 30% do rendimento é proveniente da atividade da CFC, então esses 30% serão excluídos da imputação, enquanto os 70% serão incluídos para imputação no Estado dos sócios controladores.

6.5.2. Teste do patamar ou *threshold test*

O *threshold test* baseia-se em determinar quanto da atividade é real – por exemplo, estabelece-se um patamar de 40% de que a atividade praticada pela CFC tem de ser real, e gerar rendimentos; uma vez gerados esses 40% já não será considerada uma CFC, e será excluída.

6.5.3. Lista de Indicadores de uma Atividade Genuína

A Ação 3 do BEPS expõe uma lista exemplificativa de modos de aferir acerca da atividade genuína da CFC. Indica-se os seguintes: perceber até que limite, os trabalhadores da CFC contribuem para a realização dos seus rendimentos, se a CFC possui ativos próprios, e havendo, ainda, outros indicadores.

A regra CFC portuguesa não lista nenhum dos indicadores – ainda que pareçam extremamente concludentes da atividade real e genuína da CFC, a verdade é que, com

grande probabilidade, estarão em causa ónus administrativos para a Autoridade Tributária.

6.6. A Dupla tributação causada pelas Regras CFC

A Dupla tributação Internacional não é alheia às regras CFC, por isso mesmo a regra CFC portuguesa prevê

7. Comparação com a regra CFC portuguesa atual (art.º 66 do CIRC)

Neste trabalho, permite-se concluir que a regra CFC portuguesa em muitas das recomendações dadas pela Ação 3 do BEPS não se afasta muito da linha destas.

7.1. O Pecado da Regra CFC portuguesa: n.º 1 e n.º 2 do art.º 66

O nível de Controlo apresentado pela regra CFC portuguesa – 25% de controlo – permite concluir que a regra é “mais papista que o próprio papa”. A recomendação do BEPS é de apenas 50% de controlo. Mas, Portugal adota um controlo por detenção minoritária. Isto, parece completamente contraditório com a ideia de *controlo*, em que uma entidade só influencia outra, se efetivamente poder ter domínio sobre a vontade da outra. Coloca-se a questão se 25% poderão habilitar o sócio residente em Portugal, a poder influenciar a CFC a distribuir os rendimentos ou não aos seus sócios. Desta maneira, o sócio (entidade portuguesa) com 25% de detenção terá se fazer a imputação de rendimentos não distribuídos, ainda que haja um sócio num outro Estado que detém maioritariamente a CFC com 51% e decide que em determinado período, não haja distribuição de rendimentos.

Foi com dificuldade que percebi o art.º 66 n.º 1 e n.º 2 no que diz respeito ao nível de controlo exigido pela regra CFC portuguesa. É uma regra complicada em termos do requisito do controlo. Ainda mantenho algumas dúvidas em relação ao n.º 1 e ao n.º 2, nomeadamente na maneira como estes dois números interagem um com o outro. Portugal exige 25% de controlo no art.º 66 n.º 1 do CIRC. O nível de controlo é na opinião de todos os autores, marcadamente impossível de compreender – nomeadamente sendo Portugal um Estado com pouca exportação de capitais.

O n.º 1 do art.º 66 é, ainda, na minha opinião, pouco claro quanto à agregação desses 25% num único sócio ou não – claramente a entidade residente tem de possuir na

totalidade esses 25% – a não ser que se possa agregar a restante percentagem que esteja na esfera de uma interposta pessoa, mandatário ou fiduciário, ou ainda a regra de relações especiais agregue essas percentagens.

Por isso, esses 25% tem de estar na esfera de uma única entidade (ou através de uma interposta pessoa, mandatário ou fiduciário, ou ainda entidades com as quais tenha relações especiais), porque interpretando com a necessidade de cada entidade, no n.º 2 do art.º 66, ter 10% de mínimo de percentagem na detenção até perfazer 50%; então logicamente não se poderia conceder que houvesse controlo por 25%, se esses 25% estivessem distribuídos por três entidades, por exemplo 7% à entidade A, 7% à entidade B, e 8% à entidade C. Concludentemente, o n.º 1 do art.º 66 só fará completamente sentido quando compreendido em conjunção com o n.º 2 do mesmo artigo.

O nível de 25% é demasiado exigente, pedindo que haja apenas uma detenção minoritária, para se considerar que se esteja perante Controlo. A regra CFC pede apenas uma detenção minoritária – o que parece contradizer a noção de Controlo, de que parte do Direito das Sociedades. Em princípio, haver controlo será quando a entidade dominante possa autodeterminar a vontade da entidade influenciada; ora apenas com 25%, não parece que a noção de controlo (do direito das sociedades) se possa aplicar completamente à lei fiscal, no domínio das regras CFCs.

