

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

NORMAS ANTIELISIVAS E A SUA
EXPRESSÃO EM PORTUGAL

Rosa Yadro Guimarães

Lisboa, Fevereiro de 2022

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO
DE LISBOA

NORMAS ANTIELISIVAS E A SUA
EXPRESSÃO EM PORTUGAL

Rosa Yadro Guimarães

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica de Prof. Doutor Vasco Branco Guimarães, Professor coordenador do ISCAL na área da Fiscalidade/ Direito Fiscal.

Constituição do Júri:

Presidente _____ Prof. Doutor Paulo Nogueira Costa

Arguente _____ Prof. ^a Doutora Clotilde Celorico Palma

Vogal _____ Prof. Doutor Vasco Branco Guimarães

Lisboa, Fevereiro de 2022

Agradecimentos

Um agradecimento especial ao meu orientador e Professor Doutor Vasco Branco Guimarães pela disponibilidade e conselho e à Professora Doutora Clotilde Celorico Palma por me ter introduzido e lecionado da melhor forma a matéria sobre o Planeamento Fiscal, o que muito me ajudou na elaboração e execução da presente dissertação.

Um muito obrigada à minha família e amigos pela disponibilidade, apesar das ausências forçadas.

Resumo

A fiscalidade está cada vez mais internacionalizada, pretendendo-se, por este motivo, uma maior harmonização das regras da mesma. O combate à elisão fiscal tornou-se fundamental, principalmente em tempos de crise, visto que a mesma provoca a erosão das bases fiscais e uma grande perda das receitas, acabando por ser compensada pelos restantes contribuintes.

Os organismos internacionais, como a OCDE, juntamente com o G20, são responsáveis pela execução do seu programa BEPS «*Base Erosion and Profit Shifting*», composto por um conjunto de ações que abrangem situações abusivas, normalmente utilizadas pelas multinacionais, que se querem frustradas mediante várias recomendações conceptuais, testes e técnicas de controlo relativo às normas específicas e gerais antiabuso.

Os organismos europeus como a Comissão Europeia, o Conselho Europeu e o TJUE são essenciais nesta matéria, visto que os mesmos juntamente com estes organismos internacionais supramencionados são responsáveis pela criação de recomendações e pela elaboração de estudos com técnicos especialistas que nos ajudam a perceber melhor a forma de evitar este fenómeno.

As práticas legais de planeamento fiscal encontram os seus limites nas ações «*extra legem*» e «*contra legem*».

Palavras-chave: Elisão Fiscal, BEPS, Planeamento Fiscal Agressivo e Abusivo, Diretiva ATAD 1 e 2, Normas Antiabuso.

Abstract

Taxation is becoming more and more internationalized, and for this reason a greater harmonization of its rules is being sought. The fight against tax avoidance has become fundamental, especially in times of crisis, as it causes the erosion of tax bases and a great loss of revenue, which is eventually compensated by the remaining taxpayers.

International bodies, such as the OECD, together with the G20, are responsible for implementing the BEPS programme "Base Erosion and Profit Shifting", consisting of a set of actions covering abusive situations, normally used by multinationals, which are to be countered by means of various conceptual recommendations, tests and control techniques relating to specific and general anti-abuse standards.

European bodies such as the European Commission, the European Council and the CJEU are essential in this matter, as they, together with the aforementioned international bodies are responsible for the creation of recommendations, the drafting of expert studies with technical experts, which help us to better understand how to avoid this phenomenon.

Legal tax planning practices find their limits in «extra legem» and in «contra legem» actions.

Keywords: Tax avoidance, BEPS, Aggressive and Abusive Tax Planning, (Anti Tax Avoidance Directive) ATAD Directive 1 and 2, Anti Abuse Rules.

Índice

I – Introdução	1
1.1. Motivação e Objeto de Estudo	1
1.2. Objetivo da investigação	2
1.3. Objeto da investigação.....	4
1.4. Estrutura da Proposta	4
Capítulo II - Normas Antiabuso	7
2.1. Terminologias.....	7
2.2. Regras AntiAbuso	16
2.3. As reações por parte da AT contra atos « <i>Extra legem</i> » e « <i>Contra legem</i> »	23
2.4. CGAA: A consagração na LGT.....	29
2.4.1. A evolução na aplicação da CGAA.....	31
2.4.2. A jurisprudência sobre a matéria.....	32
Capítulo III - A Diretiva Europeia sobre a Elisão Fiscal	40
3.1. A Tributação à saída «Exit Tax».....	40
3.1.1. Tributação à saída e a questão da Soberania Fiscal dos Estados	47
3.1.2. Problemas que surgem dos pagamentos à saída (uma visão internacional e da UE)	49
3.2. Subcapitalização: Limite da Dedutibilidade dos Juros de empréstimos obtidos.....	51
3.2.1. Conceito e jurisprudência	51
3.2.2. Visão Europeia e internacional da regra para combater a Subcapitalização e a sua repercussão em Portugal	63
3.2.3. As regras para prevenir a subcapitalização e a Convenção Modelo da OCDE	69
3.2.4. Subcapitalização e a relação com os preços de transferência	72
3.2.5. Preços de Transferência	73
3.3. CFC Rules - Controlled Foreign Corporation Rules.....	77
3.3.1. Jurisprudência sobre a matéria	80
3.3.2. Uma visão Europeia e Internacional das Sociedades Estrangeiras Controladas.....	91
3.3.3. Conceito de paraíso fiscal.....	95
3.4. Assimetrias Híbridas	99
3.5. Surgimento do BEPS	108
3.5.1. Ação 2 do BEPS - Neutralizar as Assimetrias Híbridas	111
3.5.2. Ação 3 – CFC Rules	115
3.5.3. Ação 4 do BEPS – Limitação da dedução de juros	121
3.5.4. Ação 6 – Prevenção do abuso aos tratados existentes.....	125
3.5.5. Ação 15 - MLI - Instrumento Multilateral	129
Capítulo IV - Outros Diplomas que visam prevenir ou combater a Evasão e Fraude Fiscal	131
4.1. Modelo Convenção da OCDE e a sua ligação com o BEPS	131
4.1.1. Conceito: Empresas associadas do art.9º da Convenção Modelo.....	135
4.1.2. «Treaty Shopping».....	139
4.2. Diretivas da UE	141
4.2.1. Diretiva Fusões e Cisões	143
4.2.2. Diretiva Juros e Royalties Art.5º (Fraudes e Abusos)	144
4.2.3. Propostas de Diretiva MCCIS e MCCCIS: “Matéria coletável comum “consolidada” do imposto sobre as sociedades”	145
4.3. Pacote Fiscal e o Plano de Ação para uma Tributação Justa e simples.....	150
4.4. Conselho Ecofin (Relatórios)	156
4.5. Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas	157
4.6. Planeamento Fiscal Abusivo ou Agressivo (alterações legislativas) Medida preventiva	161
4.7. Últimas Iniciativas Antiabuso.....	163
V- Conclusão	167
Referências Bibliográficas	186

Abreviaturas

AA – Antiabuso

ADT – Acordo(s) para evitar a Dupla Tributação

AF – Administração(ões) Fiscal(ais)

AH – Assimetria(s) Híbrida(s)

AP – Administração(ões) Pública(s)

ATAD – «Anti Tax Avoidance Directive»

AT – Administração(ões) Tributária(s)

BEPS – «Base Erosion and Profit Shifting»

CAF - Comité dos Assuntos Fiscais

CDT – Convenção(ões) para evitar a Dupla Tributação

CIRC - Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS - Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CFC - Controlled Foreign Companies

CGAA - Cláusula Geral Antiabuso

CGEA - Cláusula Especial Antiabuso

CM OCDE – Convenção Modelo da OCDE

CPPT - Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP - Constituição da República Portuguesa

D/IN – Dedução(ões) sem inclusão

DD – Dupla(s) Dedução(ões)

DT – Dupla(as) Tributação(ões)

EEE - Espaço Económico Europeu

EE – Estabelecimento(s) Estável(eis)

IRC - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

LGT - Lei Geral Tributária

LOB – «Limitation On Benefits»

MET – «Minimum Effective Tax»

MLI – «Multilateral Instrument» - Instrumento Multilateral

n.º - número

OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico

Pág. – Página

PE – Parlamento Europeu

PPT – «Principal Purpose Test»

Proc. - Processo

p. – parágrafo/ponto

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RU – Reino Unido

SEC - Sociedades Estrangeiras Controladas

Soc. – Sociedade(s)

SP – Sujeito(os) Passivo(s)

STA – Supremo Tribunal de Justiça

TCA – Tribunal Central Administrativo

TDT – Tratados para evitar a Dupla Tributação

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE - União Europeia

ZFM – Zona Franca da Madeira

I – Introdução

1.1. Motivação e Objeto de Estudo

O presente trabalho tem como título “*As normas antielisivas e a sua expressão em Portugal*”. Ao longo da investigação efetuada, depressa nos apercebemos de que as fontes teóricas e normativas são no essencial de origem europeia ou internacional.

Certamente que o leitor não estranhará que grande parte do material teórico e legislativo trazido para a tese tenha em consequência origem europeia ou internacional, em particular os estudos da OCDE.

Como sabemos, a maioria dos países, incluindo os EM, sofreram nas últimas décadas perda da sua soberania fiscal, nomeadamente, por verem afirmados os princípios fundamentais do mercado interno a derrogar soluções legislativas nacionais e na necessidade de integrar diretivas europeias nas normas em vigor em Portugal. Acresce que são cada vez mais as matérias de Direito Tributário adjetivo e substancial que têm fonte em Regulamentos que são de aplicação direta e imediata¹.

Assistimos ao crescimento cada vez mais significativo do Direito Fiscal Europeu, resultante também da instituição do EEE e da expansão da própria União, possuindo Recomendações, Diretivas (entre elas, as Diretivas ATAD 1² e 2³) e Regulamentos indispensáveis ao seu bom funcionamento.

Num contexto de economia global em que vivemos torna-se indispensável uma cooperação entre Estados, sendo certo que os ADT em vigor não respondem de forma eficiente às necessidades criadas pelo crescimento económico, digitalização e desmaterialização económica a que temos assistido nas últimas duas décadas.

¹ Como previsto no art.288º sobre o TFUE, os regulamentos revestem carácter geral e são de aplicabilidade direta em todos os EM. Como exemplo, temos o Regulamento (UE) 2021/694 que cria o Programa Europa Digital e revoga a Decisão (UE) 2015/2240.

² Diretiva (UE) 2016/1164 Do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

³ Diretiva (UE) 2017/952 Do Conselho de 29 de maio de 2017 que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 relativamente às assimetrias híbridas com países terceiros.

A OCDE juntamente com o G20 tiveram um papel muito importante no combate à evasão e elisão fiscal, a que deram expressão no programa BEPS composto por 15 ações, relativo às medidas específicas e problemas gerais presentes no contexto da economia internacional.⁴

O programa BEPS surgiu após a crise económica global de 2008, o que significa que o facto de estarmos a viver uma nova crise, faz com que a matéria do planeamento fiscal e os seus limites sejam mais importantes que nunca. A elisão fiscal prejudicial deve ser combatida como forma de conseguir uma recuperação mais rápida dos efeitos económicos da crise pandémica mundial.

1.2. Objetivo da investigação

O objetivo da investigação é perceber de forma clara e dar a conhecer de forma sucinta as normas antielisivas e o seu alcance formal e material.

O combate às práticas de elisão e de evasão fiscal é de uma extrema importância visto que quem sofre com as perdas fiscais daí resultantes, muitas vezes realizadas por multinacionais, são todos os contribuintes comuns e cumpridores. Regras simples como pagar o imposto onde o lucro e o valor são gerados é algo pacificamente aceite e com o projeto BEPS e a

⁴ Como ações do programa BEPS temos:

1° a Economia Digital;

2° a neutralização das Assimetrias Híbridas.

3° As regras sobre as CFC «*Controlled Foreign Companies Rules*»;

4° A dedução de juros num contexto internacional de mobilidade de capital e investimento (Subcapitalização);

5.°As práticas fiscais abusivas ;

6° O Abuso de Tratados existentes;

7° O Estabelecimento Estável;

8°,9°,10° Preços de Transferência;

11° Análise de informação;

12° Obrigações de declaração/revelação;

13; Documentação de preços de transferência;

14. Resolução de disputas;

15° Instrumentos Multilaterais (inclui o Tratado Multilateral para a cooperação Administrativa e troca de informação).

implementação da Diretiva ATAD 1 e da posterior Diretiva ATAD 2⁵ pretendem-se consagrar.

Nestes mecanismos procura evitar-se qualquer dupla tributação jurídica ou dupla não tributação. Como veremos esta estratégia tem implícita uma quebra das regras da fiscalidade a nível nacional e internacional, desde que proporcionais e sempre com um intuito maior, o interesse da coletividade e a tributação com o respeito pela capacidade contributiva.

Isto significa que se torna cada vez mais importante combater práticas menos corretas por parte dos contribuintes.

A importância de pagar o valor justo de imposto e no local onde é gerado tem hoje uma aceitação internacional consensual, desde que não dê origem a duplas não tributações ou duplas tributações jurídicas. Para atingir este objetivo torna-se indispensável a existência de transparência e a cooperação administrativa ou comunicação voluntária do sujeito passivo como fatores essenciais para obtenção de uma correta aplicação dos sistemas fiscais, preferencialmente numa lógica de harmonização fiscal que passa por harmonização conceptual numa matéria tão controversa como esta.

Ferramentas como princípio da plena concorrência, materializados na prática, são essenciais para impedir as medidas de planeamento fiscal agressivo ou uso de mecanismo de preços de transferência. Estes últimos são largamente utilizados pelas multinacionais ou empresas de grupo que se aproveitam das relações especiais que têm com as suas filiais ou sucursais para transferirem lucros ou prejuízos, alocando-os aonde lhes é mais conveniente.

Os mecanismos existentes para combater os preços de transferência mantêm alguma eficácia, mas pressupõe a colaboração da empresa multinacional.

Torna-se necessário uma comparação dos preços praticados nos mercados para se comprovar que aquelas operações respeitam os princípios da sã concorrência na sua vertente fiscal não sendo utilizado como forma de redução significativa dos seus encargos fiscais.

⁵ A evolução destas Diretivas, deu-se pelo facto de as normas das AH estarem de certa forma “incompletas” devido à sua complexidade e necessidade de regras vinculativas, necessitando de revisão. Surgiu em 2017 a sua Diretiva 2017/952 do Conselho, direccionada às AH e os países terceiros, retificando desta forma o previsto na ulterior Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho (art.2º/4 ; 9 e 10 (aditado); art.4º/ 5 e 8 e o art. 9º; art.9º-A (aditado) e art.9º-B (aditado)).

1.3. Objeto da investigação

O presente trabalho tem como objeto genérico o estudo das normas antielisivas e como objeto específico a sua expressão normativa em Portugal.

Conforme já foi elucidado uma e outra realidade estão intimamente ligadas, sendo muito importante e esclarecedor perceber a origem teórica e as soluções apontadas para as normas antielisivas para se poder com conteúdo e sistemática analisar a sua expressão normativa em Portugal.

Ao longo deste estudo, expomos os conceitos implícitos no planeamento fiscal como fraude, evasão e elisão fiscal. Também analisaremos as normas antielisivas gerais e específicas e o planeamento fiscal abusivo e agressivo. Depois passaremos à explicação da tributação à saída, da subcapitalização, das regras SEC, dos Paraísos Fiscais, das Assimetrias Híbridas, do programa BEPS, das proposta de Diretiva MCCIS e MCCCIS e do «*BEFIT*», do Pacote Fiscal e do “Plano de Ação para uma Tributação Justa e Simples”. Também explicaremos em que consiste o Grupo do Código de Conduta, o PF agressivo em Portugal, expondo por último o acordo da OCDE sobre o novo regime da tributação do lucro das sociedades (Pilar 1 e 2) que deu origem a uma proposta de Diretiva com uma taxa efetiva mínima para as multinacionais e a proposta de Diretiva para as empresas de fachada ou «*Shell Companies*».

1.4. Estrutura da Proposta

Começaremos por abordar, nesta dissertação, as terminologias utilizadas na doutrina, tomando posição sobre quais as que entendemos utilizar no trabalho.

Este passo é indispensável porque a doutrina utiliza expressões idênticas para conceitos diversos, o que confunde o leitor e prejudica uma consensualização dos problemas e da sua solução.

Conceitos como planeamento fiscal agressivo ou abusivo⁶, planeamento fiscal lícito, evasão ou elisão fiscal são concretizados para que as conclusões do trabalho possam ser entendidas na sua verdadeira expressão.

⁶ Já tivemos presente o conceito de planeamento fiscal no art.3º do DL nº 29/2008 de 25 de Fevereiro que foi revogado pela Lei nº26/2020 de 21 de julho.

Passaremos à exposição da evolução da CGAA em Portugal, através da abordagem da sua implementação na LGT e das suas posteriores alterações, incluindo a exposição de dois casos práticos. Muito embora esta prática também esteja implícita na Diretiva ATAD, resolvemos separar os capítulos por razões pedagógicas e históricas.

De seguida, referimos a Diretiva ATAD e a sua implementação no Código de IRC, começando pela norma antiabuso da tributação à saída, analisando e explicando os problemas que surgem desta norma. Analisaremos também os entraves que muitas das antigas normas antielisivas causavam a uma correta solução das questões que surgiam das práticas antielisivas. Falaremos igualmente das suas alterações e da sua jurisprudência.

Explicaremos também a medida para impedir a subcapitalização⁷, sendo conhecida agora como o limite da dedutibilidade dos juros de empréstimos obtidos, expondo a sua evolução em Portugal, tal como a sua visão a nível internacional e da UE, sem esquecer a jurisprudência sobre o assunto.

Faremos igualmente referência aos preços de transferência visto que também é uma prática elisiva. Esta tem ligação com outras medidas, nomeadamente a já referida subcapitalização e as normas SEC, a propósito das quais vamos expor dois casos práticos um a nível da UE e outro português.

Analisaremos também a implementação das SEC em Portugal, antes e depois a Diretiva antielisão (ATAD 1 e 2). Igualmente nos debruçaremos sobre o conceito de paraíso fiscal pela importância que ele representa para análise desta medida em particular.

As Assimetrias híbridas tiveram a sua consagração legislativa recentemente no seguimento da implementação da ATAD 1 e 2.

Depois da abordagem europeia (ATAD 1 e 2), necessitamos de abordar os relatórios BEPS elaborados na OCDE que achamos mais pertinentes para esta dissertação, nomeadamente, a Ação 2, 3, 4, 6 (sendo que estas dizem respeito as normas antiabuso que abordados na Diretiva antielisão) e também a ação 15 que diz respeito ao Instrumento Multilateral, sendo importante pela sua influência sobre os ADT.

No penúltimo capítulo falaremos de outras medidas preventivas no combate à elisão fiscal, sem esquecer da importância da Convenção Modelo, do conceito empresas associadas

⁷ Este conceito foi alterado pela Ação 4 do plano BEPS e pela Diretiva ATAD 1, uma vez que a prática da subcapitalização diz respeito às dívidas intragrupo, enquanto a limitação da dedutibilidade de juros é mais abrangente.

provenientes deste último e do «*Treaty shopping*», uma prática que a Ação 6 do BEPS tenta impedir.

Sempre que necessário faremos referência a outras Diretivas, incluindo as propostas de Diretiva: MCCIS e MCCCIS (sem esquecer o «*BEFIT*» que altera e completa esta última proposta de Diretiva) pela sua ligação com a proposta de Diretiva ATAD 1 e a sua cláusula «*switch-over*». Também iremos referir as novas propostas de Diretiva sobre as empresas de fachada e sobre a tributação mínima efetiva para as grandes sociedades. Não esqueceremos as normas gerais recentes antiabuso presentes noutras diretivas, nomeadamente, mães e filiais, fusões e cisões, juros e royalties, troca de informações que ajudam no combate ao planeamento fiscal agressivo e também abusivo, tendo as mesmas sofrido algumas alterações a pedido da OCDE e da Comissão Europeia.

Debruçar-nos-emos sobre o Pacote Fiscal, fonte de origem da Diretiva Antielisão, tal como o Plano de Ação da Comissão Europeia para uma “Tributação Justa e Simples”. Referimos igualmente os relatórios Ecofin do Conselho da UE sobre as questões fiscais mais pertinentes. Também falaremos sobre os trabalhos do Grupo do Código Conduta das Empresas e das últimas iniciativas antiabuso, nomeadamente, o Pilar 1 e 2 da OCDE que levaram às propostas de Diretiva da taxa efetiva mínima para as multinacionais e das empresas de fachada.

Por último, chegaremos às conclusões deste estudo científico.

Capítulo II - Normas Antiabuso

2.1. Terminologias

Antes de mais, tornar-se-á essencial identificar e justificar as temáticas e terminologias que foram utilizadas nesta dissertação.

Como sabemos, não existe uma harmonização nas terminologias usadas em matéria de planeamento fiscal, nem uma unanimidade nos conceitos abrangidos por esta, nomeadamente fraude fiscal, evasão fiscal e elisão fiscal, devido a sua complexidade e difícil delimitação de fronteiras sobre o que é legal ou não, e o que é legal mas não é aceite, porque viola o espírito da lei.

A Professora Doutora Clotilde Celorico Palma e a Doutora Marta Caldas concordam relativamente às terminologias utilizadas, definindo que os comportamentos dos contribuintes com vista a reduzir impostos a pagar podiam ser vistos como evasão fiscal, sendo esta ilícita e tida como «*contra legem*». Podiam ainda ser definidos como elisão fiscal as ações «*extra legem*», aqui já estaríamos perante atos lícitos, mas com resultados diferentes aos pretendidos nas normas e por último, os atos de planeamento fiscal ou gestão fiscal identificados como «*intra ou secundum legem*», no qual se encontra a poupança fiscal querida do legislador, presente na utilização dos benefícios fiscais, isenções, Zonas Francas (ZFM), entre outros.(pág.127 Palma; 2015)

A distinção, entre estes conceitos supramencionados, encontrava-se subjacente em comportamentos que implicam um desrespeito à lei, ou seja, violação direta da lei por parte do sujeito passivo e comportamentos que apesar de lícitos desrespeitam os objetivos da lei fiscal. (págs. 22 - 25 Caldas; 2015)

Sempre que uma tributação que normalmente seria efetuada deixa de ser, graças a uma deslocação territorial artificial do facto tributário, já podemos considerar que estamos perante uma possível situação de evasão fiscal (para nós tida como elisão).

Em 1993, a clássica distinção entre a evasão (ou elisão fiscal)⁸ e a fraude fiscal residia essencialmente na diferente natureza dos meios utilizados para a fuga ao imposto e no diverso momento de utilização desses meios. Na fraude fiscal utilizam-se meios ilícitos, por

⁸ Nesta altura a evasão fiscal ainda era associada à elisão fiscal, sendo utilizadas com o mesmo significado.

sua vez, a evasão fiscal era realizada por processos lícitos, sendo apenas ilícito o fim visado (fraude à lei fiscal) (Pág.329 Leitão; 1993).

Segundo Diogo Leite de Campos, a evasão fiscal era tida como um conceito «*vago e multifacetado*» e a noção fraude era vista, como no direito francês, ou seja, ilegal e diferente da evasão (pág.191 Campos; 1999).

Nos finais da década 90 e no início dos anos 2000, ainda se considerava que a evasão fiscal era o meio legal para iludir o imposto, apesar de haver autores que já defendiam que este conceito era empregue à elisão fiscal (pág.192 Campos; 1999).

A evasão fiscal pressupunha um fornecimento de informações falsas por parte do contribuinte ou uma ausência do fornecimento das mesmas⁹, por outras palavras, a evasão era tida como a redução ou supressão intencional da carga fiscal através da deslocação ou não de formas jurídicas artificiais, de indivíduos, de pessoas coletivas e de bens. (pág.330 Leitão; 1993)

Também Ana Paula Dourado dizia que o termo evasão fiscal era reservado a comportamentos juridicamente relevantes e contrários à ordem jurídica (pág.123 e 124 Dourado; 1996)

Já, no caso da fraude fiscal, dizia respeito a situações que implicam um incumprimento da obrigação fiscal através de atos proibidos por lei, como no engano às autoridades fiscais, através da omissão ou alteração de dados da base fiscal. (pág.123 Dourado; 1996)

Enquanto a fraude fiscal era tida como ilícita, no caso da evasão fiscal já estaríamos perante atos lícitos que tinham por objetivo evitar a aplicação de uma ou mais normas. (pág.123 Dourado; 1996)

No começo o conceito evasão era associado à elisão fiscal, havia doutrina que não as diferenciava, mais tarde passou a existir um afastamento das duas terminologias.

⁹ As informações dadas pelos contribuintes servem normalmente de controlo às AF, através da “*verificação dos pressupostos de facto exigidos, como elemento de conexão na tributação em determinado Estado.*”. (pág.329 Leitão; 1993)

A nosso ver a evasão fiscal ainda pressupõe a entrega de dados falsos na declaração dos rendimentos ou ausência de entrega, contrariamente à elisão fiscal que visa vantagens fiscais por intermédio de operações artificiais.

Segundo o Parlamento Europeu a evasão e a fraude fiscal¹⁰ dizem respeito a atos ilegais e por sua vez a elisão fiscal explora lacunas regulamentares (normalmente dentro dos limites do direito, com exceção das que forem consideradas ilegais pelas autoridades fiscais). (p.25 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI)))

Por sua vez Alberto Xavier considerava que a evasão fiscal “internacional”¹¹ representava o inverso da dupla tributação, ou seja, estaríamos perante uma dupla não tributação. Esta era tida como uma ação baseada em atos ilícitos onde o contribuinte violava os seus deveres (que se podiam traduzir em deveres materiais ou instrumentais, neste último tínhamos por exemplo, a apresentação da declaração de impostos com dados falsos) decorrentes de uma relação jurídica tributária. Podíamos dizer que a evasão fiscal internacional englobava a «*tax avoidance*» ou elisão fiscal internacional, aqui como já referimos estaríamos perante uma prática de atos lícitos, onde os sujeitos passivos tentavam evitar a aplicação de certo ordenamento jurídico tributário. (pág.44 e 45 Xavier;1993)

A expressão “elisão fiscal internacional” não pode, contudo, ser equiparada ao conceito evasão fiscal, pois como já verificamos na evasão fiscal estamos perante atos ilícitos «*contra legem*» e na elisão fiscal, os atos são lícitos, porém têm previsto a obtenção de uma vantagem fiscal que não era pretendida pelo legislador. (pág.291 Xavier; 1993)

No fundo, a elisão fiscal tenta evitar a aplicação de uma regra ou conjunto de regras, mediante atos que visam afastar «*a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária*» num certo Estado onde a tributação é mais elevada, transferindo-o para um Estado onde a tributação é menos elevada (podendo ser nulo ou uma tributação mais reduzida). (pág.291 Xavier; 1993)

Como nos dizem Alberto Xavier e Clotilde Celorico Palma, existem dois tipos de elisão fiscal internacional e são elas a subjetiva¹² e a objetiva¹³ (pág.310 Xavier; 1993 & pág.128 Palma; 2015).

¹⁰ *Evasão fiscal vs elisão fiscal*: explore o nosso glossário sobre fiscalidade. Atualidade do Parlamento Europeu (Jornal online).

¹¹ Pode ocorrer internamente ou internacionalmente.

¹² Tem um elemento de conexão subjetivo: residência, como exemplo de elisão fiscal subjetiva temos o: *Treaty Shopping*.

¹³ Tem um elemento de conexão objetivo: fonte de produção que se divide em três: distribuição, acumulação ou transferência de rendimentos. Um exemplo de elisão fiscal objetiva são a utilização artificial das SEC.

O primeiro tem um elemento de conexão subjetivo (como o próprio nome indica), tal como a residência da empresa e o segundo, a elisão fiscal objetiva funciona mediante um elemento de conexão objetivo, tal como o local onde a fonte de produção se situa ou o pagamento do rendimento é efetuado (local do exercício da atividade ou do EE). (pág.293 Xavier; 1993)

A Comissão Europeia, no seu Comunicado de 2007, referia que o conceito evasão fiscal limitava-se a expedientes puramente artificiais cuja finalidade passava pelo contorno à legislação fiscal.¹⁴ Em 2012 disse que *«a fraude e a evasão fiscal constituem um problema multifacetado que requer uma resposta coordenada e múltipla.»* sendo certo que o planeamento fiscal considerado agressivo também requeria uma solução urgente, tratando-se de “desafios à escala mundial” que os EM deveriam combater em conjunto. (5. Conclusão (pág.16 e 17) COM(2012) 722 final)

Ainda no Comunicado da Comissão de 2012, abordou-se o tema sobre como seria possível reduzir a evasão e fraude fiscal e melhorar o cumprimento das obrigações fiscais, enunciando a elaboração de um plano de ação até finais de 2012, sobre medidas concretas para reforçar a cooperação administrativa, apoiando a política em matéria da boa governação fiscal e abordando a problemática dos paraísos fiscais na luta contra o PF agressivo. (1. Introdução (pág.2) COM(2012) 722 final)

Quando se falava de elisão fiscal, Alberto Xavier e o Parlamento Europeu referiram que se traduzia na utilização de instrumentos legais que têm o objetivo de reduzir o montante de impostos a pagar, através da transferência de lucros, para um país de baixa tributação ou ainda na dedução de pagamentos de juros obtidos através de empréstimos, com taxas de juros artificialmente inflacionadas.¹⁵

Para o Professor Doutor António Carlos dos Santos era necessário um reconhecimento da existência dos vários tipos de atos que os contribuintes podiam adotar com a intenção de eliminar total ou parcialmente a carga fiscal. Começou por dividi-los em três níveis diferentes no qual os atos ilícitos encontravam-se no sinal vermelho, sendo proibidos, ilegais e não pretendidos pelos legisladores e sistemas fiscais. Os atos lícitos e até desejáveis

¹⁴ “2. *Definições e Princípios-Chave de Jurisprudência do TJE*” (Evasão e Abuso) Comunicado da Comissão COM(2007) 785 final

¹⁵ Evasão fiscal vs elisão fiscal: explore o nosso glossário sobre fiscalidade. Atualidade do Parlamento Europeu (Jornal online).

encontravam-se no sinal verde e por último, a área de mais difícil delimitação, os atos com sinal amarelo (violação indireta à lei). (pág.64 Santos; 2009).

Para o autor, a evasão fiscal em sentido amplo, traduzia-se num comportamento que tinha como objetivo a pretensão de uma poupança fiscal, feita mediante atos ilícitos, podendo constituir verdadeiros delitos ou infrações objeto de sanções. (pág.71 Santos; 2009) Diferenciava comportamentos fraudulentos suscetíveis de qualificação com comportamentos ilícitos penais fiscais, sendo que estes últimos eram vistos como forma de evasão mais grave.

Por sua vez, a evasão fiscal, no sentido estrito, consistia num comportamento que por meios lícitos procurava escapar à obrigação de pagar imposto.

As atitudes negativas dos contribuintes mediante a violação da lei a nível de crimes fiscais, aduaneiros e da Segurança Social são combatidos através do RGIT.

A fraude fiscal, no seu sentido estrito, encontra-se prevista no art.103º (fraude fiscal) e 104º do RGIT (fraude fiscal qualificada).

Os restantes crimes como burla, abuso de confiança são vistos como atos ilícitos fiscais de natureza penal podendo ser determinados como fraude em sentido amplo. (pág.71 Santos; 2009)

Os comportamentos ilícitos administrativos encontravam-se englobados pelas contraordenações também presentes no RGIT. Estas obrigações acessórias, como a entrega da declaração da prestação tributária, na sua falta ou atraso, eram consideradas como evasão fiscal por parte da doutrina. (pág.72 Santos; 2009)

Estes comportamentos ilícitos graves ou muito graves ultrapassam o aceitável e pretendido pelo planeamento fiscal, visto estarmos perante atos «*contra legem*» que resultam de uma “má gestão fiscal” ilícita onde os contribuintes acabavam por desfrutar de benefícios que não lhes pertenciam ou não deveriam pertencer.

Os comportamentos «*intra legem*», para além de serem queridos pelo legislador, são considerados desejáveis no plano económico/político. Visto que os mesmos pretendem por via fiscal influenciar (sem qualquer tipo de obrigação) os comportamentos dos contribuintes por forma a investirem em certos sectores/regiões ou mesmo em certas funções empresariais, tida como despesa fiscal programada. (pág.73 Santos; 2009)

António Carlos dos Santos também diferenciava “evitação fiscal” nos casos de não serem efetuadas certas doações (a nível do Imposto de Selo), dando como exemplo a realização de um casamento ou de uma separação conjugal de forma a obter uma situação fiscal mais favorável. (pág.73 Santos, 2009)

No entender do Doutor João Nuno Calvão da Silva, quando se fala de fraude fiscal, estamos no domínio do ilícito fiscal comparando-a à «*tax evasion*» anglo-saxónica que se traduz numa violação direta à lei através da fuga aos impostos (Silva; 2006).¹⁶

Já quando se fala de evasão fiscal tem se presente uma licitude fiscal onde a obrigação “não chega a nascer”. Segundo o autor não poderíamos falar «*em fuga ao fisco*» se o tributo nunca teve lugar.¹⁷ (Silva; 2006)

Calvão da Silva distingue «*tax planning*» de elisão ou evitação fiscal contrariamente à António Carlos dos Santos que distingue elisão de evitação fiscal.

A elisão fiscal ou evitação mostra-se, segundo Calvão da Silva (2006), formalmente não contrária à lei, porém onde se atingia igual resultado ao que visava impedir. Estamos perante um contorno às normas onde não surgia uma obrigação fiscal, porém conseguia-se o resultado económico pretendido, ou seja, a obtenção da vantagem fiscal¹⁸ sendo que a CGAA era e é um dos meios de reação a este tipo de fenómeno.¹⁹ (Silva; 2006)

Das diversas expressões que se dá ao planeamento fiscal, notadamente, planificação fiscal, prevenção fiscal, entre outros, referia-se que estas surgiam do respeito ao princípio da liberdade contratual dos indivíduos, da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.²⁰ (Silva; 2006)

Segundo a Professora Doutora Clotilde Celorico Palma e a Doutora Marta Caldas não podemos considerar que o planeamento fiscal seja por si só um ato ilegal. Na verdade, a

¹⁶ Terminologia utilizada: (Ponto 1. Enquadramento conceptual: Fraude fiscal, planificação fiscal e elisão fiscal) Calvão da Silva 2006

¹⁷ Terminologia utilizada: (Ponto 1. Enquadramento conceptual: Fraude fiscal, planificação fiscal e elisão fiscal) Calvão da Silva 2006

¹⁸ Terminologia utilizada: (Ponto 1. Enquadramento conceptual: Fraude fiscal, planificação fiscal e elisão fiscal) Calvão da Silva 2006

¹⁹ Terminologia utilizada: (Ponto 1. Enquadramento conceptual: Fraude fiscal, planificação fiscal e elisão fiscal) Calvão da Silva 2006

²⁰ Terminologia utilizada: (Ponto 1. Enquadramento conceptual: Fraude fiscal, planificação fiscal e elisão fiscal) Calvão da Silva 2006

gestão fiscal é um direito do contribuinte assente nos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa económica (art.61º nº1 e 17º da CRP). (pág.126 Palma; 2015)

A liberdade de opção do contribuinte pelas escolhas mais vantajosas sempre fez parte do planeamento fiscal querido pelo legislador desde que lícitas e não contrárias ao espírito das normas. Nestes casos a teoria do abuso presente no planeamento fiscal abusivo não devia ser aplicada.²¹ (Silva; 2006)

Também segundo o Professor Doutor António Carlos dos Santos a noção de planeamento fiscal provinha do princípio da autonomia privada e implicava uma não violação das normas, tal como uma não violação do espírito da norma.

Contudo, o PF sempre sofreu restrições presentes no art.103º nº1 da CRP, tal como a justa repartição da riqueza.

Na verdade, os contribuintes têm o direito de gerir a sua responsabilidade fiscal de forma a pagar menos tributos. Todavia esse facto não deve constituir um entrave ao princípio da igualdade e da capacidade contributiva visto que poderia ter um resultado negativo à justiça social/fiscal através de atos elisivos, por ofensa aos princípios mencionados.²²

Relativamente ao conceito planeamento fiscal, segundo a Doutora Marta Caldas, o planeamento fiscal agressivo situa-se entre os atos «*intra legem*» e «*extra legem*», enquanto o planeamento fiscal abusivo encontra-se abrangido, apenas, por ações «*extra legem*», por sua vez o planeamento fiscal «*stricto sensu*» traduz-se na adoção de comportamentos previstos e queridos pelo legislador que nos poderão levar a uma gestão de poupança fiscal.

Já o PF abusivo exprime-se mediante comportamentos, apenas formalmente conformes com a lei, porém sem validade económica (no fundo estaríamos perante um aproveitamento de lacunas das normas fiscais que conduzem a uma poupança fiscal não desejada).

Na opinião de Marta Caldas, «*Apesar de não incidir sobre planeamento fiscal abusivo juízos de ilegalidade -violação da lei- vislumbra-se no aproveitamento por parte do contribuinte de uma imprecisão normativa sendo uma violação indireta da lei - espírito/ objetivo da lei – (...)*». (pág. 26 Caldas; 2015)

²¹ (ponto 3 c.) Calvão da Silva.

²² «*Com a evasão fiscal a justiça da tributação sai nitidamente prejudicada, por ofensa aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, tal como sai nitidamente prejudicada a disponibilidade dos recursos públicos e o desempenho das políticas públicas que deles dependem e que são objeto de legitimação democrática.*» “*paragrafo 7º*” da Proposta de Lei n.º 11/XIV Exposição de Motivos.

É igualmente necessário reagir contra este tipo de comportamento, uma vez que é uma questão de justiça social, levando o legislador a desconsiderar para efeitos fiscais a adoção desta “atitude” dando lugar ao pagamento de imposto. Este tipo de reação (proteção) encontra-se consagrada na Cláusula Geral AntiAbuso nos diversos ordenamentos fiscais.

Anteriormente ao Planos BEPS, a expressão planeamento fiscal agressivo surgia associada ao planeamento fiscal abusivo (pág.33 Caldas; 2015). Porém estas diferenciam-se, visto que o planeamento fiscal agressivo surge de um comportamento legal e fiscalmente admissível com vista a minimizar a carga fiscal do sujeito passivo, porém baseado numa não previsão por parte do legislador. (pág. 29 Caldas; 2015)²³

A delimitação do conceito planeamento fiscal agressivo deverá sempre se prestar como global, ajustável e harmonizável devido ao facto de ser aplicável a um ambiente de pluralismos jurídicos. (pág.31 Caldas; 2015)

Como já nos afirmava António Carlos dos Santos, não havia uma valoração consensual nem uma definição muito clara sobre planeamento fiscal visto que esta terminologia varia muito de sistema para sistema. (pág. 64 Santos; 2009)

No direito Anglo-Saxónico, em regra, «*tax planning*» passa pela adoção de atos ou negócios que se encontravam englobados por uma ação «*intra legem*». (pág. 64 Santos; 2009).

Enquanto a conhecida «*tax avoidance*» correspondia à aplicação de atos ou medidas que tinham como intenção a diminuição da carga fiscal, estas poderiam levar a situações «*extra legem*», entre as quais temos a adoção de medidas que poderiam configurar-se num abuso da liberdade do planeamento fiscal. (pág. 64 Santos; 2009)

Segundo o autor, a fronteira entre planeamento fiscal de risco e a elisão fiscal é de difícil delimitação, exigindo-se uma análise casuística. (pág. 74 Santos; 2009)

A pergunta que o Doutor Professor António Carlos dos Santos colocava era «*Em última instância quem deve suportar o risco da imperfeição ou da incerteza da lei? O contribuinte, assumindo uma fatura fiscal mais elevada ou o Estado?*». (pág. 74 Santos; 2009)

²³ Ainda nos diz que o PF Agressivo abrange várias problemáticas que surgem desde a aplicação e interpretação das normas fiscais, à questão da segurança jurídica e limitação da liberdade económica e autonomia privada.

No entender de Marta Caldas esta significativa perda das receitas fiscais proveniente do PF abusivo e agressivo acarreta custos aos “contribuintes honestos” que acabam por compensá-la. (pág. 36 Caldas; 2015)

A prioridade é reduzir o impacto negativo que a fraude, a evasão, o PF agressivo e também o branqueamento de capitais causam aos Estados da UE através de uma concorrência sã entre todos os contribuintes, combatendo a desigualdade de forma a aumentar a confiança nas políticas democráticas elaboradas e assegurando que quem pratique evasão ou elisão fiscal não tenha vantagens fiscais sobre os contribuintes honestos. (p.10 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

Para isso torna-se necessário assegurar uma equidade fiscal para se ser eficaz no combate à fraude fiscal, ao PF agressivo e ao branqueamento de capitais. (p.9 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

No ponto de vista do Parlamento Europeu, o PF agressivo consiste num plano para reduzir o encargo fiscal explorando detalhes técnicos de um regime ou arbitragem entre dois ou mais regimes através da violação do espírito da lei.²⁴ (p.27 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI)))

O limite do planeamento fiscal em sentido estrito, ao ver de António Carlos dos Santos, era ultrapassado quando os contribuintes violavam os princípios ou normas de natureza distinta das penais ou contraordenacionais, traduzindo-se por elisão fiscal. (pág.75 Santos; 2009). Tal como Marta Caldas, considerava lícito o planeamento fiscal abusivo perante o direito existente. Contudo podia ser objeto de censura política, trazendo por este motivo novos instrumentos jurídicos. (pág.75 Santos; 2009)

O planeamento fiscal abusivo efetivo é visto como uma forma de planeamento fiscal que de acordo com as cláusulas antiabuso pode ser tida como elisão fiscal quando ponha em causa o Direito Europeu ou internacional. (pág.85 Santos; 2009).

Como nos diz António Carlos dos Santos, o planeamento fiscal tem presente uma ação voluntária e programada que pretende atingir determinado fim, nomeadamente a redução da

²⁴ 28. Congratula-se com a resposta da Comissão aos apelos formulados nas resoluções TAXE, TAX2 e PANA para uma melhor definição de planeamento fiscal agressivo e de práticas fiscais prejudiciais;

carga fiscal. Ainda refere que há dois tipos de planeamento fiscal, o empresarial e o estatal. (pág. 63 Santos; 2009)

Falaremos apenas do planeamento fiscal empresarial, visto que esta dissertação é direcionada para as pessoas coletivas sendo que temos de ter em conta que dentro deste tipo de PF ainda existem dois tipos: o interno e o internacional. (pág.63 Santos; 2009)

Na presente dissertação referimo-nos ao PF «*strictu sensu*» como um direito do contribuinte assente em princípios constitucionais, este é tido como «*intra legem*» sendo querido e pretendido pelo legislador e utilizado como um incentivo fiscal²⁵. A elisão fiscal é tida como «*extra legem*», aqui estamos perante uma violação indireta à lei feita mediante montagens artificiais, através de um aproveitamento de lacunas legislativas com o intuito de obter vantagens fiscais indevidas. Por sua vez a evasão e a fraude fiscal são tidas como «*contra legem*», ou seja, praticadas mediante atos ilegais. O que as diferencia é que a fraude fiscal está tipificada na lei ao contrário da evasão fiscal.

Em certos momentos iremos utilizar o termo evasão fiscal no seu sentido amplo, isto significa que estar-nos-emos a referir a situações elisivas em geral.

Para além do planeamento fiscal aceite temos o planeamento fiscal abusivo onde há um abuso à lei, isto é, mesmo que o ato seja formalmente conforme à lei, a montagem é artificial (não tendo substância económica válida) indo por isso contra as regras da fiscalidade.

Por sua vez o planeamento fiscal agressivo tem implícito atos legais que podem ser tidos como «*extra legem*» - onde ocorre a utilização de atos legais através de montagens artificiais com vista as vantagens fiscais - ou «*intra legem*» onde os atos são totalmente legais, revestindo realidade económica e comercial, porém existe uma agressividade por parte de quem o pratica, quer isto dizer que o contribuinte recorre a vantagens fiscais que o legislador não previu conceber.

2.2. Regras AntiAbuso

Num mundo cada vez mais globalizado assiste-se a um desenvolvimento continuado das relações económicas de forma a suprimir quaisquer obstáculos à livre circulação de pessoas

²⁵ ou como meio de alteração de hábitos considerados prejudiciais.

e de capitais garantindo-se uma maior rapidez e facilidade nas comunicações. (pág.34 Caldas; 2015)

Não se pode deixar de falar de abuso de direito quando fazemos referência à «*tax avoidance*»²⁶, visto que esta prática surge da oposição a comportamentos ilícitos que se traduzem no aproveitamento das ambiguidades normativas realizadas através de uma montagem artificial com o intuito de se obter uma vantagem fiscal. (pág.34 e 35 Caldas; 2015)

Diversos Governos, sendo que agora todos os EM da UE, utilizam normas específicas antiabuso e também uma regra geral antiabuso (CGAA) como instrumento de combate às perdas de receitas fiscais. Os países elaboraram estas normas gerais antiabuso para desta forma abrangerem todas as práticas elisivas, uma vez que era impossível tipificar legalmente todos as práticas elisivas imagináveis. (pág.328 Xavier; 1993)

Na ausência da CGAA a doutrina utilizava a figura de negócio simulado²⁷, de fraude à lei²⁸ e abuso de direito (de origem francesa, previsto no Código Civil²⁹) para combater o indesejável planeamento fiscal (pág. 83 e 84 Santos; 2009).