Tendo em conta, que uma das recomendações do BEPS é que é completamente admissível aos Estados baixarem o limiar dos 50% sugeridos pelo Relatório da Ação 3 do BEPS, quando mesmo assim a entidade residente tenha influência na CFC; então parecerá ser de concluir que talvez o *pecado* dos 25% de controlo da regra CFC portuguesa seja mitigado, e tenha uma função preventiva. Todavia, uma regra CFC nunca poderá servir única e exclusivamente como um mecanismo de anti-diferimento, mas precisará de ser um mecanismo anti-abuso. Não parecerá que haja abuso por parte de um contribuinte residente em território português quando este não controla maioritariamente a CFC, e tem uma detenção minoritária, que nem poderá ser agregada com outras entidades residentes em território português com vista à obtenção dos 50% (que é a hipótese do n.º 2 do art.º 66).

7.1.1. Falta de Presunções de Controlo

Pioraria a situação referente ao nível de controlo, se a regra CFC portuguesa adotasse uma presunção de controlo, mesmo com a falta do nível de controlo (se este não

se verificar); a Regra CFC portuguesa não adota tal presunção – o que parece ser um traço positivo da regra CFC portuguesa. A Ação 3 do BEPS também não recomenda presunções de controlo, apenas que o requisito do controlo seja completado com listas negras, mas não faz destas presunções, quando o *suposto controlador* tem abaixo do nível de controlo exigido.

7.2. A *related party rule* da regra CFC portuguesa

A Ação 3 do BEPS recomenda uma regra que agregue as participações de partes relacionadas entre si, de modo a que as entidades relacionadas não possam utilizar-se de esquemas de repartição de participações de modo a não preencher o requisito do nível de Controlo.

A regra CFC portuguesa apresenta uma regra de partes com relações especiais entre si, no n.º 11 do art.º 66. Por isso, neste aspeto, a regra CFC portuguesa apresenta-se na esteira daquilo que a Ação do BEPS pretende.

7.3. A falta da regra «*acting-in-concert*» na regra CFC portuguesa

A Ação 3 do BEPS recomenda uma regra que agregue participações de entidades, que são completamente independentes entre si, mas que estejam a agir concertadamente. Apesar de apresentar esta sugestão, a Ação 3 não densifica quais critérios possam ser utilizados na construção desta regra, apenas que deverá ser uma regra baseada na análise da factualidade. Ora, a regra CFC portuguesa não possui semelhante regra de agregação de entidades independentes entre si, porém que agem de forma concertada por acordo.

Neste campo, a regra CFC portuguesa está vulnerável; todavia, não achámos que o Relatório fosse explícito quanto à definição de uma regra como esta – pois na verdade, uma regra desta natureza parece trazer consigo indubitavelmente problemas relacionados com encargos administrativos. Nem sequer há indicação de que factos deveram ser tidos em conta para chegar à conclusão de que as entidades independentes estão a atuar concertadamente. Por exemplo, não há sequer o adiantamento do que se consideraria uma atuação concertada, pode-se especular uma exemplificação: se em mais de x períodos não houvesse distribuição dos dividendos então concluir-se-ia que as entidades independentes estariam a atuar concertadamente. Mas, no Relatório, não há efetivamente adiantamento de exemplos pormenorizados, de como “apanhar” uma atuação concertada de entidades independentes, e que ainda por cima, uma será residente e a outra não residente.

7.4. Isenções recomendadas pelo BEPS e as Isenções na Regra CFC portuguesa

A exigência da CFC portuguesa não é muito expressiva quanto a isenções. No entanto, estas existem a vários níveis na Regra CFC portuguesa.

7.4.1. *Black Lists, White Lists e Grey Lists*

O BEPS na Ação 3 recomenda uma Black List – lista negra – onde se devem listar todos os Estados e territórios de baixa tributação, nomeadamente os paraísos fiscais clássicos – e recomenda uma White List – lista branca – como forma de isentar os Estados que não representem real perigo.

A regra CFC portuguesa tem uma remissão para a portaria dos offshores. Contudo, não há qualquer forma de isenção, através do recurso a uma White List portuguesa.

Também – ainda que o BEPS não recomende – não apresenta qualquer Grey List.