Segundo Calvão da Silva (2006), a simulação, a fraude à lei e o abuso de direito eram qualificações jurídicas de elisão ou evitação fiscal.³⁰

Como primeira qualificação jurídica tínhamos a simulação, sendo vista como uma “divergência intencional” entre a vontade real do contribuinte e a declaração efetuada por este, através de um esquema que pretendia enganar terceiros, sendo o terceiro prejudicado, normalmente o Estado (Silva; 2006).³¹

Na simulação absoluta havia um negócio jurídico simulado sem realidade económica, presente no art.39º da LGT e art.240º do Código Civil.

²⁶ Segundo as Nações Unidas (Comité dos Peritos de Cooperação Internacional em Matéria Fiscal): *Tax avoidance is not tax evasion. Tax avoidance occurs when person arrange their affairs in such a way as to take advantage of weaknesses or ambiguities in the lax law. Although the means employed are legal and not fraudulent, the results are considered improper or abusive.*

²⁷ art.39º da LGT e art.240º do Código Civil – «Simulação» O ato simulado é um ato nulo, ou seja, inválido. Estamos perante uma violação direta à lei.

²⁸ Art.21º do Código Civil – violação direta ou indireta da lei.

²⁹ Artigo 334.º do Código Civil « *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.* »

³⁰ (Ponto 2 « Qualificação jurídica da Elisão Fiscal » alínea a.)) « Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso »

³¹ (Ponto 2 « Qualificação jurídica da Elisão Fiscal » alínea a.)) « Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso »

Como segunda qualificação jurídica tínhamos a fraude à lei (art.21º do Código Civil), aqui a lei podia ser violada direta ou indiretamente, conforme houvesse uma violação direta à norma tida como «*contra legem*» ou apenas ao seu espírito «*extra legem*» ou «*in fraudem legis*».

Para Alberto Xavier, a elisão fiscal “internacional” «*correspondia à figura da fraude à lei fiscal internacional*» visto que os «*negócios em fraude à lei*» eram tidos como aqueles que pretendiam contornar a legislação. (págs.44 e 45 Xavier; 1993)

De acordo com Calvão da Silva, a ilicitude surgia do resultado alcançado, ou seja, não se atuava de forma direta contra a lei, contudo o resultado era contrário às regras. Na opinião do autor, a fraude à lei fiscal era uma concretização deste preceito no Código Civil tendo como única diferença o facto de estarmos perante o ramo do Direito Civil. As consequências previstas seriam a ineficácia ou desconsideração dos atos fraudulentos. (Silva; 2006) ³²

Quando falamos de fraude fiscal, no seu sentido estrito, já estamos perante um facto típico, ilícito e culposo (art.2º nº1 do RGIT) presente no art.103º do RGIT³³. Para Isabel Marques da Silva, o preceito deste artigo denomina-se de fraude fiscal simples³⁴, para a autora o crime fraude fiscal é considerado um crime comum, de execução vinculada que tem de estar tipificado no nº1 deste art.103º do RGIT. Apesar de ser um crime doloso é desnecessário um dolo específico, o mesmo pode revestir as formas de dolo direto, necessário ou eventual. (pág.199- 208 Silva; 2010).

Quando falamos de abuso de direito não podemos deixar de falar de elisão fiscal, visto que esta prática surge do aproveitamento das ambiguidades normativas realizadas através de esquemas artificiais com o intuito de se obter um benefício fiscal que não era normalmente devido.

³² (Ponto 2 alínea b.)) – Calvão da Silva.

³³ «*constitui fraude fiscal (...) as condutas ilegítimas, tipificadas (...) que visem a não liquidação, entrega ou pagamento de prestações tributárias ou obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens fiscais, (...) podendo ter lugar através de ocultação ou alteração de factos ou ocultação de valores ou ainda negócio simulado.*» Como presente no art.103ºnº1 – a.); b.) e c.) do RGIT.

³⁴ «*II. A génese do preceito encontra-se no artigo 23º do RJFNA (Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras, DL nº20-A/90), que conheceu duas redacções diferentes. A última redacção do art.23º do RJFNA, constitui, inequivocamente, a fonte inspiradora do art.103º do RGIT, sendo as diferenças na redacção (...) meramente pontuais.*»

Segundo Calvão da Silva, o abuso de direito, previsto no art.334º do Código Civil, tinha subjacente que a ilegitimidade do exercício de um direito subjetivo resultava de uma violação ostensiva da boa fé, dos bons costumes e dos limites que advém da função económica e social do direito (Silva; 2006)³⁵ devendo ser utilizado de forma excepcional, ou seja, quando tivéssemos perante «*flagrantes violações dos valores fundamentais*» de forma a não colocar em perigo a segurança jurídica.

Por sua vez, nas palavras de Diogo Leite De Campos podemos dizer que o abuso de direito traduz-se numa manobra fraudulenta que tem a intenção de evitar o imposto. (pág.192 Campos; 1999)³⁶ Pretende-se com o abuso de direito a condenação de práticas abusivas que constituíam um entrave aos valores da justiça.³⁷

A liberdade do contribuinte tem como limite o de não ofender os interesses da Administração Fiscal. (Silva; 2006)³⁸

Por sua vez, António Carlos dos Santos, contrariamente a Calvão da Silva, refere que a simulação, a fraude à lei e o abuso de direito presentes no Código Civil são ferramentas de combate à evasão fiscal e não da elisão fiscal. Contudo afirma que o abuso de direito pode assumir o combate a questões elisivas (pág. 83 Santos; 2009). De todas as maneiras, na sua opinião, o surgimento da CGAA fez com que o recurso a estas formas se tornasse desnecessário. (pág. 83 e 84 Santos; 2009)

Com a norma geral antiabuso foi possível determinar-se melhor o conceito elisão fiscal sendo um instrumento excelente de combate a estes fenómenos no plano interno. Já as específicas, CEAA (Cláusulas Específicas Anti Abuso) aplicam-se igualmente a situações internas e internacionais (elisão fiscal internacional).

Na distinção entre comportamento lícito ou ilícito, António Carlos dos Santos refere que um comportamento do contribuinte seria “ilícito” sempre que permitisse a utilização da CGAA ou CEAA (Cláusulas Especiais Anti Abuso) ou na sua ausência se violasse a lei ou ainda quando tivéssemos perante situações de abuso de direito. (pág. 75 Santos; 2009)

³⁵ (Ponto 2 alínea c.)) «Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso»

³⁶ «Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal»

³⁷ (ponto 3 c.)) « João Nuno Calvão da Silva - Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso »

³⁸ (ponto 3 c.)) « João Nuno Calvão da Silva - Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso »

Enquanto a CGAA era vista como uma cláusula preventiva, a CEAA era tida como uma cláusula reativa. (pág. 85 Santos; 2009)

Relativamente às cláusulas especiais antiabuso, como nos dizia Calvão da Silva (2006), estas normas especiais previam situações lícitas contrárias ao espírito pretendido pelo legislador e por este motivo deveriam ser desconsideradas, diferenciando-as da CGAA, visto que as primeiras apenas se aplicam a situações “taxativamente previstas”, sendo por este motivo tidas como “rígidas”.³⁹ Enquanto a CGAA como próprio nome indica aplicam-se de forma geral.

Como as normas especiais dizem respeito a situações específicas, é importante, neste combate à elisão fiscal, a presença da CGAA com o intuito de se ser o mais abrangente possível nesta luta de forma a minimizar os contornos às regras. (Silva; 2006)⁴⁰

³⁹ (ponto 3 d.) « João Nuno Calvão da Silva - Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso »

⁴⁰ (ponto 3 d.) « João Nuno Calvão da Silva - Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso »

As cláusulas sectoriais/especiais antiabuso tal como os artigos n.º: 73.º n.º10⁴¹, art.23.º-A n.º3⁴², art.14.º n.º15⁴³ e art.88.º n.º11⁴⁴ do CIRC são classificadas como “menos elásticas” que a CGAA, uma vez que dizem respeito a situações e impostos específicos, porém mais flexíveis que as normas especiais, visto que a sua aplicação, ou seja, «*modus operandi*» é similar ao da Cláusula Geral. (Silva; 2006)⁴⁵

Segundo Comunicado da Comissão de 2007, relativamente à aplicação das regras contra a evasão (no seu sentido amplo) era necessário evitar medidas desproporcionais de forma a

⁴¹ O art. 73.º n.º 10 do CIRC aponta que «*O regime especial estabelecido não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto.*»

Como presente no Acórdão do TCA do Norte Proc. 00917/13.3BECBR, «*Tal como resulta claro do conteúdo da norma, esta cláusula subsiste na ordem jurídica para combater as situações de evasão fiscal no âmbito de operações ao abrigo do regime da neutralidade fiscal, o que vem a acontecer sempre que um sujeito passivo de IRC se serve de uma fusão, cisão ou de uma das outras operações previstas no regime com o único propósito ou com o propósito preponderante de retirar os benefícios que daí decorrem.*» (3.2 Direito)

⁴² O CIRC prevê várias disposições antiabuso específicas, uma vez que existem situações especiais vistas como áreas particulares de risco (notadamente no art.23.º-A n.º3 e art.51.º-C n.º4 e art.73.º n.º10). (pág.351 Martins; 2018)

A norma antiabuso específica art.81.ºn.º6 do CIRC relativa ao apuramento do resultado da partilha a nível dos sócios, prevê a tributação da menos valia apurada da partilha que tenha sido deduzida com uma majoração de 15%, caso a atividade da sociedade liquidada fosse realizada em situação de relações especiais. (p.361 Lições de Fiscalidade)

⁴³ O art.14.º do CIRC pressupõe uma isenção (que se opera automaticamente se se efetuar a prova do n.º4) aplicável aos lucros e reservas distribuídos por uma sociedade residente em Portugal, sujeita e não isenta de IRC (ou de imposto do Jogo e não sujeita ao regime do art.6.º do CIRC) a uma outra entidade residente na UE ou no EEE (neste caso vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade nas mesmas condições que na UE) ou uma sociedade num Estado com o qual exista um acordo de CDT que preveja a troca de informações (respeitando as alíneas b, c e d do n.º3 do art.14.º do CIRC). O regime é alargado aos EE com os mesmos requisitos que acabamos de anunciar. (pág.346 e 347 Martins; 2018)

As regras específicas antiabuso estão contempladas no n.º15 do art.14.º do CIRC e no n.º17 do mesmo artigo tendo como consequência o previsto no n.º19 do mesmo artigo, que passa pela não aplicação do regime de isenção em caso de incumprimento do Regime jurídico do Regime Central do Beneficiário efetivo.

⁴⁴ Ainda na luta contra a evasão fiscal, no art.88.º n.º11, temos a tributação autónoma dos lucros distribuídos (rendimentos de capitais) por sp de IRC a entidades que beneficiem de isenção total ou parcial de imposto. Aqui visa-se evitar a “lavagem de dividendo”, através da transmissão artificiosa das partes de capital para uma sociedade isenta com o propósito de obter uma vantagem fiscal que neste caso seria uma isenção. (art.120.º n.º9 CIRC). (pág.366 Martins; 2018)

⁴⁵ (ponto 3 d.) «Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso»

não causar restrições ao mercado único e a melhorar a sua aplicação em relação a países terceiros.⁴⁶

Estas regras antiabuso, segundo o Comunicado da Comissão, abrangiam diversas regras, medidas e práticas. O que fazia com que alguns EM aplicassem um conceito geral de abuso baseado na legislação ou desenvolvido na jurisprudência e outros acabavam por aplicar regras mais específicas como as regras das Sociedades Estrangeiras Controladas (SEC) ou as regras da Subcapitalização, ambos considerados tipos específicos de erosão da base fiscal. Estas regras eram consideradas confusas e pouco simplificadas, algo que foi melhorando nos últimos anos.

A Comissão disse que no combate à discriminação é essencial que os EM operem em conjunto e não de forma individual, visto que medidas unilaterais apenas enfraquecem a competitividade do mercado único.⁴⁷

Ainda havia Estados Membros que aplicavam uma combinação de regras antiabuso gerais e específicas sendo que as regras antiabuso estavam igualmente previstas nas demais diretivas da UE sobre a tributação das sociedades.

Neste Comunicado, temos presente que o TJUE dizia que um sujeito passivo, normalmente protegido pelo direito da UE, podia perder os seus direitos se abusasse dos mesmos, tal como na situação em que o cumprimento formal dos objetivos das regras comunitárias não fosse alcançado ou quando se pretenda retirar um benefício fiscal através de montagens artificiais. (pág.3 COM(2007) 785 final)

Sustentou igualmente que podia constituir uma razão imperiosa de interesse público (desde que proporcional) servindo de justificação às possíveis restrições das liberdades fundamentais da UE, tal como a necessidade de se evitar situações de evasão e fraude fiscal. (pág.3 COM(2007) 785 final)

⁴⁶ Comissão das Comunidades Europeias (COM(2007) 785 final).

«Quanto à aplicação das regras antievasão, a Comissão considera que, em particular à luz de algumas decisões recentes do Tribunal de Justiça Europeu (TJE), é urgente a necessidade de:

atingir um equilíbrio adequado entre o interesse público de combater o abuso e a necessidade de evitar restrições desproporcionadas à actividade transfronteiras na UE; e

melhor coordenação da aplicação de medidas antiabuso em relação a países terceiros, a fim de proteger as bases tributárias dos EM.»

⁴⁷ (Pacote Fiscal, “Porquê este pacote?” no Site Consillium Europa)

O TJUE alertado por alguns EM identificou diversos fatores que não eram suficientes para constituir situações de abuso/puramente artificiais tal como o simples facto de uma empresa subsidiária se estabelecer noutra EM, não sendo tida, por si só, como uma forma de evasão fiscal (no seu sentido amplo). (pág.3 COM(2007) 785 final)⁴⁸

Como também já referimos, «*O objectivo de minimizar a carga fiscal de uma empresa é, em si, uma consideração comercial válida, desde que as disposições adoptadas com vista à sua realização não levem a transferências de lucros artificiais.*» (pág.4 COM(2007) 785 final). A Comissão Europeia lembrou que, desde que os contribuintes não tenham comportamentos abusivos, os EM não podem restringir o exercício à livre circulação pelo simples facto de os outros EM terem níveis de tributação inferiores. (pág.4 COM(2007) 785 final)

2.3. As reacções por parte da AT contra atos «*Extra legem*» e «*Contra legem*»

Como nos refere Alberto Xavier, tal como acontece no Direito Internacional privado, também no Direito Tributário Internacional, o objetivo pretendido passa por tornar ineficazes os atos que se traduzem em comportamentos elisivos. Com a diferença que no Direito Tributário Internacional apenas se tem em conta a sua relevância fiscal. (pág.328 Xavier; 1993)⁴⁹

A melhor forma de prevenir a elisão fiscal internacional dá-se por via legislativa. Esta pode ser feita através da criação legal de um elemento de conexão que visa impedir ou dificultar o comportamento elisivo ou mediante a utilização de «*ficções legais ou presunções legais absolutas*». Temos como exemplo do primeiro a exigência de mais requisitos do beneficiário efetivo para se evitar técnicas de «*treaty shopping*» (por exemplo) e na segunda situação a desconsideração jurídica. (pág.329 Xavier; 1993)

Já nos dizia Luís de Menezes Leitão que as normas nacionais dos Estados que visam impedir ou tornar irrelevantes para efeitos tributários as deslocações internacionais do rendimento ou condicionam a aplicação das convenções DT são mais eficazes que a estipulação de penas contra estas atuações. (pág.330 Leitão; 1993)

⁴⁸ “Expedientes puramente artificiais” «Alertado por argumentos levantados por alguns EM, o TJE identificou diversos factores que, só por si, não são suficientes para constituir expedientes abusivos, ou seja, puramente artificiais. Foi defendido, por exemplo, que o mero facto de empresa uma subsidiária estar estabelecida noutra EM não pode, só por si, ser tratado como originando evasão fiscal.»

⁴⁹ 5º Reacção à Fraude à lei fiscal Internacional.

Nas palavras de Clotilde Celorico Palma, a prevenção da elisão fiscal internacional passa pela adoção de normas especiais antiabuso e uma norma geral antiabuso (sendo que uma das diferenças entre estes dois tipos de normas é que a segunda abrange situações de modo geral, pelo facto de ser impossível tipificar todas as formas elisivas possíveis), na qual a conduta do que se pretende evitar é tipificado na legislação interna e também nos tratados internacionais. (pág.137 Palma; 2015)

São comuns os objetivos prosseguidos pela CGAA nos diversos Estados. Estes passam por definir o que é um esquema, transação ou montagem fictícia, fazendo parte desta cláusula a aplicação de um teste à substância ou propósito comercial para validar a legitimidade das operações dando a possibilidade às autoridades fiscais de «*recharacterizar ou desconsiderar*» as transações tendo como consequência a recusa das vantagens solicitadas por parte dos sujeitos passivos. (pág.138 Palma; 2015)

Os diversos tribunais e doutrina do mundo desenvolveram princípios de interpretação para testar situações que poderão ser elisivas, tal como «*substance over form*», «*economic substance*», «*sham*», «*business purpose*», «*step transaction*», «*abuse of law*» e «*fraus legis*». Estes princípios/testes foram sofrendo alterações e evoluções ao longo dos anos.⁵⁰

O Fisco e os tribunais dos EUA começaram por examinar, através da ferramenta «*step by step transactions*», o conjunto de atos que integravam uma operação que tinha como objetivo pretendido uma redução dos impostos indevida. Este exame necessita de um «*business purpose real*», ou seja, da verificação se as operações são apenas motivadas por razões fiscais. Estes problemas eram avaliados mediante a «*substance governs form*» que envolviam uma série de testes de apreciação da consistência e de finalidade do negócio, transação ou operação no seu conjunto. (pág.330 Xavier; 1993)

Os tribunais Alemães começaram por aplicar o princípio do «*abuso das formas*» que dava a possibilidade da AF reconstituir a operação real do ponto de vista da apreciação económica. (pág. 330 Xavier; 1993)

Na Holanda, a nível internacional, deu-se o importante «*leading case*», ao qual se aplicou a doutrina «*fraus legis*» às «*conduit companies*» através da apreciação da artificialidade das

⁵⁰ 4.1.As Normas Especiais Anti-Abuso. Cáp. 4 PF Internacional do Livro Lições de Fiscalidade II. Clotilde Celorico Palma (2018).

operações, isto é, negócios desprovidos de substância comercial válida. (pág. 330 Xavier; 1993).

No Canadá, o Fisco tinha a possibilidade de desconsiderar uma transação se esta não fosse realizada mediante «*bona fide purpose*»⁵¹, ou seja, poderia torná-la ineficaz se a mesma não fosse realizada com boa fé e um propósito comercial real. (pág.331 Xavier; 1993)

Perante o direito privado, os atos ou operações podiam ser considerados inválidos em razão da simulação «*sham transactions*»⁵². Tal como acontece com a generalidade dos ordenamentos jurídicos, o Sistema Fiscal pode reconhecer a nulidade desses atos tendo como «*consequência a restauração da realidade que visa encobrir*». (pág.328 Xavier; 1993)

Em 1962, o Congresso Norte Americano passou a dificultar aos seus cidadãos as vantagens das «*trusts companies*» nos países de baixa tributação, isto a partir da reforma de “Kennedy” que visava o combate à elisão fiscal decorrente de dois tipos de sociedades, nomeadamente, as «*foreign personal holding companies*»⁵³ e as «*CFC*» cujas as receitas eram constituídas por lucros de comercialização ou de serviços em mais de 50% das ações que pertenciam aos cidadãos norte americanos possuindo cada um pelo menos 10% do direito do voto. (pág.312 Xavier, 1993).

Em ambos os casos, os acionistas podiam ser tributados independentemente da distribuição do lucro, mesmo que esse lucro se inserisse na titularidade da sociedade, cuja personalidade era desconsiderada para efeitos fiscais. Tendência que se propagou para a Comunidade Económica Europeia (UE) em 1972. (pág.312 Xavier; 1993).

⁵¹ «*A bona fide business purpose exists if the individual can prove a real business purpose for incurring the expense.*» do Site: [Bona Fide Business Purpose – UVA Policy Directory](#)

«*Pois bem, no que respeita à validação, à luz de razões de ordem económica e financeira, da opção pela transformação societária, transparece, à luz da factualidade provada, a existência de um “fim comercial legítimo (“bona fide purpose”)*”, de “*uma razão empresarial legítima e não uma mera intenção de redução indevida do imposto a pagar*» [as expressões são de SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2002, pp. 119 e 123, respectivamente]. » do Acórdão TCA do Norte Processo: 00917/13.3BECBR

⁵² «*Normalmente não estamos perante um comportamento elisivo na figura simulação, visto que não haver divergência entre a vontade real e a declarada, ou seja, as partes pretenderam exactamente aquilo que realizaram.* » (pág.328 Xavier; 1993)

⁵³ «*As legislações para prevenir ou reprimir o abuso dos paraísos fiscais opunham-se à prática de acumulação de rendimentos. Este movimento iniciou-se nos Estados Unidos em 1934, ao autorizar-se a tributação das «foreign personal holding companies* ». (Pág. 318 Xavier; 1993)

Estas medidas traduziam-se essencialmente na desconsideração da personalidade jurídica⁵⁴ das sociedades cuja constituição ou funcionamento tivesse sido realizado por “razões fiscais” permitindo assim a tributação dos respetivos sócios, sem aguardar o momento da distribuição dos lucros acumulados. (pág.312 Xavier, 1993)

Como nos diz Clotilde Celorico Palma, em todas estas teorias, encontra-se um elemento comum de justificação para a desconsideração do benefício fiscal sendo ela a falta de substância económica.⁵⁵

Recentemente, no relatório de 2019 sobre crimes fiscais e elisão e evasão fiscais, o Parlamento Europeu constatou que não existia uma única definição sobre “empresa fictícia ou fachada”, acrescentado que podíamos estar perante uma empresa artificial cada vez que estivesse estabelecida numa jurisdição para efeitos de elisão ou evasão fiscal, sem nenhuma realidade económica e comercial. Conceitos como atividade económica real ou presença física do pessoal que trabalha para a sociedade poderiam servir de critérios na identificação deste tipo de “sociedades de fachada”, servindo de ferramentas para as autoridades fiscais no combate à erosão das bases fiscais e à transferência de lucros indevidas. (p.118 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

Em maio de 2021, a Comissão Europeia, no seu Comunicado sobre a “*Tributação das Empresas do Séc. XXI*”, referiu o facto de se pretender intensificar o combate abusivo às empresas de fachada⁵⁶ na UE, tendo como objetivo neutralizar a utilização indevida destas empresas para fins fiscais. (pág.10 Com (2021) 251 Final)

⁵⁴ Como nos diz Alberto Xavier, «*A personalidade jurídica é a criação de um direito, ou seja, é um simples instrumento da prossecução colectiva dos interessados dos sócios, tal criação só pode ser consagrada e respeitada se ela mesma não se considerar anti-jurídica. Como a personalidade jurídica é uma realidade meramente instrumental, não repugna que seja considerada para certos fins e desconsiderada para outros.*» (P. 317 Alberto Xavier; 1993)

⁵⁵ 4.1.As Normas Especiais Anti-Abuso. Cap 4 PF Internacional. Clotilde Celorico Palma (Lições de Fiscalidade Vol.II)

⁵⁶ Empresas com uma substância económica real nula ou inexistente.

A Comissão apresentou a proposta de Diretiva sobre as “empresas de fachada ou entidades fictícias” em dezembro de 2021 que deverá entrar em vigor em 2024. (Comissão Europeia; 2021)⁵⁷

Esta proposta de Diretiva tem a intenção de garantir que estas empresas de fachada com atividades nulas ou reduzidas não usufruam de vantagens fiscais de forma assegurar que os contribuintes comuns não tenham mais encargos financeiros por causa de empresas que tentam evitar o pagamento da sua quota-parte. (Comissão Europeia; 2021)⁵⁸

Apesar de nem sempre realizarem negócios artificiais desprovidos de realidades económicas e comerciais válidas, estas empresas representam, mesmo assim, um grande risco de contorno às regras fiscais, podendo ser usadas como PF agressivo, evasão fiscal ou branqueamento de capitais. (pág.10 Com (2021) 251 Final)

Esta iniciativa faz parte de um conjunto de medidas da Comissão no combate às práticas abusivas, tal como a proposta de Diretiva da tributação mínima efetiva para as multinacionais. Em 2022 pretende igualmente apresentar outra iniciativa para dar resposta aos desafios destas empresas de fachada com os países terceiros. (Comissão Europeia; 2021)⁵⁹

Relativamente ao conceito ineficácia «*lato sensu*» este reparte-se em três categorias sendo elas a invalidade, a inexistência⁶⁰ e a ineficácia «*stricto sensu*». (pág.28 Almeida; 2017)

A invalidade do ato tributário corresponde a uma consequência da sua desconformidade perante a nossa ordem jurídica sendo que aqui o conceito legalidade deve ser apreciado no sentido da desconformidade jurídica, por razões de natureza constitucional, internacional e do direito da UE. (pág.12 Almeida; 2017)

Encontramos presente no art.38º nº2 da LGT a ineficácia jurídica «*stricto sensu*». Aqui considera-se que um ato é ineficaz sempre que não produza efeitos (no todo ou em parte) da categoria a que pertence que neste caso é o tributário. (pág.11 Almeida; 2017) Também é

⁵⁷ Comunicado de Imprensa de 22 de Dezembro de 2021 sobre uma “*Justiça Fiscal: Comissão propõe o fim do recurso indevido a entidades fictícias para efeitos fiscais na UE*”.

⁵⁸ Comunicado de Imprensa de 22 de Dezembro de 2021 sobre uma *Justiça Fiscal: Comissão propõe o fim do recurso indevido a entidades fictícias para efeitos fiscais na UE*.

⁵⁹ Comunicado de Imprensa de 22 de Dezembro de 2021 sobre uma *Justiça Fiscal: Comissão propõe o fim do recurso indevido a entidades fictícias para efeitos fiscais na UE*.

⁶⁰ «*A inexistência jurídica, diferente de ineficácia, corresponde a imperfeição estrutural que condiciona drasticamente o plano dos efeitos. Também não se pode confundir com invalidade.*»

conhecida por desconsideração não podendo ser considerado um vício visto ser válida para todos os efeitos exceto os fiscais.

A invalidade tem implícito a ilicitude estando perante casos «*contra legem*», tal como em situações de fraude ou evasão fiscal. Porém a ilegalidade não é o seu único critério, visto que a invalidade não tem necessariamente de ser expressa na lei, podendo resultar da interpretação com todos os elementos relevantes (por esta razão não tem sempre natureza sancionatória). (pág.13 Almeida; 2017)

A invalidade desdobra-se em duas modalidades e são elas a nulidade «*Ex tunc*»⁶¹, neste caso presencia-se a uma total inaptidão do ato na produção dos efeitos pretendidos pelos respetivos autos, podendo ser alegado por qualquer interessado a todo o tempo, ao contrário da anulabilidade «*Ex Nunc*»⁶² que tem de ser suscitada e só produz efeitos a partir do momento que é declarada. (pág. 15 Silva; 2017⁶³)

Ao passo que um ato nulo não pode valer, o ato anulável é em princípio «*um ato válido que não pode valer*». (pág.13 Almeida; 2017)

Posto isto, verificamos que no recurso à prática de evasão fiscal, esta pode ser tida como nula ou anulável porque o que está em causa é a validade do ato. Já no caso da elisão fiscal, esta é apenas desconsiderada.

O critério distintivo entre a invalidade e a ineficácia deriva do «*desvaler jurídico*» (ou vício) reportado a um elemento intrínseco à estrutura ou à formação do ato, enquanto que a ineficácia em sentido estrito resulta de um facto extrínseco ao ato e, por isso, não valorativo deste. (pág.26 Almeida ; 2017)

A ineficácia «*stricto sensu*» não é uma sanção nem tem efeito sancionatório. É apenas a consequência «*da conformidade da autonomia privada ou de desconformidade não*

⁶¹ 4.2 Delimitação dos conceitos revogação e anulação

(i) *Ex tunc* - com fundamento da ilegalidade do ato primário, tendo por objetivo destruir todos os efeitos de direito produzidos pelo ato (revogado).

⁶² Pág 11 (1) Enquadramento temático e abordagem expositiva.

Análise da reforma do CPA no âmbito do procedimento tributário, relativamente ao regime de invalidada dos atos tributários.

4.2 Delimitação dos conceitos revogação e anulação

(ii) *Ex nunc* - fundamento no mérito, conveniência ou oportunidade do ato (revogado), tendo para o futuro os efeitos do ato (revogado), salvaguardando os efeitos produzidos no início.

⁶³ Hugo Flores da Silva sobre “O Regime das Invalidades e da Revogação no novo CPA e o seu impacto no Procedimento Tributário” do Centro de Estudos Judiciários (2017).

valorativa com certas regras legais» (pág. 26 Almeida; 2017) que consiste em excluir ou suspender efeitos cujo conteúdo se preencha com situações jurídicas. (pág.30 Almeida; 2017).

A diferença entre a ineficácia e a invalidade encontra-se no seu vício ou falta dele. A primeira consequência baseia-se em juízos de valor e refere-se apenas aos atos jurídicos. Por sua vez a invalidade pode resultar da ilegalidade do seu modo de formação ou da contrariedade do seu conteúdo com o sistema jurídico, sendo sempre tida nula ou anulável (parcial ou total). (pág.30 Almeida; 2017).

2.4. CGAA: A consagração na LGT

A cláusula geral antiabuso foi introduzida em Portugal pelo orçamento de Estado de 1999 (Lei n.º87-B/98, de 31 de Dezembro) através do art. 51.º n.º7, presente no Capítulo X (Processo Tributário e Infrações Fiscais e Aduaneiras) e dizia que era aditado ao Código de Processo Tributário (DL n.º 154/91 de 23 de Abril), o art.32.º-A com a seguinte redação *«são ineficazes os ato ou negócios jurídicos quando se demonstra que foram realizados com o único ou principal objetivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de atos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos.»*. (pág.88 Sá Gomes; 1999) ⁶⁴

A sua errada inserção determinou que fosse transferida, pouco depois, para a Lei Geral Tributária (Decreto-Lei n.º 398/98) ficando assim prevista no art. 38.º, n.º 2. (Silva; 2006)⁶⁵

Segundo especialistas esta norma foi mal empregue visto já existir a Lei Geral Tributária⁶⁶ desde 1998 sendo este o Diploma que deveria promover esta norma.

⁶⁴ « *Os Benefícios Fiscais da LGT* » Problemas Fundamentais do Direito Tributário (1999)

⁶⁵ 4.Cláusula Geral Anti-Abuso a) História) (Calvão da Silva; 2006)

⁶⁶ A LGT trata dos princípios e regras gerais do sistema fiscal português, relativo a impostos, taxas, contribuições especiais e as demais contribuições financeiras públicas. Esta Lei foi aprovada pelo DL n.º398/98 de 17 de Dezembro e autorizada pela n.º41/98 de 4 de Agosto. Como nos diz Nuno Sá Gomes, não há dúvidas que este DL que aprovou a LGT tinha de ser autorizado pela AR, como previsto no art.165.º n.º1 -i.) da CRP. (pág.82 Sá Gomes; 1999) O DL n.º398/98 que aprovou a LGT foi publicado a 17 de Dezembro de 1998, ou seja, um mês e oito dias depois de expirado o prazo para a referida publicação (art.5.º da Lei n.º41/98). Para além da caducidade da Lei da Autorização estávamos perante uma inconstitucionalidade orgânica visto que o Órgão, neste caso o Governo não tinha competência legislativa para aprovar a LGT. (pág.83) Nuno Sá Gomes « Os Benefícios Fiscais na LGT e na Legislação Complementar » (1999)

Por este motivo após 6 meses, a regra geral antiabuso foi transferida para a LGT, através da Lei nº100/99 de 26 de Julho, como art.38º nº2 da LGT com a mesma redação suprarreferida.

Esta transposição foi criticada pela Doutrina, visto que a mesma continha a «ineficácia civil e não apenas a fiscal» quando refere «são ineficazes os atos e negócios jurídicos (...)». Tendo sido o motivo pelo qual a sua redação foi alterada pela Reforma Fiscal de Dezembro de 2000 (Lei nº30-G/2000) passando a constar « São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.».

O art.38º da LGT com a epígrafe «Ineficácia dos atos jurídicos» no seu número 2 foi alterado recentemente pela lei nº32/2019 de 3 de Maio respeitando, desta forma, o previsto na Diretiva ATAD 1 no seu art.6º (Disposição AntiAbuso).

O art.63º do CPPT diz-nos como a AT deve proceder na aplicabilidade da CGAA, notadamente no seu número 3, contendo a informação necessária para a sua aplicação sendo que a alínea a.) e b.) prevê uma “demonstração negativa”, isto é, a montagem ou série montagens que foram realizadas sem substância económica válida e que tenham como principal ou um dos principais motivos a obtenção da vantagem fiscal e a “demonstração positiva” encontra-se contemplada na alínea c.) e d.) que passa por identificar os atos ou negócios que correspondam à realidade económica e quais as normas de incidência que se aplicam a estas, demonstrando sobre a quem recai (sujeito passivo) a obrigação de efetuar a retenção na fonte da montagem ou série de montagens, quando aplicável.

O prazo de 3 anos, presente no caso Jerónimo Martins (como veremos mais à frente) do nº3 art.63º do CPPT da redação Lei nº64-A/2008 de 31 de Dezembro foi alterado pela Lei nº64-B/2011 de 30 de Dezembro, deixando de existir prazo especial de caducidade para abrir o procedimento do referido nº1 do art.63º do CPPT que nos dizia «a liquidação dos tributos com base em quaisquer disposições antiabuso depende de abertura», «no prazo de três anos a contar do início do ano civil seguinte ao da realização do negócio jurídico objecto das disposições anti-abuso.».

2.4.1. A evolução na aplicação da CGAA

A versão anterior à Lei n.º32/2019 de 3 de Maio, no seu art.38.º n.º2 da LGT, referia que «eram ineficazes os atos ou negócios jurídicos (...) dirigidos por meios artificiosos ou fraudulentos (...)», sendo substituído por «as construções ou série de construções (...) realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam genuínas (...) são desconsideradas para efeitos tributários (...)».

A anterior norma tinha sido alterada pela lei n.º30-G/2000 que nos fala da Reforma da Tributação do Rendimento englobando regras que tinham por finalidade o combate à evasão e à fraude fiscal (sentidos amplos), alterando o CIRC e a LGT, entre outros.

Na aplicação desta cláusula tinha de se ter dois pressupostos, segundo Calvão da Silva (2006), a intenção Fiscal por parte do contribuinte e a utilização de formas jurídicas que não são consideradas adequadas ou que são vistas como abusivas para desta forma se alcançar uma vantagem fiscal indevida.⁶⁷

Na aplicação da CGAA, a Doutora Marta Caldas refere que o Professor Doutor Gustavo Courinha também defende que na sua aplicação, temos de ter presente 4 elementos (meio, resultado, intelectual e normativo) que nos levam ao quinto elemento o “sancionatório” que é a ineficácia ou desconsideração.⁶⁸ (pág.64 Caldas; 2015).

⁶⁷ 4. Cláusula Geral Antiabuso (b.) Pressupostos.

⁶⁸ Também presente no Acórdão do TCA do Norte. Proc. 00917/13.3BECBR

3.2. DE DIREITO

(...) A CGAA é efetivada pelo o extenso do artigo 63.º do CPPT « que contém um conjunto disposições que concretizam os parâmetros conformadores do procedimento de aplicação das disposições antiabuso, apontando-se os seguintes elementos »

- o **elemento meio**, que diz respeito à via livremente escolhida - acto ou negócio jurídico, isolado ou parte de uma estrutura de actos ou negócios jurídicos, sequenciais, lógicos e planeados, organizados de modo unitário – pelo contribuinte para obter o desejado ganho ou vantagem fiscal;

- o **elemento resultado**, que tem a ver com a obtenção de uma vantagem fiscal, em virtude da escolha daquele meio, quando comparada com a carga tributária que resultaria da prática dos actos ou negócios jurídicos «normais» e de efeito económico equivalente;

- o **elemento intelectual**, que exige que a escolha daquele meio seja «essencial ou principalmente dirigid[a] [...] à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos» (artigo 38.º, n.º 2 da LGT), ou seja, que exige não a mera verificação de uma vantagem fiscal, mas antes que se afira, objectivamente, se o contribuinte «pretende um acto, um negócio ou uma dada estrutura, apenas ou essencialmente, pelas prevaletentes vantagens fiscais que lhe proporcionam»;

- o **elemento normativo**, que «tem por sua função primordial distinguir os casos de elisão fiscal dos casos de poupança fiscal legítima, em consideração dos princípios de Direito Fiscal, sendo que só nos casos em que se demonstre uma intenção legal contrária ou não legitimadora do resultado obtido se pode falar naquela»;

- e, por fim, o **elemento sancionatório**, que, pressupondo a verificação cumulativa dos restantes elementos, conduz à sanção de ineficácia, no exclusivo âmbito tributário, dos actos ou negócios jurídicos tidos por

O Professor Doutor Vasco Branco Guimarães defende que temos contemplados 3 elementos ou pressupostos (a vontade, o método e o fim). Estes elementos vão ao encontro dos cinco suprarreferidos, mas são expostos de forma mais simplificada e compacta tendo previsto no primeiro o pressuposto intelectual, no segundo o elemento meio e por último temos presente o resultado, o normativo e a sanção.

A falta de substância económica real da operação deve ser demonstrada pela Administração Fiscal, através de prova com a intenção «*preponderante ou exclusivamente fiscal*» do contribuinte. A este teste damos o nome de «*business purpose test*» quando não existe motivos económicos válidos para a realização dos atos ou negócios jurídicos. (Silva; 2006)⁶⁹

A utilização de formas impróprias ou abusivas que tenham como objetivo certos fins económicos, tal como o benefício fiscal, surgem como limite à «*liberdade contratual e à autonomia privada*», o que permite o uso da CGAA. (Silva; 2006)⁷⁰

Pretende-se, com as cláusulas antiabuso, o alcance do princípio da igualdade tributária (art.13º da CRP) e a justiça na distribuição dos encargos tributários (arts. 103º e 104º da CRP). Para a verificação destes pressupostos tem de se satisfazer o respeito pelas garantias dos contribuintes na criação e aplicação das medidas antiabuso.

A questão de se determinar se algum expediente é puramente artificial é atribuída aos tribunais domésticos mesmo quando se recorre ao Direito da UE. Neste caso o TJUE dá o seu posicionamento, mas cabe ao tribunal nacional decidir se está de acordo ou não.⁷¹

2.4.2. A jurisprudência sobre a matéria

Relativamente a jurisprudência portuguesa, temos presente no acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte Proc. 00917/13.3BECBR de 18/10/2018 a aplicação da norma geral antiabuso do art.38 n.º2 da LGT juntamente com outra norma específica antiabuso (também conhecida como cláusula sectorial/especial antiabuso) do art.73º n.º10 do CIRC (esta por remissão do art.10º n.º9 - b.) do CIRS).

abusivos, «efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas» (parte final do artigo 38.º, n.º 2, da LGT).

⁶⁹ (b.) Pressupostos.

⁷⁰ (b.) Pressupostos.

⁷¹ (Acórdão Jeronimo Martins « *No que tange a falta de fundamentação... »*)

Neste caso temos presente uma transformação de cinco sociedades «*por quotas*», em sociedades anónimas e a sua posterior transmissão através da permuta de ações. Na qual a AT diz que é baseado num ato de planeamento fiscal ilícito, procedendo desta forma a aplicação da CGAA, incluído a norma sectorial/especial prevista no art.73º n.º10 (regime de neutralidade fiscal especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais).

Na opinião da AT estas transformações foram apenas realizadas com a intenção de se evitar a tributação das mais valias daí resultantes.

Como já referimos, o planeamento fiscal lícito é permitido e a norma do art.38º n.º2 da LGT não pode ir contra os princípios constitucionais, nomeadamente o art.103º da CRP que defende «*a liberdade de opção quanto às formas de gestão empresarial visando a obtenção de vantagens fiscais possíveis*», tal como os arts. 61º, 80º-c.) e 86º da CRP que preveem que «*a liberdade de gestão fiscal tem a sua expressão nas liberdades de iniciativa económica*».

Para estarmos perante um abuso de direito, temos de se ter em conta dois pressupostos, por um lado, se estamos perante uma montagem fictícia e, por outro, se essa montagem tem essencial ou principalmente a intenção de se obter de uma vantagem fiscal.

Neste acórdão e segundo a apreciação do TCA ocorreu tudo de forma lícita, nomeadamente, quando refere o exposto pelo Prof. Saldanha Sanches, «*... se o legislador ao mesmo tempo que tributa mais valias das alienações por quotas, deixa por tributar as mais valias de ações ou as tributa com uma taxa mais reduzida, não pode deixar de aceitar fiscalmente a transformação de uma sociedade comercial em sociedade por ações mesmo que a transformação [...] seja motivada por razões exclusivamente fiscais*»⁷².

⁷² Ponto « 3.2. Direito » do Acórdão do TCA do Norte Proc. 00917/13.3BECBR de 18/10/2018.

«Tal remete para uma resenha da evolução legislativa nesta matéria, onde é sabido que na redacção inicial do CIRS, previa-se já a tributação em IRS das mais-valias obtidas com a «alienação onerosa de partes sociais» (artigo 10.º, n.º 1, alínea b), na redacção do Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro), mas excluía-se as mais-valias provenientes da alienação de «ações detidas pelo seu titular durante mais de 24 meses» (artigo 10.º, n.º 2, alínea c)), limite temporal este que tinha como objectivo evidente afastar a exclusão da tributação relativamente a mais-valias especulativas. Com a Lei n.º 30-B/92, de 28 de Dezembro, esta alínea c) do n.º 2 do artigo 10.º passou a excluir da tributação as «ações detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses», aumentando, assim, o âmbito da não tributação da alienação de ações, ou, doutra perspectiva, a restrição do conceito de mais-valias especulativas.»

A AT disse que a transformação das sociedades em quotas por sociedades anónimas e a sua posterior transmissão em permutas de partes sociais foi realizada com o intuito de não pagar as mais valias, normalmente devidas,

A CGAA não se enquadra neste caso porque não existe um ato que possa ser considerado como «*dirigido essencial ou primacialmente na obtenção de vantagens fiscais*». Como podemos verificar neste caso, a criação da sociedade anónima teve intenções reais e corresponde às características e potencialidades que lhes são implícitas, não tendo sido utilizado qualquer meio artificioso na obtenção das vantagens fiscais.⁷³

Segundo este acórdão, a norma especial do art. 73º nº 10 do Código do IRC encontra semelhanças à estrutura da cláusula geral antiabuso, contudo esta norma específica cinge-se ao regime da neutralidade fiscal. A AT deve, por esta razão, proceder a um «*exercício analítico contextual dos contornos das operações*», com o intuito de se determinar se estão preenchidos os pressupostos necessários para o estabelecimento da presunção dos possíveis abusos e visto que foi provado que existem razões económicas para estas transformações, esta norma especial não pode ser empregue.⁷⁴

Concluindo-se desta forma que a CGAA e a cláusula específica do regime de neutralidade fiscal foram mal empregues.

Na análise do acórdão do TCA Sul Processo nº 04255/10 (Casos Jerónimo Martins⁷⁵), estávamos perante uma sucessão de atos/negócios coordenados em momentos diferentes que tinham sempre o mesmo objetivo, a obtenção de uma vantagem fiscal. O princípio mais adequado na verificação deste tipo de prática é o «*step transaction doctrine*». (Ponto VIII + IX TCA Sul Proc. nº 04255/10)

«*Sendo que a afirmação do interesse público em não tributar as mais-valias não especulativas derivadas da detenção de acções foi, conscientemente, considerado superior ao da arrecadação das receitas que a tributação podia gerar e que esta afirmação foi efectuada já depois da Lei Geral Tributária ter previsto a cláusula geral antiabuso, no seu artigo 38º nº 2.* »

⁷³ Ponto « 3.2. Direito » do Acórdão do TCA do Norte Proc. 00917/13.3BECBR de 18/10/2018.

⁷⁴ Ponto « 3.2. Direito » do Acórdão do TCA do Norte Proc. 00917/13.3BECBR de 18/10/2018.

«*Nesta medida, e mais uma vez, a afirmação linear da AT, ou melhor, a sua convicção de que as operações realizadas, no seu conjunto, são abusivas está claramente posta em crise, fazendo mais sentido a posição da Recorrida quando estabelece a conexão entre o facto de a maioria do capital da SGPS ser da família do sujeito passivo e o objectivo de criar um Grupo económico em que a SGPS era a detentora do capital das sociedades participadas, mas onde os sócios das participadas adquiriam as mesmas participações no seio da SGPS, ou seja, existem razões económicas quer para a transformação quer para a entrada das participações no capital da SGPS.* »

⁷⁵ Ao contrário do que alguma doutrina defende e nós mesmos, este caso equipara evasão e elisão fiscal, dizendo que se traduzem em atos lícitos que a lei fiscal qualifica como não sendo conformes a substância da realidade económica, sendo caracterizados como abusivos ou «*extra legem*». A nosso ver, apenas a elisão fiscal tem esta definição, uma vez que a evasão na nossa opinião é tida como «*contra legem*». (Ponto IV). Neste processo definem fraude fiscal como «*contra legem*», sendo certo que a mesma no seu sentido estrito está contemplada a no art.103º e 104º no RGIT.

No caso Jerónimo Martins estamos perante um recurso dirigido ao TCA do Sul apresentado pela sociedade “A” SGPS, SA. sendo esta a recorrente e a recorrida a Administração Tributária.