7.4.2. *Threshold test*

A regra CFC portuguesa adota uma abordagem proposta pela Ação 3 do BEPS – o *threshold test* – porque consagra no n.º 6 al. a) do art.º 66 que será excluída a CFC que cujos rendimentos e lucros provenham em 75% de uma atividade agrícola ou industrial no território onde está estabelecida, ou uma atividade comercial ou de prestação de serviços que não esteja predominantemente dirigida ao mercado português. Ainda, que adoção deste teste se faça com características ligadas à natureza da atividade praticada pela CFC. Apartir de determinada percentagem – limite mínimo – de que o rendimento provenha de atividade praticada pela CFC – isenta-se a mesma. No caso português, esse limite mínimo, encontra-se nos 75% de atividade. O rendimento tem de ser gerado por 75% da atividade da CFC.

8. Falta de Regra de Reconciliação entre CFCs de outros Estados

Como se pode constatar, a Ação 3 do BEPS não é alheia à situação em que uma entidade é considerada uma CFC em várias jurisdições – diretamente e indiretamente – devendo a última jurisdição ter em conta o imposto pago na jurisdição intermédia – a regra CFC portuguesa não é muito explícita acerca da situação, mas a regra CFC portuguesa prevê efetivamente a eliminação da dupla tributação, por isso acabará por abranger o Estado Intermédio.

9. Conclusões Finais da Comparação entre as Recomendações e o art.º 66 do CIRC

Face às recomendações da Ação 3 do BEPS não parece que muito mais possa ser reforçado na regra CFC portuguesa – que parece muito apertada em termos de Nível de Controlo exigido, sem a apresentação de uma Grey list ou de uma White list – sendo as isenções oferecidas também poucas, e as que existem são relacionadas com a natureza do rendimento (com a exceção do n.º 12 que se refere maioritariamente a Estados da UE). Por isso, parece ser de concluir que a regra CFC do art.º 66 do CIRC é bastante exigente, estando de acordo com muitas das recomendações apresentadas no Relatório Final da Ação 3 em 2015.

No entanto, pode sempre haver melhorias a introduzir: uma regra de reconciliação com as regras CFCs de outros Estados, e mais explicitação na dedução dos impostos aplicados em Estados intermédios – no que diz respeito a participações indiretas.

BIBLIOGRAFIA

(AA.VV.) Relatório Final: Uma Reforma do IRC orientada para a competitividade, o crescimento e o emprego, Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – 2013

(AA.VV) Relatório Final da Ação 3 do BEPS, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, OCDE, 2015 [Action 3:2015 Final Report (2015)];

MANUAL DE IRC, *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, 2016, Autoridade Tributária e Aduaneira, Rainho & Neves, Lda., Santa Maria da Feira, [Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, manual de IRC (2016) AT];

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 2014, 4ª Edição, Almedina, Coimbra [Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2014)];

AZEVEDO, Maria Eduarda, “A elisão fiscal internacional e os Paraísos Fiscais” in *Ciência e Técnica Fiscal*, volume 432, Janeiro>Junho, 2014, pág. 25-71 [Azevedo, Maria Eduarda (2014)];

BAKER, Philip, “Is there a Cure for BEPS?” in *British Tax Review*, Number 5, 2013, pág.605-606 [Baker, Philip (2013)];

BORGES, Ricardo, “National Report Portugal” in *CFC Legislation (AA.VV. – Michael Lang, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle, Markus Stefaner)*, Linde Verlag, Wien, 2004, pág.527-557 [Borges, Ricardo (2004)];

BURNS, Lee, “Reform of Australia’s CFC Rules”, 2006, págs. 150- 219 (paper) acedido através do HeinOnline às 13:22:47 em dia 7 de Junho de 2018 [Burns, Lee (2006)];

CÂMARA, Francisco da Sousa & Bernardo Ayala, “ ” in *Fiscalidade*, 1996 [Câmara, Francisco da Sousa & Bernardo Ayala (1996)];

CALDAS, Marta, “O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?” in *Cadernos IDEFF*, nº18, 2015, Almedina, Coimbra [Caldas, Marta (2015)];

CARVALHO, João Filipe Pacheco de, “O regime procedimental de aplicação das normas anti-abuso” in *Fiscalidade*, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Julho-Setembro de 2005, Coimbra Editora, Coimbra, págs.65-111 [Carvalho, João Filipe Pacheco de (2005)];

CASTRO, Leonardo F. M., “Brazilian CFC Rules and Indirect Controlled Foreign Companies: Recent Case Laws and Consequences of Supreme Court Precedent” in *International Tax Journal*, May-June, 2013, pág.23-47, acedido através do HeinOnline às 13:34:58 em dia 7 de Junho de 2018 [Castro, Leonardo F. M. (2013)];

COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão*, 2004, Almedina, Coimbra [Courinha, Gustavo Lopes (2004)];