Constitui objeto deste recurso a análise da aplicação, por parte da AT das disposições antiabuso (art.38º nº2 da LGT e art.63º do CPPT) para efeitos da determinação da matéria coletável de IRC referente aos anos 2000,2001 e 2002.

O tribunal começou por analisar a caducidade⁷⁶ especial, presente no art.63º nº3 do CPPT (de 3 anos, que já não está em vigor nos dias de hoje) deduzida por “A”, algo que a AT contestou. (Ponto 2.2 TCA Sul Proc. nº 04255/10)

A questão centrava-se em saber a partir de quando se começava a contar estes 3 anos da caducidade especial, se era a partir de 1995 a 1997 (como defendia A) ou a partir dos anos 2000 a 2002 como defendia a AT.

Diante deste esquema complexo, encontrava-se os eventos preparatórios nos anos que alegava “A” com um desencadear de características complementares, na qual apenas com a sua visão global da situação, isto nos anos 2000 a 2002 (quando “A” deduziu os montantes como dividendos e não como juros) conseguiu-se detetar o seu efeito elidido. Esta forma de testar a elisão fiscal dá-se o nome de «*step by step transaction*», ou seja, estávamos perante a análise de uma sucessão de atos/negócios jurídicos decorridos em momentos temporais diferentes, porém com o mesmo objetivo, o de obter uma vantagem fiscal.

Como se verifica no acórdão, este tipo de montagem tinha de ser analisada como uma única operação, a qual se dá o nome de «*step transaction doctrine*». Sendo esta a razão pela qual não se podia alegar a caducidade do artigo art.63º nº3 do CPPT, procedendo-se a aplicação da CGAA ao momento decisivo final que era apresentado.⁷⁷ A caducidade especial foi considerada improcedente por este motivo. (1º Parágrafo (texto) do ponto 2.2 Proc. nº 04255/10)

Quanto à ilegalidade por má fé, alegada igualmente pelo contribuinte (“A”) contra a AT, apenas pode ser aceite quando seja demonstrado objetiva e subjetivamente tal situação o que

⁷⁶ A caducidade justifica-se por razões de segurança jurídica.

⁷⁷ (na receção de acréscimos patrimoniais como dividendos dedutíveis em vez juros, presente no art.46º do CIRC da redacção da Lei 32-B /2002 de 30 de Dezembro que dizia o seguinte: «Na determinação do lucro tributável das sociedades (...) em território português (...) são deduzidos os rendimentos, incluídos na base tributável, correspondentes a lucros distribuídos, »). (1º Parágrafo (texto) do ponto 2.2)

não aconteceu, não tendo sido demonstrado qualquer desproporcionalidade na conduta da AT. Por este motivo, foi também considerado improcedente. (2º parágrafo (texto) do ponto 2.2 Proc. nº 04255/10)

Passaremos a exposição da análise sobre o facto de o contribuinte afirmar que não se verificaram os pressupostos (ou elementos) na aplicação da CGAA, como previsto no art.38º nº2 da LGT. Podemos dizer que a previsão da norma em análise contém 4º elementos na sua aplicação e um 5º elemento como consequência que são os seguintes:

O elemento meio (faz referência à forma utilizada), onde temos os empréstimos realizados por «A» às outras empresas pertencentes do Grupo, através da “PSQ” de forma pré-planeada (explícito no acórdão no nº4 da alínea c.) à p.) da matéria de facto provada do Proc. nº 04255/10⁷⁸). Os Gerentes da “PSQ” faziam parte integrante do Grupo Jerónimo Martins,

⁷⁸ Número 4 da matéria de facto provada da alínea c.) à p.):

A « PSQ » é uma Sociedade de Investimento Mobiliário e Imobiliário que está sediada na ZFM, isenta de IRC que era detida à 89% pela sociedade « A » e o restante pela « Jeronimo Martins ».

Em 1995 « A » transferiu 13.356.766,21€ para a Sociedade « PSQ », montante que voltou a ser transferido para a Eurocash (uma Holding sediada na Holanda).

A Eurocash é uma sociedade incorporada pela « TAND BV », esta última também sediada na Holanda e detida a 99,99% pela sociedade « A », tendo esta assumido a responsabilidade dos empréstimos contraídos pela « Eurocash » junto da Sociedade « PSQ ».

A sociedade « A » em 1996 através de 18 atos específicos, transferiu o montante global de 21.169.583,30€ para a « PSQ » a título de prestações suplementares de capital, sendo que no mesmo ano a « PSQ » transferiu esse mesmo valor para a « Eurocash ».

No ano de 1997 « A » através de 20 transferências bancárias remeteu 48.412.835,82€ para a « PSQ » tendo este montante sido transferido novamente para a « Eurocash ».

A empresa « Hermes » também sediada na ZFM, como sociedade Mobiliaria e Imobiliária era detida a 100% pela Jeronimo Martins. Tinha contrato mútuo com « TAND BV » e efectuou empréstimos em 1997 à « TAND BV » num valor de 110.238.146,82€ acrescidos de juros com um montante de 5.371.345,71€.

A Hermes nesse mesmo ano cedeu à « PSQ » mediante celebração de contrato de cedência de posição contratual todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato mútuo celebrado com a « TAND BV ».

Ainda em 1997 « A » transferiu para « PSQ » 115.611.376,58€ como « prestações suplementares de capital » montante que voltou a ser transferido para a « Hermes ».

« A » transferiu 119.519.158,83€ à « PSQ » montante que foi emprestado à sociedade « Mont Blanc », empresa sediada na Channel Island (regidas pelas leis de Jersey) considerada sociedade não residente. Este empréstimo foi realizado através da celebração de um contrato de empréstimo obrigacionista por 10 anos com uma taxa de juro anual de 6,442%.

A « PSQ » obteve proveitos deste vencimento, nomeadamente 12.888.237,98€ em 2000, 12.853.024,22€ em 2001 e 12.853.024,22€ em 2002.

No ano 2000 « A » realizou 11 transferências de capital no montante total de 73.923.344,74€ para a « PSQ ». Por sua vez a « PSQ » transferiu para « TAND BV » o valor de 73.908.840,20€.

EM 2001 e 2002 dão-se movimentos de reembolso dos capitais mutuados da « TAND BV » para a « PSQ » e desta para « A ». Empréstimos gerados por « PSQ » que foram direta ou indiretamente efectuados pela

permitindo-lhes tomar decisões oportunas sobre os empréstimos a conceber para minimizar a carga fiscal. Desta forma verificou-se o primeiro pressuposto.

O elemento resultado (visa a vantagem fiscal como fim) verifica-se quando a “PSQ” sediada na ZFM e isenta de IRC efetua empréstimos a terceiros e beneficia do acréscimo patrimonial enquanto dividendos dedutíveis (art.46º do CIRC - Eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, atual art.51º do CIRC), em vez de juros sucessíveis de tributação da sociedade “A” (art.20º nº1 - c.) do CIRC). (provado na matéria de facto nº4 alínea s.) Proc. nº 04255/10⁷⁹)

O elemento intelectual (no qual se encontra a motivação fiscal do contribuinte), já provado no elemento meio - quando “A” utilizou a “PSQ” para conceber empréstimos a outras empresas sem tributação de IRC - convertendo os juros em dividendos dedutíveis, ao abrigo do atual art.51º do CIRC.

O elemento normativo (o contribuinte atua com manifesto abuso das formas jurídicas), o comportamento da sociedade “A” foi antijurídico, desde logo porque a única atividade económica que a “PSQ” desenvolveu na ZFM consistiu na aplicação de prestações suplementares à sociedade “A”, para proceder à posterior transferências mediante empréstimos a terceiros (matéria de facto provada nº4 alínea x.) Proc. nº 04255/10⁸⁰).

Na estatuição da norma encontra-se o quinto elemento, considerado como o sancionatório (nem toda a doutrina concorda sobre o facto da ineficácia ou desconsideração serem consideradas uma sanção, como não estamos perante atos ilegais nem perante qualquer invalidade não se poderá dizer que há sanção, mas antes uma consequência) que se traduz na ineficácia ou desconsideração dos atos ou negócios jurídicos. Para se aplicar este quinto elemento tem de se verificar os outros quatro, como foi supramencionado.

« Hermes » à « Eurocash » e à « TAND BV » e renderam de juros à « PSQ » num valor de 13.088.349,41€ em 2000 e 13.050.313,26€ em 2001 e 6.594.906,17€ em 2002.

⁷⁹ « s) mais concretamente, a recepção dos acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis ao abrigo do artº.46, do C.I.R.C., em vez de juros susceptíveis de tributação em sede de lucro tributável da A. nos termos do artº.20, nº.1,al.c), do C.I.R.C.; »

⁸⁰ « x) que a única actividade registada contabilisticamente pela empresa "PSQ" consiste na aplicação das prestações suplementares que recebe da A., não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objecto social de prestação de serviços nas áreas contabilística e económica, da elaboração de estudos económicos e de análise, da consultoria nas referidas áreas, da gestão da carteira de títulos próprios, e da compra de imóveis para revenda, nem registando quaisquer custos com despesas de pessoal afecto à empresa (cfr. documento que constitui o anexo XI ao relatório e que se encontra a fls.54 do processo administrativo apenso); »

Relativamente ao facto da interpretação do art.38º nº2 ser inconstitucional (nomeadamente quanto à violação constitucional do art.103º da CRP), ao contrário do que afirmou o contribuinte “A”, a liberdade de opção empresarial⁸¹ tem limites como consta do art.18º nº2 da CRP⁸².

O Estado tem como justificação o correto funcionamento dos mercados, através do princípio da neutralidade fiscal, presente no art.81º-f) da CRP⁸³ podendo reprimir qualquer abuso por parte dos contribuintes de forma a garantir uma concorrência sã do mercado.

Posto isto verificamos que segundo o tribunal foi improcedente a inconstitucionalidade alegada por “A”.

Concordamos com esta decisão, nomeadamente, quanto ao facto de não se ter aplicado a então revogada “caducidade especial” (presente no antigo art.63ºnº3 do CPPT), uma vez que se utilizou o princípio de verificação «*step transaction doctrine*» que nos diz que as operações devem ser vista como um todo, ou seja, apesar de terem começado entre 1995 a 1997, o efeito elidido apenas se dá em 2000 a 2002, quando a sociedade deduz os montantes como dividendos em vez de juros tributáveis.

Relativamente à aplicação da CGAA do art.38º nº2 da LGT, achamos que foi bem empregue, uma vez que se verificou os quatro elementos necessários para aplicação do quinto elemento: a desconsideração dos atos/negócio jurídico.

O elemento meio verificou-se nos empréstimos realizados entre empresas com relações especiais. O elemento resultado confirma-se quando uma das sociedades sediadas na ZFM (isenta de IRC) efetua empréstimos a terceiros do grupo, beneficiando de acréscimos patrimoniais através de dividendos dedutíveis. O elemento intelectual, ou seja, a motivação do contribuinte está provada nos dois primeiros elementos e como quarto elemento temos o

⁸¹ A liberdade de gestão fiscal, tem a sua expressão nas liberdades de iniciativa económica e empresarial, presente nos arts. 61º; 80º - c.) e 86º da CRP.

art.80º -c) da CRP « *A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: (...) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; ».*

⁸² art.18º nº2. « *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. »*

⁸³ « art.81º *Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:*

f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; »

normativo presente no abuso às normas fiscais, provado no comportamento antijurídico do contribuinte “A” ao criar a “PSQ” com o único intuito de conceber empréstimos a entidades do grupo.

Capítulo III - A Diretiva Europeia sobre a Elisão Fiscal

3.1. A Tributação à saída «Exit Tax»

O «Exit tax» encontra-se previsto, a nível da tributação das empresas, no nosso ordenamento jurídico no art.83º e art.84º do Código do IRC e a nível do Direito da UE no art.5º da Diretiva Antielisão.

As regras de tributação à saída surgiram em território nacional no orçamento de Estado de 2006, aditado pelo art.64º com a epígrafe «*Transposição da Diretiva n.º 2005/19/CE*⁸⁴, do Conselho, de 17 de Fevereiro» do Cap. XII titulado de «*Harmonização Fiscal Comunitária*» da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro.

No número 2 deste artigo citado, temos presente a Subsecção V-A que introduziu o art.76º-A (corresponde ao art.83º, com as suas devidas alterações) referente à transferência de residência, o art.76º-B (que corresponde hoje ao art.84º do CIRC) relativo à cessação da atividade do EE e o art. 76º-C (antigo art.85º do CIRC) sobre as regras aplicáveis aos sócios em caso de transferência de sede ou direção efetiva da sociedade.⁸⁵

⁸⁴ Como presente no parágrafo 3 da Diretiva nº2005/19/CE, um dos objetivos da precedente Diretiva (90/434/CEE) era **eliminar os obstáculos ao funcionamento do mercado interno**, como a dupla tributação. E visto que a anterior Diretiva não atingiu esse objetivo de forma absoluta, devem os EM tomar as necessárias medidas para alcançar o bom funcionamento do mercado único. No parágrafo 6 defende que «*A transferência da sede de uma sociedade constitui um modo de exercer a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 43.o e 48.o do Tratado. (...) A decisão da sociedade proceder a uma reorganização das suas actividades transferindo a sua sede, não deverá ser entravada por normas fiscais discriminatórias ou por outras restrições, desvantagens ou distorções resultantes de legislações fiscais nacionais contrárias ao direito comunitário. A transferência da sede de uma SE (Sociedade Europeia, ponto 5 da Diretiva) ou SCE (Sociedade Cooperativa Europeia, ponto 5 da Diretiva) de um Estado-Membro para outro nem sempre implica que a SE ou a SCE deixe de ter residência fiscal no primeiro Estado-Membro. A residência fiscal da SE ou da SCE continua a ser determinada pela legislação nacional e pelas convenções fiscais.*» E ainda no parágrafo 7, «*A transferência da sede de uma empresa, ou um acontecimento conexo, que implique a mudança de residência fiscal, poderá dar lugar a tributação no Estado-Membro de onde a sede é transferida. A tributação poderá também ocorrer no caso de a transferência da sede, ou um acontecimento conexo, não implicar uma mudança de residência fiscal. (...) No caso em que, após a transferência da sede, os activos da SE ou da SCE permaneçam efectivamente afectos a um estabelecimento estável pertencente à SE ou à SCE e situado no Estado-Membro de onde a sede foi transferida, o referido estabelecimento estável deverá poder beneficiar de vantagens similares às previstas nos artigos 4.o, 5.o e 6.o da Directiva 90/434/CEE. Esses artigos referem-se às provisões e reservas isentas de imposto e à assunção dos prejuízos. Além disso, de acordo com os princípios do Tratado, convém excluir a tributação dos sócios aquando da transferência da sede. Atendendo a que os Estados- -Membros são obrigados, por força do disposto no Tratado, a tomar todas as medidas necessárias para abolir a dupla tributação, não é necessário estabelecer, nesta fase, regras comuns sobre a residência fiscal da SE ou da SCE.*»

⁸⁵ O DL nº 159/2009 de 13 de julho procedeu à remuneração dos artigos do CIRC. Os artigos correspondentes passaram para o art.83º; 84º e 85º do CIRC. Este último artigo (regime aplicável aos sócios) foi revogado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que republicou o CIRC.

Como nos diz Clotilde Celorico Palma, foi na sequência do Caso «*National Grids*»⁸⁶ que o TJUE considerou que o regime violava a liberdade de estabelecimento, visto penalizar sociedades que desejavam mudar a sua residência fiscal (pág.142 Palma; 2015).

Tal como aconteceu neste acórdão referido, a Comissão Europeia disse que Portugal poderia estar numa situação de restrição à liberdade de estabelecimento pela sua discriminação arbitrária. (p.7 do Processo C-38/10 Comissão Vs. Portugal)

Neste Caso, a República Portuguesa tratava desfavoravelmente as sociedades que transferiam a sua residência para outro EM, comparativamente com aquelas que em situação semelhante, permaneciam em território nacional (sendo apenas tributadas pelas mais-valias realizadas). (p.22 do Processo C-38/10)

Segundo o TJUE, mesmo que esta norma tenha sido criada com o intuito de se garantir uma repartição justa e equilibrada do poder de tributação entre Estados Membros, não se pode exigir uma tributação imediata do imposto. (p. 32 do Proc. C-38/10)

A exigência imediata do imposto ultrapassa o necessário para atingir o objetivo pretendido, o que constitui um desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, o TJUE apoiou-se na decisão do acórdão «*National Grids Indus*» e considerou que seria necessário oferecer às sociedades a opção de efetuar o pagamento imediato ou diferido.

O TJUE deu razão à Comissão quanto às acusações feitas aos artigos 76º-A e 76º-B do CIRC (com exceção da alínea a.) do art.76º-B)⁸⁷, na parte em que estes, «*comportam entraves à*

⁸⁶ Parágrafo 2 « *Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a National Grid Indus BV (a seguir «National Grid Indus»), sociedade de direito neerlandês com sede social nos Países Baixos, ao Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rot terdam (inspector do serviço de finanças de Rijnmond/secção de Roterdão, a seguir «inspector»), a propósito da tributação das mais-valias latentes atinentes aos activos da referida sociedade, quando da transferência da sede da sua direcção efectiva para o Reino Unido.» No processo C-371/10 TJUE .*

⁸⁷ Relativamente à **alínea a) do art.76º-B CIRC** que previa a tributação numa **situação de cessação da atividade económica** de uma empresa em Portugal, prevista no art.43º do CIRC (atual art.46º do CIRC), não se considerava que violava a liberdade de estabelecimento, porque tinha implícito a tributação pela cessação da atividade e “*não de uma transferência da totalidade das atividades de um estabelecimento estável português para outro*”, como presente no Parágrafo 30 do Proc C-38/10: « *Na medida em que o artigo 76.o-B, alínea a), do CIRC prevê que se procede a tributação numa situação em que a cessação da atividade em território português é a consequência, não de uma transferência da totalidade das atividades de um estabelecimento estável português para outro Estado-Membro mas da cessação da atividade económica em causa pela sociedade, importa, à luz do artigo 43.o do CIRC, concluir que tal disparidade de tratamento entre uma situação abrangida pelo artigo 49.o TFUE e uma situação puramente interna não se verifica. Com efeito, como salientou a República Portuguesa, o referido artigo 43.o do CIRC prevê a tributação de uma sociedade portuguesa pelas mais-valias não realizadas relativas aos ativos desafetados da atividade económica da referida sociedade. Nesta medida, não se verifica, portanto, uma restrição à liberdade de estabelecimento. »*

liberdade de estabelecimento», no caso de transferência de uma sociedade portuguesa (sede ou direção efetiva) para outro EM, bem como a transferência parcial ou total dos ativos de EE de uma sociedade não residente em Portugal. Uma sociedade situada em território português que pretendia mudar-se para outro EM ficava penalizada comparativamente a uma sociedade que em condições idênticas decidia manter as suas atividades em Portugal. (p. 27 do Proc. C-38/10)

A questão do art.76º-C do CIRC, relativa à tributação imediata dos sócios pelas mais valias não realizadas, não foi analisada neste acórdão porque, segundo o TJUE, a Comissão não fundamentou de forma suficiente o porquê da tributação dos sócios - oriunda da transferência de sede ou direção efetiva da sociedade para outro EM - constituir um entrave à liberdade de estabelecimento. (p.19 Proc C-38/10)

Desta forma a República Portuguesa alterou os art.76º-A e 76º-B do CIRC de forma a não serem discriminativos.

O artigo 76º-C que passou à 85º do CIRC foi suprimido através do orçamento de Estado de 2013, uma vez que a sua redação acabou por ser considerada discriminatória. Segundo o número 3⁸⁸ deste artigo revogado, se estivéssemos perante uma sociedade europeia ou uma sociedade cooperativa europeia, o disposto no número 1 (tributação dos sócios em caso de transferência de Sede ou Direção efetiva) poderia não ser aplicado, o que era visto como uma discriminação.

A Professora Doutora Clotilde Celorico Palma define «*Exit tax*» como uma «*medida interna destinada a proteger as receitas fiscais do Estado de residência penalizando a mudança de sede ou fenómeno análogo (...)*» considerando a técnica como uma «*muralha fiscal*» dos Estados. (pág.141 Palma;2015)

Diz-nos, relativamente ao Caso N da TJUE que se deu ano 2006 (Proc.470/04), que o facto dos Estados determinarem o valor do rendimento sobre o qual pretendem perseverar o seu direito de tributar não constitui um entrave às liberdades previstas nos Tratados da União Europeia desde que a exigência de tal imposto não seja imediata.

⁸⁸ Art. 76º-C n.º3 do CIRC: «*A transferência de sede de uma sociedade europeia ou de sociedade cooperativa europeia não implica, por si mesma, a aplicação do disposto no n.º 1.* » Versão anterior à 2013.

No caso «National Grids» de 2012, o TJUE considerou que o regime violava o princípio da liberdade de estabelecimento, tal como acontece no primeiro acórdão referido, visto penalizar as empresas que pretendiam mudar o seu domicílio fiscal para outro EM, ao impor um tratamento mais gravoso que o concebido às empresas que permaneciam domiciliadas no seu país ou quando transferiam os seus ativos internamente.⁸⁹ (pág.142 Palma; 2015)

Segundo o Doutor João Menezes Leitão, os artigos 7º e 13º da Convenção Modelo da OCDE serviram de apoio à decisão por parte do TJUE, uma vez que têm presente que a tributação dos lucros e mais valias imobiliárias são da exclusividade dos Estados de residência.⁹⁰ Como até à data da cessação, isto é, da transferência de residência da sociedade ou apenas da transferência de ativos, considera-se que a residência é do primeiro EM, cabe ao «EM de partida ou saída» a exclusividade de tributar o valor atribuído até a ocorrência de umas das formas referidas.

Considera-se a regra do «Exit Tax» sobre a tributação das mais valias latentes uma exceção que pretende proteger a soberania fiscal dos EM. Contudo, segundo João Menezes Leitão, há uma distinção importante na aplicação das normas dos «Exit taxes» por parte do Estado, visto haver Estados que aplicam estas medidas para proteger a sua soberania e outros com a justificação de quererem bloquear quaisquer práticas evasivas/elisivas .

Como já referimos um dos entraves à liberdade de estabelecimento presente nos acórdãos do TJUE sobre a tributação à saída é a exigência imediata do imposto, a mesma vai contra o princípio da proporcionalidade, isto é, vai para além do que é necessário para atingir o objetivo pretendido, sendo certo que o do sujeito passivo tem a possibilidade de optar, pelo menos, pelo pagamento desfasado, acompanhado de juros e encargos.⁹¹

⁸⁹ No caso National Grids « (...) uma legislação nacional que oferece, à sociedade que transfere a sede da sua direcção efectiva para outro Estado-Membro, a **opção entre**, por um lado, **o pagamento imediato do montante do imposto**, que gera uma desvantagem em matéria de tesouraria para essa sociedade, mas a dispensa de ulteriores encargos administrativos, e, por outro, **o pagamento diferido do montante do referido imposto, acrescido**, se for caso disso, **de juros segundo a legislação nacional aplicável**, pagamento esse que é necessariamente **acompanhado de um encargo administrativo para a sociedade em causa**, associado ao seguimento dos activos transferidos, constitui uma medida que, simultaneamente, é adequada a garantir a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e é menos lesiva da liberdade de estabelecimento do que a cobrança imediata do referido imposto.» do Processo C-371/10.

⁹⁰ (“The National Grid Indus Case: Exits to Exit Taxes on Companies within the EU”, Dr. João Menezes Leitão (Agent at the ECJ, Representing the Portuguese Government).

⁹¹ Referido por David Jervis Netherlands/National Grid Indus Exit taxes and Europe - *where are we now?* Eversheds Sutherland (International) LLP.

E também pela Comissão Europeia, no seu comunicado de 2006 sobre o “Exit Tax”,

Um caso que foi considerado pelo TJUE, como proporcional, não causando entrave às liberdades do Tratado da UE, foi o acórdão relativo à sociedade Verder.⁹² Esta sociedade estava sediada na Alemanha e dedicava-se à gestão do direito de patentes, marcas e modelos, procedendo a transferência desses direitos para um EE na Holanda. O sistema fiscal Alemão decidiu tributar as mais valias latentes de forma desfasada (mediante a imputação do imposto à saída por um período de 10 anos).⁹³

A jurisprudência⁹⁴ presente neste acórdão dizia que o valor dos ativos alienados ao «patrimônio de exploração da sociedade», com sede na Alemanha, deveriam ser avaliados nesse momento, sendo que a diferença «entre este valor e o valor contabilístico desses ativos aparecia no balanço no momento da transferência» com outra sociedade, dando origem às mais-valias latentes que eram adicionadas ao lucro anual corrente da sociedade em causa. (p. 5 Processo C-657/13)

Segundo a AT alemã, a avaliação feita aos ativos no momento da transferência deveriam respeitar o preço de mercado, ou seja, deveria respeitar o princípio da plena concorrência. (p. 6 Processo C-657/13)

A sociedade Verder LabTec recorreu da decisão da AT, afirmando que a mesma violava o princípio da proporcionalidade e ia contra a liberdade de estabelecimento prevista no art.49º do TFUE. (p. 23 Processo C-657/13)

*« Um Estado-Membro que deseje exercer os seus direitos fiscais sobre a diferença entre o valor contabilístico e o valor de mercado do activo no momento da transferência pode estabelecer o valor do rendimento sobre o qual pretende preservar a sua jurisdição fiscal, desde que tal não envolva a exigibilidade imediata do imposto nem outras condições associadas ao diferimento do seu pagamento. Porém, um diferimento incondicional deste tipo não constituirá necessariamente uma solução para as disparidades existentes entre os regimes fiscais dos Estados-Membros (ver ponto 3.2). »*3. TRIBUTAÇÃO À SAÍDA APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES 3.1. Implicações do acórdão de Lasteyrie para as sociedades COM(2006) 825 final

⁹² Processo C-657/13 “Verder LabTec GmbH & Co. KG contra Finanzamt Hilden”.

«Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Verder LabTec GmbH & Co. KG, com sede na Alemanha (a seguir «Verder LabTec»), ao Finanzamt Hilden (a seguir «Finanzamt») a propósito da tributação das mais-valias latentes referentes aos ativos dessa sociedade aquando da transferência dos mesmos para o seu estabelecimento estável situado em território neerlandês.»

⁹³ Processo C-657/13 «52: A este propósito, basta constatar que uma cobrança parcelada do imposto relativo às mais-valias latentes em cinco anuidades, em vez de uma cobrança imediata, foi considerada uma medida proporcionada para realizar esse objetivo (acórdão DMC, C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 64). Uma cobrança parcelada do imposto sobre as mais-valias latentes em dez anuidades, como a que está em causa no processo principal, só pode, por conseguinte, ser considerada como uma medida proporcionada para atingir o referido objetivo, como salientou o advogado-geral nos n.os 72 e 73 das suas conclusões.»

⁹⁴ (“jurisprudência do Bundesfinanzhof”, presente no acórdão).

Mas como nos diz o TJUE, segundo o princípio da territorialidade fiscal, um EM tem o direito de tributar as transferências de ativos para um EE situado noutro EM, relativamente às mais valias geradas no seu território, anteriormente à realização dessa transferência (p. 43 Proc. C-657/13).⁹⁵ Até aqui o Estado Alemão não tinha causado nenhum bloqueio às liberdades previstas nos tratados, nem relativamente a sua conduta.

Sobre a questão da cobrança do imposto, disse que se deveria dar a possibilidade de escolha entre o pagamento imediato ou diferido do imposto, acrescido de juros segundo a legislação nacional. (p. 49 Proc. C-657/13)

O TJUE disse que, se o Estado não procedesse à tributação da mais valia latente, poderia correr o risco do imposto nunca vir a ser cobrado com o passar do tempo (dupla não tributação). (p. 50 Proc.C-657/13)

Concluindo-se, por isso, que apesar de Verder Labtec alegar que esta medida era desproporcional, o TJUE não concordou.

A Comissão Europeia referiu, num Comunicado de 2006 sobre a tributação à saída, que o TJUE afirmou de igual forma que os Estados-Membros não podem sujeitar os contribuintes à obrigação de constituir garantias bancárias ou de designarem um representante fiscal que garanta a cobrança do crédito fiscal. Todavia é importante ter em conta que o direito da UE não impede um Estado-Membro de calcular o montante dos rendimentos sobre os quais pretende preservar o seu direito de tributação.⁹⁶

⁹⁵ «43 Por outro lado, de acordo com o princípio da territorialidade fiscal, um Estado-Membro tem, em caso de transferência de ativos para um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro, o direito de tributar, no momento da transferência, as mais-valias geradas no seu território anteriormente à referida transferência. **Semelhante medida visa, com efeito, prevenir situações suscetíveis de comprometer o direito do Estado-Membro de origem de exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território** (v., neste sentido, acórdão *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, n.os 45, 46 e jurisprudência referida).»

⁹⁶ « O Tribunal declarou igualmente que os Estados-Membros não podem sujeitar os contribuintes a exigências desproporcionadas, tais como a obrigação de constituir garantias bancárias ou de designar um representante fiscal garante da cobrança do crédito fiscal no momento da realização dos ativos no novo Estado-Membro de residência. (...) O direito comunitário não proíbe, no entanto, um Estado-Membro de calcular o montante dos rendimentos sobre os quais pretende preservar o seu direito de tributação, sob condição de que tal se não traduza numa cobrança imediata do imposto, que o diferimento do pagamento do imposto não seja associado a qualquer condição e que seja tida em conta toda e qualquer diminuição do valor dos activos após a transferência. Os Estados-Membros devem, portanto, prever um diferimento incondicional da cobrança até à realização efectiva dos activos. » Síntese Contexto da Tributação à saída e necessidade de coordenar as políticas fiscais dos Estados-Membros COM(2006) 825 final.

Em 2013, também a Holanda foi condenada pelo TJUE⁹⁷ pela aplicação de uma norma nacional sobre a tributação à saída. Esta regra ia contra o direito de estabelecimento da União Europeia, tal como nos casos precedentes, esta exigia um pagamento imediato da potencial mais valia.⁹⁸

Uma vez mais, o problema relativo ao direito de estabelecimento estava subjacente no tratamento diferenciado entre as potenciais mais valias dos residentes (neste caso da Holanda) que pretendiam transferir a sua residência para outro EM e as mais valias latentes dos residentes que não pretendiam transferir a sua sede. (p. 14 Proc. C-301/11).

Em Portugal, a regra da tributação das mais valias tem presente a tributação das mesmas quando sejam realizadas (art.46º nº1 do CIRC). Numa situação intragrupo, se estivermos perante uma cessação de atividade ou de transferência de ativos, “normalmente” a tributação da mais valia deveria ocorrer após a realização da mesma. Isto seria valorizar a regra existente, contudo como a transferência de ativos tem subjacente uma possível não tributação desses ativos - principalmente quando a transferência seja feita para países terceiros - dá-se a tributação (não imediata) ao montante de realização no momento da transferência, segundo os valores de mercado. O art.23º nº2 alínea l.) do CIRC prevê a dedução das menos valias para se apurar o lucro tributável, contudo nem todos os EM o preveem.

Antes da entrada em vigor da Diretiva ATAD 1⁹⁹ e da posterior alteração legislativa dos demais EM, as regras da tributação à saída constituíam um obstáculo ao direito de

⁹⁷ Jurisprudência ARRÊT DE LA COUR (septième chambre) - 31 janvier 2013 - Dans l’affaire C-301/11.

⁹⁸ Dans l’affaire C-301/11 : Paragraphe 6 «*Le 23 septembre 2008, la Commission a adressé au Royaume des Pays-Bas une mise en demeure dans laquelle elle attirait l’attention de cet État membre sur l’éventuelle incompatibilité avec l’article 49 TFUE de certaines dispositions de la législation fiscale néerlandaise relatives à l’imposition des plus-values non réalisées lors du transfert d’une entreprise ou lors du transfert du siège social statutaire ou réel d’une société dans un autre État membre.*»

⁹⁹ Em 2016, o «Exit tax» passou a constar da Diretiva ATAD 1 que teve como repercussão a obrigatoriedade da implementação desta regra (para aqueles que ainda não tinham e para os que tivessem, procederiam a sua alteração tal como previsto na Diretiva Antielisão), em todos os EM. Esta nova norma apresenta-se agora mais harmonizada, por forma a combater com eficiência este fenómeno da elisão fiscal. Visto que agora todos os EM efetivaram a norma da tributação à saída, normalmente esta já não causará um entrave a liberdade de estabelecimento na UE.

Contudo como já verificamos esta norma exige o pagamento da potencial da mais valia desfasado, ou seja, a pessoa coletiva não fica obrigada ao pagamento imediato do imposto (poderá se desejar proceder ao pagamento imediato do imposto, mas também terá a opção do pagamento em prestações e “sem garantias extras”), uma vez que tornava a medida desproporcional. *Síntese contexto da COM(2016) 682 final.*

estabelecimento. O facto dos EM terem adotado as regras de forma mais harmonizada faz com que não haja abuso desta liberdade, pelo simples facto que deixou de existir um tratamento discriminatório entre os EM.

Tal como foi afirmado, as regras unilaterais prejudicam o combate a práticas elisivas. A união neste caso faz a força.

Também se verificou que no combate a situações de abuso, os EM podem restringir o direito às liberdades previstas na UE, desde que as medidas sejam de interesse geral, servindo de justificação às faltas perante os Tratados.

3.1.1. Tributação à saída e a questão da Soberania Fiscal dos Estados

A tributação à saída é uma norma antiabuso que pretende proteger a soberania fiscal do Estado. Esta última «*corresponde a uma manifestação específica da soberania do Estado que lhe permite criar e implementar a sua própria política fiscal*»¹⁰⁰ por forma a exercer os seus poderes tributários em território nacional e internacional (neste caso quando tenha elementos de conexão relevantes com outro Estado), fazendo ainda parte da soberania tributária (que faz parte da soberania do Estado) a possibilidade de se negociar e celebrar CDT com outros países (pág. 205 e 206 Pereira, 2015).

A questão da limitação da soberania fiscal diz respeito a margem de liberdade que os Estados possuem relativamente ao seu âmbito de incidência devendo, primeiramente, definir quais são os elementos de conexão relevantes para o seu poder de tributação a nível internacional para de seguida definir «*os contornos de cada um dos elementos de conexão consagrados na lei interna*» e, por último, determinar qual a extensão do seu poder de tributar. (pág.206 Pereira; 2015)

Como nos diz Paula Rosado Pereira, o poder tributário de um Estado fundamenta-se na residência do titular dos rendimentos em apreço. Segundo este princípio, o Estado pode tributar os rendimentos dos seus residentes, através dos elementos de conexão pessoal ou subjetivo, em contraposição com o princípio da fonte que tem elementos de conexão reais ou objetivos. (págs. 222 - 225 Pereira; 2015)

¹⁰⁰ Como nos diz Paula Rosado Pereira: pág.205 (2015)

A residência¹⁰¹ aparece ligada ao princípio universalidade. Neste caso, o Estado tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes, tanto no seu território como no estrangeiro. Enquanto a fonte é vista como um elemento que revela uma ligação evidente com determinado território uma vez que está associado a uma atividade económica geradora de rendimento, sujeita a tributação. (págs. 222 - 225 Pereira; 2015)

Porém mesmo que a legitimidade da tributação seja, normalmente, entregue ao Estado de residência, não lhe dá por essa razão um direito exclusivo de tributação, tendo-se que conjugar com o poder cumulativo de tributar atribuído ao Estado de fonte. (pág.218 Pereira; 2015)

Na Convenção Modelo da OCDE, temos presente nos comentários ao art.4º que o mesmo visa resolver casos de DT.¹⁰² No nº1 deste artigo podemos verificar a expressão «*residente de um Estado Contratante*» que corresponde à noção de residência da legislação nacional prevista no art.3º nº3 -a) do CIRC sendo tidos «*como critérios de sujeição de imposto, o domicílio, a residência, o local de direção e outros critérios de natureza similar*»¹⁰³. (pág.131 CM OCDE;2015)

A maioria dos Estados faz referência à «*sujeição plena de imposto*» que diz respeito à sujeição universal que visa pessoas domiciliadas com carácter de continuidade¹⁰⁴, tendo sido adotado o critério de prevalência e direção efetiva para as sociedades. (pág.139 CM OCDE; 2015¹⁰⁵)

¹⁰¹ A residência tem implícito a ideia dos sujeitos passivos serem tributados no país no qual residam, seja no caso das pessoas singulares, seja no caso das pessoas coletivas aqui estando implícito o conceito de «Direção Efetiva» e da Sede (art. 3º nº1 -c) e 3º nº3 -a) do CIRC).

As sociedades de modo a evitar as altas taxas de tributação dos seus países, deslocalização as suas empresas para países com tributação nula ou quase inexistente, sendo que “*Outra situação incentivada seria a manutenção dos rendimentos no exterior, de forma a subtrai-los à tributação do Estado da residência*” ou ainda mediante uma transferência de ativos. Esta tem sido uma das críticas apontadas ao princípio da residência. (pag.220 4.1.1.3. Argumentos contra o princípio da residência Paula Rosa Pereira) A norma “Exit tax” pretende de certa forma desincentivar a prática menos luminosa destas deslocalizações ou transferências, de forma a preservar a residência do “Estado de partida” e soberania fiscal do Estado.

¹⁰² Parágrafo 2 do comentário ao art.4º «*I.observações prévias*» (pág.129 da Convenção Modelo de 2015; Versão Condensada)

¹⁰³ «*II Comentários às disposições do artigo*» número 1, parágrafo 8 dos comentários ao art.4º CMOCDE.

¹⁰⁴ Parágrafo 3 do comentário ao art.4º «*I.observações prévias*» (pág.129 da Convenção Modelo OCDE de 2015; Versão Condensada)

¹⁰⁵ Comentários ao art.4º/ número 3. (p. 24).

A Advogada-Geral J. Kokott referiu no caso “*A Oy*” (proc. C-292/16) que o TJUE alegou por diversas vezes que um EM tem o direito de tributar as mais valias latentes dos sujeitos passivos residentes no seu território, quando os mesmos transfiram a sua sede ou os seus ativos para outro Estado (seja ele da UE ou países terceiros), por respeito ao princípio da territorialidade fiscal¹⁰⁶.¹⁰⁷

Esta medida existe de forma a não colocar em risco a competência fiscal do direito de tributar do primeiro EM, relativamente às atividades realizadas no seu território, podendo ser justificada mediante o fundamento da “*preservação da repartição do poder tributário entre Estados-Membros*”, quando esta retirada coloque em risco a soberania do Estado de saída, o que normalmente se verifica quando se cessa a competência fiscal.¹⁰⁸

3.1.2. Problemas que surgem dos pagamentos à saída (uma visão internacional e da UE)

O Grupo do Código de Conduta, no seu «pacote sobre questões fiscais» de 2015, examinou a questão dos pagamentos à saída através da identificação dos problemas que poderiam surgir quando eram efetuados pagamentos da UE para países terceiros. (p. 73 Relatório Ecofin; 2016)

Na Ação 6 do BEPS foram identificados problemas na aplicação dos Tratados DT e dos pagamentos à saída. (p. 60 Ação 6 BEPS; 2015)¹⁰⁹

¹⁰⁶ «No que diz respeito ao *Estado da fonte*, a regra que prevalece nos atuais sistemas fiscais é a da *tributação dos não residentes apenas relativamente aos rendimentos obtidos de fontes localizadas no seu território*. Trata-se de uma *obrigação tributária limitada*, muitas vezes designada por *princípio da territorialidade*, (...) Deste modo, relativamente à extensão do poder de tributar dos Estados, contrapomos o princípio da universalidade ao princípio da limitação territorial.» (pág.231Rosado Pereira; 2015)

¹⁰⁷ Parágrafo 33 da conclusão da Advogada Geral J. Kokkot do caso “A OY”

C. Justificação 1. Justificação de uma tributação à saída

32. O Tribunal de Justiça já declarou em várias ocasiões que, segundo o princípio da territorialidade fiscal, um Estado-Membro tem o direito de tributar as mais-valias dos sujeitos passivos residentes no seu território, ainda que não estejam realizadas no momento da saída do sujeito passivo (...).

¹⁰⁸ Parágrafo 33 da conclusão da Advogada Geral J. Kokkot do caso “A OY” (C. Justificação 1. Justificação de uma tributação à saída)

¹⁰⁹ Parágrafo 60 Final Report. Na aliena b), parágrafo 65 da Ação 6 do BEPS, temos presente que a tributação de certos rendimentos (tal como as mais valias) realizados por um sujeito passivo (pessoa singular ou coletiva), que deixe de ser residente, é normalmente obrigatória. A este tipo de imposto cobrado dá-se o nome de tributação à saída ou imposto à saída e pode ser aplicado aos ganhos de capital ou às pensões

Num documento apresentado pela Alemanha¹¹⁰ verificou-se o seguinte problema «*as royalties e os dividendos podem ser transferidos sem serem tributados entre Estados-Membros da UE, e as empresas que pretendam transferir os seus rendimentos de royalties ou dividendos para países terceiros podem recorrer a essa possibilidade para transferir esses rendimentos para entidades intermediárias em Estados-Membros com baixa ou nenhuma retenção na fonte nos pagamentos destinados a tais países terceiros.*» (p.75 Relatório Ecofin; 2016.).

Esta transferência que ocorre nas sociedades consideradas “intermediária” sediadas nos EM pode ter como consequência a não tributação ou a tributação reduzida dos royalties ou dividendos, quando transferidos desses EM para países terceiros (que têm uma tributação nula ou uma retenção baixa na fonte). (p. 75 Relatório Ecofin; 2016)¹¹¹

Perante isto, verificamos a possibilidade de os contribuintes contornarem total ou parcialmente a tributação desses pagamentos. Nas situações em que os pagamentos são transferidos para países terceiros que não cobravam os mesmos impostos tendo como resultado o não pagamento de qualquer imposto sobre esses rendimentos. Este tipo de montagem tem como fim a “fuga aos impostos” mediante o recurso a entidades intermediárias ao não pagarem o imposto sobre as mais valias onde se encontravam estabelecidas ou no caso de ativos de onde foram transferidos. (p.75 Relatório Ecofin; 2016)

Os pagamentos à saída são fonte de problema, relativamente ao facto de se saber onde se dá o lugar à tributação desses pagamentos. (p.76 Relatório Ecofin; 2016)

Como até a data as normas apenas protegiam um nível mínimo de proteção, foram detetadas três soluções possíveis, entre elas, a «*coordenação na retenção da fonte, a coordenação das medidas defensivas para corrigir a situação que poderia incluir medidas defensivas específicas e uma definição de taxas mínimas na retenção da fonte*». Porém não foi possível chegar a consenso (p. 78, alínea a.) , b.) e c.) e p. 79 Relatório Ecofin; 2016)

A Convenção Modelo não é contra a regra dos pagamentos à saída, nomeadamente, no tocante ao art.13º (das mais valias) e art.18º (relativo às pensões) desde que o facto tributário

¹¹⁰ (e também num documento dos Serviços da Comissão Europeia.)

¹¹¹ *As royalties ou os dividendos podem então ser transferidos desses Estados-Membros para destinatários de países terceiros sem que seja pago qualquer imposto retido na fonte, ou seja, com valores muito baixos de retenção na fonte.* » Relatório Ecofin 2016.

se dê quando a pessoa ainda é residente nesse Estado e após a cessação dessa residência não haja um aumento desse rendimento. (p.66 Ação 6 BEPS; 2015)

Há contudo um risco de DT quando o contribuinte se torna residente no outro Estado e esse Estado pretenda tributar o mesmo rendimento em períodos diferentes.¹¹² Uma possível solução à dupla tributação decorrente da tributação à saída consistirá na concordância entre dois Estados envolvidos - de um procedimento mútuo de acordo - prevendo que o novo Estado deva conceder uma isenção do imposto que foi cobrado no primeiro Estado de Residência. (p.67 Ação 6 BEPS; 2015)

3.2. Subcapitalização: Limite da Dedutibilidade dos Juros de empréstimos obtidos

3.2.1. Conceito e jurisprudência

Como nos diz Maria dos Prazeres Rito Lousa, a subcapitalização está relacionada com os tipos de financiamento que os detentores de capital utilizam nas sociedades, estes traduzem-se num reforço de capital próprio e/ou num recurso a empréstimos. Uma sociedade encontra-se em subcapitalização quando o capital próprio é inferiormente desproporcional aos empréstimos cedidos pelos sócios. Este endividamento excessivo é considerado um meio artificioso para os sócios serem remunerados de capital investido por intermédio de juros e não de lucros. (págs.453 - 454 Lousa; 1993)

Esta prática tem pleno cabimento no contexto da tributação das operações internacionais. As multinacionais recorrem muito a esta atividade de forma a afetar custos de certas sociedades

¹¹² Parágrafo 66 da Ação 6 do BEPS, (66) *A aplicação de tais impostos, no entanto, criam riscos de dupla tributação quando a pessoa relevante torna-se residente de outro Estado e pretende tributar o mesmo rendimento num momento diferente, por exemplo, quando a renda da pensão é efetivamente recebida ou quando os ativos são vendidos a terceiros.*¹¹²

Num comunicado da Comissão Europeia (AO CONSELHO, AO PARLAMENTO EUROPEU E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU) sobre a tributação a saída faz referência a dois problemas, a dupla tributação e a dupla não tributação, dando os seguintes exemplos, « *A transferência de um activo de um Estado-Membro que opta por exercer os seus direitos fiscais no momento da transferência para um Estado-Membro que calcula o valor do activo transferido com base no seu valor contabilístico e que tributa qualquer aumento subsequente de valor no momento da alienação do activo pode ocasionar uma dupla tributação das mais-valias em causa. Se, por outro lado, um activo for transferido de um Estado-Membro que autoriza a transferência com base no seu valor contabilístico para um Estado-Membro que calcula o valor do activo transferido com base no seu valor de mercado, a diferença entre o valor contabilístico e o valor de mercado do activo não será tributada em nenhum dos Estados-Membros, o que equivale a uma dupla não-tributação involuntária.*» 3.2. Eliminação das disparidades e supressão da dupla tributação e da dupla não-tributação COM(2006) 825 final

de grupo e também a minimizar a carga fiscal global melhorando a taxa de remuneração dos seus investimentos. (pág.447 Lousa; 1993)

A subcapitalização ou «*Thin Capitalisation*» encontra-se atualmente presente no nosso ordenamento territorial como art.67º do CIRC de acordo com o Direito Europeu previsto no art.4º da Diretiva ATAD¹¹³.