COURINHA, Gustavo Lopes, “BEPS e o Sistema Fiscal português: uma primeira incursão” in *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, 2015, AAFDL Editora, Lisboa [Courinha, Gustavo Lopes (2015) (a)];

COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional*, 2015, FDL, Lisboa [Courinha, Gustavo Lopes (2015) (b)];

CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, 2014. Almedina, Coimbra [Cunha, Paulo Olavo (2014)];

CUNNINGHAM, William T., “O conceito de Residência das Pessoas Coletivas na Legislação” in *Fisco*, n.º 69, Dezembro, 1994, ano IV, Lisboa [Cunningham, William T. (1994)];

CUNNINGHAM, William T. & Carlos Loureiro, “Tratamento Fiscal da imputação a sociedades portuguesas dos custos centralizados no âmbito de grupos multinacionais” in *Fisco*, 1993, n.º50 [Cunningham, William T. & Carlos Loureiro (1993)];

DOURADO, Ana Paula, *O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, 2007, Almedina, Lisboa [Dourado, Ana Paula (2007)];

DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal Europeu, Tributação Direta*, 2010, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra [Dourado, Ana Paula (2010)];

DOURADO, Ana Paula, “The role of CFC rules in the BEPS Initiative and in the EU”, *British Tax Review*, 2015, nº3 [Dourado, Ana Paula (2015) (a)];

DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal*, 2015, Almedina, Coimbra, págs.265-300 [Dourado, Ana Paula (2015) (b)];

DOURADO, Ana Paula, “May you live in interesting times”, 2016, *Intertax*, n.º 1 [Dourado, Ana Paula (2016)];

DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2017, Almedina, Coimbra [Dourado, Ana Paula (2017)];

FERNANDES, João, “As recentes medidas anti-abuso do Código do IRC” in *Fisco*, 1996, nº 74-75, pág. 9-14 [Fernandes, João (1996)];

FERREIRA, Alcídio Mateus, “CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU law?”, *European Taxation*, 2012, September, págs. 479-483 [Ferreira, Alcídio Mateus (2012)];

FUEST, Clemens & Christoph Spengel, Katharina Finke, Jost H. Heckemeyer and Hannah Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform” in *World Tax Journal*, volume 5, issue 3, October, 2013, IBFD, Netherlands, pág. 307-324 [Fuest, Clemens & Christoph Spengel (2013)];

GAIO, António, “Planeamento Fiscal” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano V, Número 2, Verão, Almedina, Coimbra, págs. 132-139 [Gaio, António (2012)];

HANDLER, R. Arnold, “Avoiding 10/50 Status through CFC Classification: CFC Attribution Rules and Usufructs” in *Taxes*, 419, Agosto, 1997, págs.419-424, acedido através do HeinOnline às 13:33:02 em dia 7 de Junho de 2018 [Handler, R. Arnold (1997)];

LANG, Michael & Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle, Markus Stefaner, *CFC Legislation, Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, Linde Verlag, Wien, 2004 [Lang, Michael (2004)];

LOTT, Máira Carvalhaes (paper) “Tributação dos lucros no exterior – Um contributo para o ordenamento jurídico brasileiro face à perspectiva do direito fiscal internacional e à praxis do direito fiscal europeu”, 2013, com acesso em 16/01/2018 na

Thomson Reuters e em FiscoSoft – Site Fiscal e Jurídico [Lott, Máira Carvalhaes (2013) (paper in Thomson Reuters e em FiscoSoft acesso em 16/01/2018)];

MCDANIEL, Paul R., Country Report: United States of America in *International Tax Avoidance, A study by Rotterdam Institute for Fiscal Studies*, volume B: Country Reports, Kluwer, The Netherlands, 1978, pág.219-283 [Macdaniel, Paul R. (1978)];

MAISTO, Gyglielmo & Pasquale Pistone “A European Model for Member States’ Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs)” – Part 1” in *European Taxation*, Outubro, 2008, pág. 503-512 [Maisto, Gyglielmo & Pasquale Pistone (2008)];

MAJDOWSKI, Filip & Weronika Missala “New Polish Controlled Foreign Company Rules” in *Bulletin for International Taxation*, Agosto, 2015, págs.475-482 [Majdowski, Filip & Weronika Missala (2015)];

MARTINS, António, “Abusive tax planning and the economic substance test: legislative trends in the United States and a note on the Portuguese contexto” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 9, Número 1, Primavera, Almedina, Coimbra, pág. 53-103 [Martins, António (2017)];

MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, 2005, Publicações da Universidade Católica, Porto [Morais, Rui Duarte (2005)];