Como nos diz Clotilde Celorico Palma, o art.61º do CIRC (atual art.67º) - sobre a «*thin capitalisation rules*» - foi introduzido pelo DL nº5/96 de 29 de Janeiro, como art.57º-C do CIRC¹¹⁴ com o objetivo de evitar a utilização do endividamento junto de sociedades relacionadas (aqui verificamos a importância do conceito relações especiais) como meio de redução fictícia dos impostos empresariais. (pág.140 Palma; 2015)

Uma das medidas adotadas pela UE, contra a erosão das receitas fiscais e a transferência de lucros, foi limitar a dedutibilidade dos gastos¹¹⁵ excessivos provenientes de empréstimos

¹¹³ 2.1. Regra da limitação dos juros

A regra da limitação dos juros (artigo 4.º da DAF) limita a dedutibilidade dos gastos excessivos (líquidos) com empréstimos obtidos dos contribuintes em relação a um rácio de 30 % dos rendimentos tributáveis do contribuinte antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA). Para além desta regra, os Estados-Membros podem prever regras específicas contra o financiamento por dívida intragrupo, nomeadamente regras de subcapitalização. Ao aplicar regras que limitem a dedutibilidade dos juros, os Estados-Membros podem ter em consideração a posição global de todas as entidades do grupo no Estado-Membro, incluindo um sistema independente de tributação das entidades, e podem permitir a transferência de lucros ou de capacidade de dedução de juros entre entidades dentro de um grupo. A DAF prevê que, em derrogação do artigo 4.º, os Estados-Membros que, em 8 de agosto de 2016, disponham de regras nacionais específicas destinadas a prevenir os riscos de erosão da base tributável e de transferência de lucros, que sejam igualmente eficazes para efeitos da regra da limitação dos juros estabelecida no artigo 4.º, podem aplicar essas regras específicas até ao final do primeiro exercício fiscal completo seguinte à data de publicação, no sítio Web oficial, do acordo celebrado entre os membros da OCDE sobre uma norma mínima relativa à Ação 4 do projeto BEPS, mas, o mais tardar, até 1 de janeiro de 2024. Relatório da Comissão Europeia de 2020 sobre a Diretiva ATAD 1 e 2. (pág.2)

¹¹⁴Foram adotados os números 7 e 8 pela Lei nº 10-B/96, de 23 de Março:

« 7 - Não será aplicável o disposto no n.º 1 se, encontrando-se excedido o coeficiente estabelecido no n.º 4, o sujeito passivo demonstrar, tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão das empresas e outros critérios pertinentes, que podia ter obtido o mesmo nível do endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

8 - A prova a que se refere o número anterior deverá ser apresentada dentro de 30 dias após o termo do período de tributação em causa.»

Foi posteriormente alterado pela Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro, na qual se procedeu à exclusão das definições próprias de relações especiais, passando a remeter para o regime constante do art. 57º, nº4 relativo a preços de transferência.

¹¹⁵ Gastos podem surgir quer de uma dívida contraída a nível nacional ou de outro EM da UE ou ainda de países terceiros.

obtidos por sociedades que tinham relações especiais com outras (empresas associadas ou intragrupo). (p. 2 e 6 Diretiva (UE) 2016/1164)

O conceito subcapitalização foi substituído por limite da dedutibilidade de gastos de financiamento, uma vez que o primeiro diz respeito ao financiamento de dívida intragrupo e o segundo acaba por ser mais abrangente, este limite da dedutibilidade de juros é aceite consoante um dos maiores valores (1 000 000€ ou 30% antes do EBITDA) como presente nas recomendações da UE, no programa BEPS da OCDE (Ação 4) e da posterior introdução da Diretiva ATAD.

Na verdade, muitas das anteriores regras impostas pelos EM sobre a «*thin capitalisation*» causavam entrave ao direito de estabelecimento e de circulação de capitais¹¹⁶, segundo o Acórdão Nacional de 4 de Junho de 2008 do STA - Proc. n.º 275/08-30 - pelo facto das mesmas tratarem de forma distinta e arbitrária sociedades residentes das não residentes, como veremos já de seguida.

A importância da não discriminação relativa à residência encontra-se presente no Direito da UE de forma a não ir contra as liberdades do mercado único.

Entende-se que a subcapitalização correspondente a um recurso excessivo a capitais de terceiros face aos capitais próprios como forma de financiamento das sociedades. Tem sido, por esse motivo, visto como uma possível forma de elisão fiscal internacional que a lei pretende limitar pelas presentes consequências em termos de redução das receitas fiscais.¹¹⁷

¹¹⁶ Relativamente ao facto da prática da subcapitalização constituir um entrave a liberdade de capitais, o Advogado Geral L.A Geelhoed do caso «*Thin Cap*» no seu parágrafo 35, faz referência ao Advogado Geral SIEGBERT ALBER, do processo BAARS que analisa à luz das liberdades de estabelecimento e capital atuais art.49º e 63º do TFUE um «*litígio que opõe C. Baars, cidadão neerlandês, à administração fiscal neerlandesa, devido à recusa de esta lhe conceder o benefício de dedução fiscal em matéria de imposto sobre a fortuna.*» (parágrafo 1 e 2 do processo C-251/98). Expondo o seguinte no parágrafo 26 das suas conclusões, «*As considerações tecidas até agora sobre as relações concorrenciais entre a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento podem ser sintetizadas com se segue: 1) Em presença de um atentado directo à livre circulação de capitais que apenas indirectamente determine um obstáculo ao estabelecimento, são aplicáveis somente as disposições referentes aos movimentos de capitais. 2) Se se verificar um atentado directo à liberdade de estabelecimento, que conduza, indirectamente, através de obstáculos ao estabelecimento, à redução do fluxo de capitais entre os Estados- -Membros, apenas as disposições referentes à liberdade de estabelecimento são aplicáveis.*» Conclusões do Advogado-Geral Alber Proc. C-251/98.

Esta é a razão por se considerar que a regra para limitar a subcapitalização vai contra a liberdade de estabelecimento e não de capitais.

¹¹⁷ DL n.º5/96, de 29 de Janeiro «*É reconhecida a necessidade de adopção de regras que evitem uma das práticas hoje correntes de evasão fiscal internacional e que consiste no endividamento excessivo das sociedades em relação a entidades com as quais têm relações especiais, de modo a considerar os juros correspondentes a esse endividamento como dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável*

Como podemos verificar no DL n.º 5/96 de 29 de Janeiro, o art.57º-C n.º1 tinha presente uma diferença de tratamento entre entidades residentes e não residentes em Portugal para efeitos da dedução de juros de empréstimos celebrados por sociedades com relações especiais.

Esta norma presente no Acórdão Nacional de 4 de Junho de 2008 - Proc. n.º 275/08-30¹¹⁸ - ia contra duas das liberdades fundamentais da UE (atuais art. 49º e 63º do TFUE) por causa da distinção arbitrária entre as entidades residentes e entidades não residentes no território português.¹¹⁹

Esta distinção para a recorrente (Turbogás) ia contra às liberdades de estabelecimento e de capitais previstas no art.43º e 56º do TCE (atuais art. 49º e art.63º do TFUE).¹²⁰

Segundo a recorrente para efeitos da determinação da relação especial apenas eram tidas em conta as relações entre o sujeito passivo e as entidades não residentes, ou seja, nacionais de outros EM. (alínea hh) do Proc n.º 275/08-30 do STA)

Isto era, o endividamento considerado excessivo de uma sociedade residente cujo credor residisse no estrangeiro não podia ser deduzido ao lucro, porém numa situação similar, mas relativo a um credor residente em Portugal, já o permitia. (alínea ii) do Proc n.º 275/08-30 do STA)

Como podemos verificar, estávamos perante uma violação ao direito da UE porque constituía uma discriminação arbitrária, algo que acabou por ser confirmado no caso

dessas sociedades, utilizando assim de modo abusivo a diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos. (...) as soluções consagradas pelas legislações estrangeiras em matéria de subcapitalização, recorre-se à definição de um coeficiente de endividamento, tido como normal para a generalidade das empresas, que, uma vez ultrapassado, origina que a parte dos juros correspondentes às dívidas em excesso seja qualificada, para efeitos de tributação, como lucros distribuídos. De tal qualificação decorre, portanto, a não aceitação dessa parte dos juros como encargos dedutíveis para a determinação do lucro tributável do devedor, relativamente ao período em que foi ultrapassado o coeficiente de endividamento.»

¹¹⁸ 1.1 "TURBOGÁS, Produtora Energética, S.A." vem interpor recurso da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa que decidiu «negar provimento ao recurso, mantendo o acto impugnado» no «recurso contencioso do despacho de 23 de Setembro de 2003, do Exmo. Senhor Subdirector-Geral dos Impostos, alegadamente proferido por subdelegação, que indeferiu a prova apresentada pela recorrente, ao abrigo do art. 57º-C do Cód. do IRC, actual art. 61º do mesmo diploma legal».

¹¹⁹ No presente acórdão (Tuborgás contra AT), estava em causa a redação do art.57º-C do IRC, (que em 2008 encontrava-se exposto no art.61º e agora encontra-se presente, no art.67º do Código do IRC), na redação do Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, relativo a limitação da dedutibilidade dos juros dos empréstimos celebrados pela sociedade.

¹²⁰ Segundo a Recorrente: «o despacho administrativo fundamentado na redacção do dito artigo 57.º-C do Código do IRC padece de ilegalidade determinante da sua anulação.»

Lankhorst-Hohorst.¹²¹ (parágrafo jj e parágrafo ll - Proc. n.º 275/08-30). As decisões proferidas a título prejudicial¹²² produzem efeitos, através do seu carácter interpretativo, em todos os tribunais dos EM. (parágrafo ‘nn’ do Proc. n.º 275/08-30)

Em matéria de facto, ficou provado que a Tuborgás dos 20% de financiamento que cabiam aos acionistas¹²³, 18% foram realizados através de empréstimos feitos pelas empresas com a qual existia relações especiais e 2% através da entrada de capitais próprios da sociedade.¹²⁴

A recorrente, ao abrigo do n.º 7 do artigo 57º-C do CIRC¹²⁵, enviou ao Diretor Geral dos Impostos um requerimento a demonstrar que apesar de ter excedido o rácio de endividamento do capital próprio no ano 1997, tal como presente n.º 4 do mesmo artigo - aplicável ao endividamento perante entidades não residentes com a qual tinha relações especiais - «esta poderia ter obtido um nível de endividamento idêntico, em condições semelhantes

¹²¹ « No Caso Lankhorst, a regra da subcapitalização ia contra a liberdade de estabelecimento, porque discriminava as sociedades mães residentes das não residentes, uma vez que para a sociedade mãe residente os juros pagos da filial residente eram considerados despesas, enquanto os juros pagos da filial residente à mãe não residente eram considerados dividendos ocultos tributados à taxa de 30 %. » Essa é a razão pela qual a decisão deste acórdão, foi determinante na alteração da disposição sobre a subcapitalização, sendo alterada através da Lei n.º 60-A/2005 de 30 de Dezembro, com o intuito de eliminar a desigualdade com o direito da UE. (pág.140 Palma; 2015)

¹²² art.267º do TFUE. “O pedido de decisão prejudicial pode igualmente **ter como finalidade a fiscalização da legalidade de um acto de direito da União**. O Tribunal de Justiça responde não através de um simples parecer mas mediante acórdão ou despacho fundamentado. O **tribunal nacional destinatário fica vinculado pela interpretação dada**. O acórdão do Tribunal de Justiça vincula também os outros órgãos jurisdicionais nacionais a que seja submetido um problema idêntico. É também no âmbito do processo de reenvio prejudicial que qualquer cidadão europeu pode solicitar que sejam esclarecidas as regras da União que lhe dizem respeito. De facto, **embora o processo de reenvio prejudicial só possa ser desencadeado por um órgão jurisdicional nacional, as partes já presentes nos órgãos jurisdicionais nacionais, os Estados-Membros e as instituições da União podem participar no processo perante o Tribunal de Justiça. Foi deste modo que alguns grandes princípios do direito da União foram enunciados a partir de questões prejudiciais, muitas vezes submetidas por órgãos jurisdicionais de primeira instância**. Seja qual for a sua natureza, o processo compreende uma fase escrita e, eventualmente, uma fase oral, que é pública. É necessário, no entanto, distinguir entre, por um lado, o processo prejudicial e, por outro, as ações e recursos (recursos diretos e recursos de decisões do Tribunal Geral).” As diferentes espécies dos processos de Reenvio prejudicial do site Curia.

¹²³ Proc n.º 275/08-30 do STA.

2.1 Matéria de Facto:

« b) A Turbogás - Produtora Energética, S.A. foi constituída a 14 de Novembro de 1994, com o capital social de 1.000.000 de contos, distribuído pelos accionistas da seguinte forma: PowerGen PLC, Reino Unido, 10%, Siemens, S.A, Portuga10%, Siemens A.G., Alemanha, 10%, Carteira Conjunta- SGPS, Portugal, 35%, HLC-Eng. e Gestão de Projectos, S.A., 30%, Koch Transporttechnik GmbH, Alemanha, 5%; »

¹²⁴ Ponto 2.1 alínea w) do Proc n.º 281-08-30 do STA e II. **INFORMAÇÃO DOS SERVIÇOS DE INSPECÇÃO TRIBUTÁRIA**. Ponto 12. « Existia excesso de endividamento porque o seu valor era superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio. »

¹²⁵ Em 2008 estava presente no número 6 do art.61º do CIRC. A prova inicialmente exigida já não se encontra prevista.

e de mercado livre junto de entidades independentes ». (p. 2.1 alínea z.) do Proc n.º 275/08-30 do STA.) O que a seu ver e visto que conseguiu provar os factos previstos do número 7, esperava que o número 1 não fosse aplicado e que os juros dos empréstimos obtidos pudessem ser totalmente dedutíveis.

Porém a prova foi apreciada e conclui-se que a mesma não era suficiente, uma vez que não foram consultadas nenhuma instituições bancárias no estudo, mas apenas um parecer de uma firma de consultoria sobre projetos de financiamento (p.2 Proc. n.º 275/08-30 do STA¹²⁶).

A Comissão Europeia referiu mais tarde, sobre a questão da «prova»¹²⁷, que a mesma não deveria recair unicamente sobre o contribuinte e que se deveria ter em conta a capacidade de cumprimento geral por parte da mesma, isto claro, com a pretensão de se respeitar o princípio da proporcionalidade. As regras antiabuso deveriam, por este motivo, limitar-se a expedientes puramente artificiais.

Os Serviços de Inspeção Tributária concluíram que deveriam aplicar o disposto o número 1 do art.57º-C do CIRC pelo facto de existirem relações especiais entre a Tuborgás e as entidades não residentes (RWE Energie AG e Powergen Plc.) (p. 11 do Proc n.º 275/08-30 do STA)¹²⁸.

O nível de endividamento era superior ao rácio fixado no art. 57º-C nº4¹²⁹ que em 2008 (data em que ocorreu o acórdão) constava no número 3 do art.61º do CIRC que provinha da Lei n. 30-G/2000 - 29 de Dezembro da redação do art.57º-C.

Atualmente esta norma que determinava o limite do rácio fixo já não existe, todavia temos presente no art.67º do CIRC o limite da dedutibilidade de gastos de financiamento que interessam para a determinação do lucro tributável, devendo respeitar até um dos seguintes

¹²⁶ II. Informação. dos Serviços de Inspeção Tributária.

¹²⁷ «ónus de prova».

« Em 1997, existiam relações especiais entre a Turbogás e as accionistas não residentes RWE Energie AG e Powergen Plc, dado que estas detinham de forma directa e indirecta, respectivamente, uma participação no capital social daquela igual ou superior a 25%. ».

¹²⁹ II. Informação. dos Serviços de Inspeção Tributária. Ponto 3 e 4 do Proc n.º 275/08-30 do STA.

limites 1 000 000 euros¹³⁰ ou 30% do EBITDA¹³¹ (consoante o maior dos dois). Esta norma foi alterada pelo orçamento de Estado de 2013 com a introdução da Lei n.º 66-B/2012¹³² de 31 de Dezembro, alterando assim o antigo regime.

Ainda sobre o Acórdão Turbogás, a Inspeção Tributária referiu que o «(...) fenómeno da subcapitalização (...) tem sido crescentemente encarado pelas autoridades fiscais como uma forma de evasão fiscal que urge limitar, dadas as suas consequências em termos de redução das receitas fiscais. As autoridades fiscais, com o objectivo de combate à evasão fiscal internacional (...) adoptam regras de limitação da dedução dos juros de empréstimos, chegando, nalguns casos, a proceder à assimilação dos juros em dividendos.» (p. 2.2 Acórdão Turbogás contra AT).

O facto de não se poder deduzir os juros suportados, para efeitos de determinação do lucro tributável, quando o endividamento de um sujeito passivo fosse excessivo perante uma “entidade não residente em território português”, provocava uma desmotivação às empresas portuguesas ao financiarem-se através destas empresas.

Como consta das conclusões do STA, tenta-se limitar a prática da subcapitalização através da legislação porque a mesma é tida como uma possível forma de evasão fiscal (em sentido amplo) e tem como consequência uma perda da receita fiscal (IV. Conclusão Proc. n.º 275/08-30 do STA)¹³³

¹³⁰ Comunicado da Comissão Europeia sobre a norma antiabuso “subcapitalização” (2020)

“b) Aplicação do limiar de minimis ou limiar de segurança (safe harbour), ou seja, dedutibilidade integral dos gastos excessivos com empréstimos obtidos até um determinado limiar. A fim de reduzir os encargos administrativos e de conformidade das regras sem diminuir significativamente a sua eficácia, o artigo 4.º prevê que os Estados-Membros são livres de prever uma margem de segurança. **Esta margem de segurança pode ir até um montante fixo de 3 milhões de EUR de gastos excessivos com empréstimos obtidos como dedutíveis, independentemente do limite de dedutibilidade baseado no rácio do EBITDA. Os Estados-Membros podem reduzir o limiar fixo, a fim de assegurar um nível mais elevado de proteção da sua base tributável interna.**” (pág.3)

¹³¹ «Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization».

Sobre “a) Nível de dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos em relação ao EBITDA.

Os Estados-Membros podem reduzir o limite para um rácio inferior a 30 % se assim o desejarem.» (pag.2 e 3)

¹³² **N.º 2 do Artigo 192.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro:**

Disposição transitória no âmbito do Código do IRC - 2 - Nos períodos de tributação iniciados entre 2013 e 2017, o limite referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do Código do IRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo, é de 70 % em 2013, 60 % em 2014, 50 % em 2015, 40 % em 2016 e 30 % em 2017 (...).

¹³³ Contudo como consta da decisão do STA, (também presente no Caso Biehl ACÓRDÃO DE 8. 5. 1990 do TJCE — PROCESSO C-175/88) « (...)o risco de evasão fiscal não pode ser invocado de forma a permitir uma medida discriminatória, que crie obstáculos ao exercício de uma liberdade de circulação prevista no Tratado.» Acrescentado que a jurisprudência da UE estava «suficientemente consolidada para se poder

O problema, neste caso, encontrava-se no facto da lei discriminar empresas portuguesas das não residentes. Se a lei proibia o abatimento de juros excessivos do financiamento proveniente das sociedades não residentes com a quais existia relações especiais, mas não o proibiria se esse mesmo financiamento resultasse das sociedades portuguesas com as quais também existia relações especiais, estaríamos perante uma discriminação arbitrária que punha em causa as liberdades da UE, principalmente à liberdade de estabelecimento.¹³⁴

afirmar que o disposto no artigo 57.º-C do Código do IRC violava o direito comunitário, constituindo uma discriminação arbitrária (...)».

Caso Biehl:

K. Biehl de Nacionalidade Alemã viveu e exerceu uma atividade salarial de 1973 à 1983, no Luxemburgo. A entidade patronal de Biehl efetuou com referência ao período de 1 de Janeiro de 1983 à 31 de Outubro de 1983, retenções na fonte, no seu vencimento a título de imposto sobre o rendimento. Quando ocorreu a liquidação definitiva do imposto no ano fiscal de 1983, verificou-se que o montante das retenções foi superior ao montante de imposto devido pelo Biehl. (Parágrafo 4). Por este motivo, solicitou a devolução à Administração das contribuições e impostos do Grão-Ducado do Luxemburgo do excesso cobrado, porém o pedido foi lhe indeferido.

Luxemburgo tinha uma norma nacional na qual constava o seguinte, «*As retenções sobre os rendimentos de capitais devidamente efectuadas são adquiridas pelo Tesouro e não podem ser restituídas.*» Tal como acontecia com os contribuintes residentes apenas durante uma parte do ano. (parágrafo 6). Todavia quando se interpôs pedido prejudicial, esta norma foi considerada discriminativa e um entrave a liberdade de estabelecimento. «*(...) uma disposição nacional como a que está em causa é susceptível de violar, (...) o princípio da igualdade de tratamento. (...) quando o contribuinte residente temporário não recebeu, no ano fiscal, rendimentos no país que deixou ou naquele onde se estabeleceu. Em tal situação, este contribuinte está em desvantagem face ao contribuinte residente, já que será privado do direito ao reembolso do excesso de imposto, ao qual o contribuinte residente tem sempre direito.*»

¹³⁴ (IV. Conclusão do Proc. 275/08-30 do Acórdão de 4 de Junho de 2008. Apêndice de 2008-09-29)

2.2 (...) «*Por outras palavras, tanto as entidades residentes como as entidades não residentes em Portugal têm a possibilidade de utilizar o diferente tratamento tributário de juros e de lucros distribuídos; no entanto, apenas as entidades não residentes ficam sujeitas ao disposto no artigo 57.º-C do Código do IRC.* »

Temos presente neste acórdão (também na parte das conclusões do STA) que:

« Em suma, a jurisprudência comunitária está suficientemente consolidada para se poder afirmar que o disposto no artigo 57.º-C do Código do IRC viola o direito comunitário, constituindo uma discriminação arbitrária ao direito de estabelecimento, à livre circulação de capitais e à prestação de serviços - cf. Patrícia Noiret Silveira da Cunha, Subcapitalização no Direito Português in Estudos de Homenagem ao professor Doutor Pedro Soares Martinez, pp. 537 a 540. »

E como se sabe e enuncia este caso:

« Por outro lado, a própria Administração Fiscal, através de informação vinculativa, sancionada por Despacho n.º 1141/2006-XVII, de 19/9/2006 do SEAF (v. fls. 290 dos autos), considerando que a ratio decidendi dos acórdãos interpretativos do TJCE produz efeitos obrigatórios em relação a todos os tribunais nacionais e, indirectamente, em relação a todos os sujeitos de direito, com efeitos retroactivos ao momento da entrada em vigor da norma comunitária (excepto quando o contrário consta do próprio acórdão), fez saber que a norma do artigo 61.º do CIRC, tanto na redacção actual, como na redacção anterior, deve ser interpretada à luz do Acórdão de 12/12/2002 do TJCE (Processo C-324/00, Lankhorst-Hohorst). »

A regra de limitação dos casos de subcapitalização presente no antigo art.61º e actual 67º do CIRC « (...) deve ser afastado no que concerne aos endividamentos para com entidades residentes noutros Estados-Membros

Relativamente ao Caso «*Thin Cap*», a Comissão Europeia segundo Comunicado¹³⁵ abordou a questão se os EM poderiam ou não impor restrições fiscais às disposições de financiamento acordadas entre empresas com relações especiais, ou seja, do mesmo grupo.