MORAIS, Rui Duarte, “Sobre a noção de «cláusulas anti-abuso» em direito fiscal” in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof.º Doutor António de Sousa Franco*, vol.III, 2006, Coimbra Editora, Coimbra [Morais, Rui Duarte (2006)];

PALMA, Clotilde Celorico “O controlo da concorrência fiscal prejudicial – Principais medidas conjuntas e unilaterais adoptadas por Portugal” in *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 26, Março Abril de 2007 [Palma, Clotilde Celorico (2007)];

PALMA, Clotilde Celorico “A Comunicação da Comissão Europeia sobre aplicação das medidas anti-abuso” in *TOC 114*, Setembro, 2009 [Palma, Clotilde Celorico (2009)];

PERACIN, Gianfranco & Alberto De Luca, “Applying CFC Rules to ‘Affiliates’: Critical Elements for Consideration” in *Intertax*, volume 36, Issue 1, 2008, Kluwer Law International, Netherlands, pag. 18-22 [Peracin, Gianfranco & Alberto De Luca (2008)];

PICCIOTTO, Sol, “International Taxation and Economic Substance” in *Bulletin for International Taxation*, volume 70, número 12, 2016, págs.752-759 [Piccioto, Sol (2016)];

PIRES, Rita Calçada, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, 2018, Almedina, Coimbra [Pires, Rita Calçada (2018)];

RODRIGUES, Hugo, “Um modelo fiscal de «controlo» entre sociedade dominante e filial – aproximação à relação entre entidade-mãe e estabelecimento estável” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano XI, número 4, Inverno, Almedina, Coimbra, Julho, 2017 [Rodrigues, Hugo (2017)];

ROHATGI, Roy, *Basic International Taxation*, 2002, Kluwer Law International, Netherlands [Rohatgi, Roy (2002)];

ROSEMBUJ, Tulio, *Controlled Foreign Companies – critical aspects* in *Intertax*, volume 26, issue 11, 1998, pág.333-353 [Rosembuj, Tulio (1998)];

RUST, Alexander, “CFC Legislation and EC Law” in *Intertax*, volume 36, issue 11, 2008, Kluwer Law International, Netherlands [Rust, Alexander (2008)];

SANCHES, J.L. Saldanha, “As normas anti-abuso específicas” in *Os limites do Planeamento Fiscal*, 2006, Coimbra Editora, Coimbra, págs.199-231 [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (a)];

SANCHES, J.L. Saldanha, “As normas anti-abuso específicas como restrição às liberdades comunitárias: as normas fiscais sobre a subcapitalização” in *Os limites do Planeamento Fiscal*, 2006, Coimbra Editora, Coimbra, págs.295-307 [Sanches, J.L. Saldanha (2006) (b)];

SANCHES, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 2007, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra [Sanches, J.L. Saldanha (2007)];

SILVA, J.M. Braz da, *Os Paraísos Fiscais, casos práticos com empresas portuguesas*, 2000, Almedina, Coimbra [Silva, Braz da (2000)];

SMITH, Mark & Diether Laudan, “German Rules Pierce Corporate Veil” in *International Tax Review*, Setembro, 61, 1999, pág.61-65, acessado através do HeinOnline às 13:40:21 em dia 7 de Junho de 2018 [Smith, Mark & Diether Laudan (1999)];

SOUSA, Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário Anotado*, 4ª Edição, Vislis, Lisboa, 2003 [Sousa, Lopes de (2003)];

TEIXEIRA, Manuela Duro, “Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal – algumas notas” in , 2000, Coimbra Editora, Coimbra [Teixeira, Manuela Duro (2006)];

TEIXEIRA, Manuela Duro, *A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a regime fiscal privilegiado* in Estudos em memória do Prof.º J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 641-699 [Teixeira, Manuela Duro (2011)];

TELLO, Martias Cristóbal Pascuali, “Corporations extranjeras controladas” in *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 6, Abril, 2015, pp.221-235 [Tello, Matias Cristóbal Pascuali (2015)];

TERRA, Ben J. M. & Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2012, sixth edition, Wolters Kluwer, Netherlands [TERRA, Ben J. M. & Peter J. Wattel (2012)];

WEISS, Martin, “Recent developments in the German Tax Treatment of the CFCs” in *European Taxation*, 2015, September [Weiss, Martin (2015)];

XAVIER, Alberto, “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação” in *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, ano 3, Número 3, Outono, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 11-43 [Xavier, Alberto (2010)];

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2014, 2ª Edição, Almedina, Coimbra [Xavier, Alberto (2014)];