O TJUE reconheceu que as regras para impedir a subcapitalização não são em si mesmo “condenáveis”. A sua aplicação deve contudo restringir-se à expedientes puramente artificiais.¹³⁶ O que pode ser possível se nos termos dos acordos de financiamento realizados mediante empréstimos entre empresas do mesmo grupo (ou com relações especiais) não respeitem os limites acordados ou não se baseiam em razões comerciais válidas.

da União Europeia, por contrário às disposições do Tratado CE e, mais concretamente, à liberdade de estabelecimento consagrada no seu artigo 43.º »

« (...) TJCE em acórdão de 11/10/2007, proferido no Processo C-443/06, se pronunciou também no sentido de que o artigo 56.º do Tratado CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que sujeita as mais-valias resultantes da alienação de um bem imóvel situado num Estado-Membro quando essa alienação é efectuada por um residente noutro Estado-membro a uma carga fiscal superior à que incidiria, em relação a este mesmo tipo de operação, sobre as mais-valias realizadas por um residente do Estado onde está situado esse bem imóvel. »

« Mas - como decorre do que se deixou exarado supra no ponto 2.2 e seguindo mormente o douto acórdão que aí se cita -, diremos que o despacho em causa assenta em fundamento de direito (o artigo 57.º-C do Código do IRC, actual artigo 61.º do mesmo diploma) que afronta directamente a ordem jurídica da Comunidade Europeia, mormente as normas concernentes à liberdade de estabelecimento e à liberdade de circulação de capitais, consagradas nos artigos 43.º e 56.º do Tratado da Comunidade Europeia. Razão por que, não tendo laborado neste entendimento, deve ser revogada a sentença recorrida. »

Por esta razão, o STA conclui-o que esta regra ia contra duas liberdades a de estabelecimento e de capitais, porém como podemos ver no caso «*Thin Cap*» o Advogado Geral L.A Geelhoed diz no parágrafo 35 das suas conclusões que « (...) Quanto a este ponto, remeto para as conclusões do advogado-geral Alber no processo *Baars*, nas quais expressou a opinião de que, no caso de a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento estarem potencialmente em causa, o Tribunal de Justiça deve apreciar qual destas duas liberdades é directamente restringida pelas normas nacionais relevantes. Deste modo, quando são afectadas directamente as duas liberdades, deve ser analisada a compatibilidade das disposições nacionais com os artigos 43.º CE e 56.º CE. **Pelo contrário, se se verificar uma restrição directa à liberdade de estabelecimento que conduza, indirectamente, através de obstáculos ao estabelecimento, à redução do fluxo de capitais entre os Estados-Membros, apenas as disposições referentes à liberdade de estabelecimento são aplicáveis.** »

¹³⁵ COM(2007) 785 final (2. Definições e Princípios-Chave de Jurisprudência do TJE)

¹³⁶ Parágrafo 73 do Proc. C-524/04 «*A simples circunstância de ser concedido um empréstimo a uma sociedade residente por uma sociedade do grupo estabelecida noutro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de práticas abusivas e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado.* » e;

Parágrafo 74 «*Para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional.* »

Segundo o Advogado Geral L.A. Geelhoed, nas suas conclusões apresentadas relativas ao Caso «Thin Cap», existem duas formas possíveis de financiamento por parte das empresas e são elas: através de empréstimo ou de emissões de ações.

Como muitos EM atuavam de forma diferenciada quanto ao tratamento fiscal destas operações, fazia com que a sociedade mãe financiasse por intermédio de empréstimos as sociedades filiais que estivessem localizadas em territórios de tributação elevada, enquanto a sociedade mãe estava localizada em território de baixa tributação. Isto porque as sociedades que obtinham este tipo de financiamento podiam deduzir os juros pagos (estes juros eram tidos como despesa corrente, resultado da realização das atividades empresariais).

Esta manipulação de capital, segundo o Advogado Geral L.A. Geelhoed, era tida como «*subcapitalização*» uma vez que a sociedade mãe podia escolher onde os lucros eram tributados.

Aqui encontrava-se a razão pela qual os EM consideravam abusiva esta prática e aplicavam medidas para combatê-la, tal como a requalificação do pagamento de juros como distribuição de lucros de forma a que fossem deduzidos como gastos. (p.1-5 das Conclusões do Advogado Geral do Proc. C-524/04)

O Advogado Geral apenas apreciou a primeira questão¹³⁷ à luz do antigo art.43º do TFUE¹³⁸ relativamente à liberdade de estabelecimento.¹³⁹

O Tribunal de Justiça declarou que era legítimo aplicar este artigo quando uma sociedade detivesse uma outra sociedade situada noutra EM através de uma participação direta que lhe conferisse influência na determinação das respetivas atividades e nas decisões dessa outra sociedade. (p.31- 32 das Conclusões do Advogado Geral do Caso «Thin CAP») O que

¹³⁷ «1) É contrário aos artigos 43.º CE, 49.º CE ou 56.º CE o facto de um Estado-Membro ('Estado da sociedade mutuária) manter em vigor e aplicar disposições, tais como as das Sections 209 e 212 e do Schedule 28AA [da ICTA] ('disposições nacionais'), que impõem restrições à possibilidade de uma sociedade residente nesse Estado-Membro ('sociedade mutuária') deduzir, para efeitos fiscais, os juros do empréstimo concedido pela sociedade-mãe, directa ou indirecta, residente noutra Estado-Membro, numa situação em que a sociedade mutuária não estaria sujeita a essas restrições se a sociedade-mãe fosse residente no Estado da sociedade mutuária?». Parágrafo 22 do Processo C-524/04 e Parágrafo 29 das Conclusões do Advogado-Geral.

¹³⁸ Atual art.49º do TFUE.

¹³⁹ Como se sabe, apesar da fiscalidade direta ser da competência dos EM, estes devem contudo respeitar às liberdades previstas nos tratados. Quanto a incompatibilidade da legislação do Reino Unido com a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais, prevista no caso Thin CAP, a livre prestação de serviços, tal como no direito de estabelecimento aplicam-se apenas aos EM e a operações efetuadas entre EM, enquanto a livre circulação de capitais já se pode aplicar às operações entre EM e países terceiros, ou seja, proíbe restrições de circulação de capitais entre EM e países terceiros.

segundo os parágrafos 33 e 34 das conclusões do Advogado Geral encontrava-se presente na legislação em análise do Reino Unido.¹⁴⁰

O art.43º n.º2 (encontra-se atualmente na segunda parte do art.49º) do TFUE previa que a liberdade de estabelecimento incluía o direito de constituir e gerir empresas num outro EM nas mesmas condições das dos nacionais dos respetivos EM. (p-39 Conclusões do Advogado Geral do Proc. C-524/04) Para se ser abrangido por esta liberdade, o tratamento fiscal deveria resultar de uma discriminação direta e dissimulada das regras do sistema fiscal. (p-40 Conclusões do Advogado Geral do Proc. C-524/04.)

Por outro lado, tinha presente que as disposições sobre a livre circulação de capitais apenas eram aplicáveis cumulativamente com o princípio da liberdade de estabelecimento.¹⁴¹

A livre prestação de serviços não se aplicou neste caso, visto que a mesma tem implícito uma presença temporária e não permanente noutro EM (o que não ocorria neste caso) (p.35 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin CAP).

Uma legislação que previa uma vantagem fiscal às filiais residentes no RU que tinham a sociedade mãe igualmente sediada no RU e que na mesma situação - filiais residentes no RU - mas com uma sociedade mãe sediada noutro país já não previa essa mesma vantagem, poderia ser visto como uma restrição ao art.43º (atual art.49º) do TFUE (p.47 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin CAP), a não ser que surgisse uma justificação “aceitável” a este tratamento diferenciado.

Como lembra o Advogado Geral, para ser aplicável o artigo sobre a liberdade de estabelecimento, seria necessário provar a existência de uma «*diferença de tratamento*

¹⁴⁰ « De qualquer modo, cada um dos processos-tipo **implica uma filial residente no Reino Unido que é pelo menos directa ou indirectamente detida em 75% por uma sociedade-mãe não residente no Reino Unido, ou por outra sociedade não residente no Reino Unido, que também é directa ou indirectamente uma filial a 75% da sociedade-mãe.** Com efeito, poderia dizer-se que a **conclusão de que o artigo 43.º CE é aplicável,** (...) » P-34 das Conclusões do Advogado Geral

¹⁴¹ Parágrafo 35. « (...) Quanto a este ponto, remeto para as conclusões do advogado-geral Alber no processo Baars, nas quais expressou a opinião de que, no caso de a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento estarem potencialmente em causa, o Tribunal de Justiça deve apreciar qual destas duas liberdades é directamente restringida pelas normas nacionais relevantes. Deste modo, quando são afectadas directamente as duas liberdades, deve ser analisada a compatibilidade das disposições nacionais com os artigos 43.º CE e 56.º CE. Pelo contrário, se se verificar uma restrição directa à liberdade de estabelecimento que conduza, indirectamente, através de obstáculos ao estabelecimento, à redução do fluxo de capitais entre os Estados-Membros, apenas as disposições referentes à liberdade de estabelecimento são aplicáveis. »

relevante e uma vantagem fiscal.» (p.47 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin Cap)¹⁴²

Quanto à questão «*o tratamento fiscal resulta de uma discriminação?*», o TJUE defende que uma discriminação resulta da aplicação de regras diferentes a situações comparáveis (p.53 - 54 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin Cap).

Aparentemente o RU não cumpriu com a sua obrigação perante o Direito da UE, mais precisamente o respeito pela liberdade de estabelecimento, utilizando métodos diferentes no tratamento das sociedades residentes e não residentes. (p. 62 e 63 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin Cap)¹⁴³

O TJUE reconheceu que os EM têm o direito de se protegerem através de normas antiabuso que doutro modo seriam vistas como discriminatórias. Isto significa que a restrição da dedução de prejuízos transfronteiriços podia ser justificada pelo seu «*risco de evasão fiscal*». (p. 62 e 63 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin Cap)

Do lado dos sujeitos passivos, seria portanto legítimo e mesmo considerado fundamental que os mesmos procurassem tratar dos seus assuntos fiscais da forma mais vantajosa, desde que a sua intenção fosse sincera ou as montagens não fossem artificiais. (p. 63 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin Cap)

O princípio da plena concorrência é tido como um meio adequado para evitar operações artificiais. Todavia, se os termos utilizados nas montagens das sociedades não forem os da plena concorrência, seria necessário deixar o contribuinte provar se existiam razões comerciais válidas. (p. 67 das Conclusões do Advogado Geral Caso Thin Cap)

Como consta do parágrafo 73 das Conclusões do Advogado Geral do caso «*Thin Cap*», a legislação, regente no RU até 1995 sobre as medidas de subcapitalização, era desproporcional porque um empréstimo, quando efetuado por uma sociedade mãe noutro EM, era sempre qualificado como uma distribuição sem qualquer análise relativo ao princípio da plena concorrência.

¹⁴² «(...) *Em segundo lugar, no que respeita ao alegado efeito indirecto das normas do Reino Unido sobre as decisões das sociedades-mãe não residentes de estabelecerem filiais no Reino Unido, observo que, para o artigo 43.º CE ser aplicável, basta provar que existe uma diferença de tratamento relevante e um benefício fiscal.* »

¹⁴³ « *Contudo, é importante não esquecer que mesmo que estejamos perante uma discriminação, esta pode ser justificada por razões imperativas de interesse geral.* ».

Adiciona-se o facto de não existir uma possibilidade de se provar que o empréstimo efetuado pela sociedade filial tinha subjacente razões comerciais válidas e que não havia qualquer abuso na obtenção da vantagem fiscal (p.73 Conclusões do Advogado Geral)¹⁴⁴, concluindo-se que em regra uma situação como esta ultrapassa o necessário para o objetivo pretendido. (p.65 Conclusões do Advogado Geral)¹⁴⁵

3.2.2. Visão Europeia e internacional da regra para combater a Subcapitalização e a sua repercussão em Portugal

Já há muitos anos considerada uma forma de evasão fiscal internacional (no seu sentido amplo) que se revelava oportuna por três razões, notadamente, pela falta de referências que lhe tinham sido feitas (algo que já não acontece), pelo facto de alguns países da OCDE, parceiros comerciais antigos de Portugal, terem introduzido nos anos 80 e 90 medidas legislativas destinadas a contrariar estes efeitos e por último pela liberação total dos movimentos de capitais e a consequente abolição da autorização prévia pelo Banco de Portugal para determinadas operações, tal como na importação de capitais que poderia aumentar casos de subcapitalização. (pág.448 Lousa; 1993)

Ao contrário do que acontecia com os preços de transferência, fonte de preocupação mais antiga, foi nos anos 90 que a subcapitalização começou a revelar problemas de elisão fiscal, constituindo uma preocupação para a maioria das autoridades fiscais dos países da OCDE. (pág.448 Lousa; 1993)

¹⁴⁴ «73. Em primeiro lugar, no que se refere à legislação do Reino Unido aplicável até 1995, qualquer juro pago por uma sociedade — quer a um mutuante residente quer a um não residente — sobre um empréstimo que representasse mais do que uma margem comercial razoável do empréstimo devia ser considerado uma distribuição de lucros na parte em que excedesse essa margem [Section 209(2)(d) do TA]. No entanto, qualquer juro pago a um mutuante não residente no Reino Unido que fosse membro do mesmo grupo [que não fosse um juro já considerado como uma distribuição nos termos da Section 209(2)(d)] era em qualquer caso considerado como uma distribuição 64. Esta disposição era claramente desproporcionada, (...) Primeiro, um empréstimo concedido a uma filial no Reino Unido por uma sociedade-mãe residente noutro Estado- -Membro era sempre requalificado como uma distribuição sem apreciação da sua conformidade a um critério de plena concorrência. Segundo, não existia absolutamente nenhuma oportunidade de essa filial provar que o empréstimo era efectuado por razões comerciais legítimas e não de modo puramente abusivo para obter um benefício fiscal. Esta regra geral ultrapassava o que era razoavelmente necessário para atingir o objectivo da legislação do Reino Unido.»

¹⁴⁵ Aqui presente a obediência ao princípio da proporcionalidade no combate a este abuso.

No relatório da OCDE de 1987¹⁴⁶ sobre a subcapitalização, examinou-se e identificou-se os aspetos que podiam resistir a esta prática (também conhecida como capitalização dissimulada). Analisou-se igualmente, neste relatório, as consequências no plano internacional das posições adotadas pelos diferentes países membros em relação a este fenómeno dando importância à influência que as convenções fiscais poderiam ter sobre as legislações nacionais, através da verificação de medidas possíveis na supressão das DT jurídicas ou económicas. (pág.449 Lousa; 1993)

Este relatório recomendava que o limite fixado funcionasse apenas como margem de segurança, isto era, quando uma sociedade ultrapassasse o limite fixado, porém isto não significava que se reconhecesse de forma automática a existência de uma situação de subcapitalização, pois dava-se a possibilidade do contribuinte demonstrar que o seu rácio não se afastava do valor médio dos rácios praticados por empresas independentes em situações comparáveis.¹⁴⁷

A Comissão Europeia, no seu Comunicado de 2007, disse que as regras para evitar a prática da subcapitalização nos EM visavam apenas o financiamento obtido através de empréstimos dentro do mesmo grupo (neste caso o acionista estrangeiro deveria deter uma participação considerável na subsidiária residente).

Segundo este Comunicado o entrave ao Direito da UE encontrava-se presente apenas na liberdade de estabelecimento (antigo art.43º do TCE, atual art.56º do TFUE), tal como acontece nas regras SEC e da Tributação à saída.¹⁴⁸ Algo que acabou por se verificar, visto

¹⁴⁶ O relatório da OCDE de 1987 que revela a política fiscal de cada país, refere a necessidade de proteger ou não receitas fiscais, restringindo o recurso a um dos instrumentos de evasão fiscal internacional. (pág.478 Lousa; 1993)

¹⁴⁷ « Só nestas condições o Comité dos Assuntos Fiscais (CAF), da OCDE considera que este método se revela compatível com o princípio da plena concorrência.» pág.449 Lousa; 1993)

Os métodos considerados pelo CAF como mais apropriados deviam ser dotados de flexibilidade, permitindo uma análise casuística, relativamente ao objetivo do empréstimo, ao rácio de endividamento antes e após do empréstimo, averiguar se a repartição do empréstimo capital, saber se o empréstimo se destinou a melhorar a situação financeira da empresa na sequência da verificação de prejuízos elevados e se uma entidade independente e informada da situação da empresa lhe concederia um empréstimo do mesmo montante e prazo. Porém este conjunto de multi-testes era de aplicabilidade morosa, difícil e requeria funcionários fiscais dotados de uma boa preparação técnica. (pág.455 Lousa; 1993)

¹⁴⁸ COM(2007) 785 final. Ponto 3. Aplicação de Regras Antiabuso na UE/EEE «Generalidades» e Ponto 4. Aplicação das Regras Antiabuso em Relação à Países Terceiros.

que muitas normas foram alteradas, porque o conceito de residência implicado era considerado discriminatório.¹⁴⁹

Em 2010, o Conselho da UE publicou uma recomendação¹⁵⁰ «*soft law*» sobre as «*CFC rules*» e a Subcapitalização, apelando aos diversos EM equilíbrio nas medidas antiabuso usadas e o respeito pelas liberdades previstas nos tratados da UE de forma a respeitar o mercado único e a garantir o respeito pelo princípio da plena concorrência¹⁵¹ no caso da subcapitalização¹⁵².

Apesar da maioria das regras de subcapitalização serem tidas como discriminatórias dado à diferença de tratamento arbitrária dos países residentes de não residentes, o TJUE lembra que algumas destas restrições podiam ser justificadas se existir um interesse geral da coletividade, tal como a prevenção da «*tax avoidance*» ligada ao «*wholly artificial arrangements*».

Desta forma, a recomendação feita pelo Conselho da União Europeia deu-se quando os EM aplicavam regras das SEC e da subcapitalização com outros países pertencentes à UE que não tinham tais regras.

A lista realizada pelo Conselho continha os indicadores que apontavam para as «*transferências de lucros artificiais*» que incluíam, nomeadamente, o seguinte, «*um nível de dívida em relação ao capital próprio excessivo*», um «*montante dos juros líquidos superior a um determinado limiar, ou do resultado antes de juros e impostos (EBIT) ou do resultado antes juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA)*», e uma «*comparação entre a percentagem do*

¹⁴⁹ Proc. C-324/00, Caso Lankhost, o TJUE pronunciou-se sobre a norma alemã, relativa a subcapitalização (a Portuguesa era similar), considerava que a mesma era discriminativa, porque havia um tratamento distinto, na distribuição dos lucros das empresas filiais às empresas mães residentes e não residentes.

¹⁵⁰ Council Resolution of 8 June 2010 on coordination of the Controlled Foreign Corporation (CFC) and thin capitalisation rules within the European Union. 2010/C 156/01

¹⁵¹ « *this resolution refers to thin capitalisation rules aimed at the prevention of abuse and not to all thin capitalisation rules in general, and considering that thin capitalisation rules which observe the arm's-length principle are capable of preventing tax avoidance, or maintaining the balanced allocation of taxing powers, or both, »*

¹⁵² Essas regras de « *thin capitalisation* » tinham de respeitar o « *arm's-length principle* » e dependeria de um estudo « *case-by-case* ». « *RECALLING that it follows from the case law of the Court of Justice of the EU that restrictions on the Treaty freedom within the EU are capable of being justified by overriding reasons in the public interest, such as the need to prevent tax avoidance and/or the need to preserve a balanced allocation of taxing powers between the Member States, provided that they are proportionate in relation to such objectives, and that preventing tax avoidance in relation to 'wholly artificial arrangements' is generally justified, (...) »*

capital próprio da empresa com a do grupo a nível mundial, na verificação de um endividamento excessivo.». (Ponto B. Resolução do Conselho: 2010/C 156/01)

Acrescenta o facto de a cooperação administrativa assumir um papel fulcral na garantia da eficácia das medidas antiabuso, tal como a importância da assistência mútua entre EM na deteção e combate a esquemas abusivos.

Esta recomendação acabou por ter como repercussão em Portugal¹⁵³, no orçamento de Estado de 2013, com a introdução da Lei n.º 66-B/2012¹⁵⁴ de 31 de Dezembro alterando o antigo regime¹⁵⁵, prevendo no seu n.º 1, do art. 67.º do CIRC que os gastos de financiamento líquidos eram dedutíveis até à concorrência do maior dos seguintes gastos: €3 000 000 ou 30% do resultado antes do EBITDA¹⁵⁶, alterada pela lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro que republicou o Código do IRC e o primeiro limite do n.º 1 deste artigo passou a ser mais restrito

¹⁵³ Juntamente com as decisões do TJUE sobre regras de combate a prática da subcapitalização que tal como a regra nacional, discriminavam de forma arbitrária residentes e não residentes. Como sabemos, a tramitação do processo de reenvio prejudicial do TJUE, **“Quando uma questão prejudicial for idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado ou quando a resposta a essa questão não suscite nenhuma dúvida razoável ou possa ser claramente deduzida da jurisprudência, o Tribunal de Justiça pode, depois de ouvir o advogado-geral, decidir por meio de despacho fundamentado, no qual fará referência ao acórdão já proferido sobre a questão ou à jurisprudência pertinente. Tramitação acelerada”**

Tribunal de Justiça Tramitação processual (Tramitações processuais específicas: Tramitação simplificada)

¹⁵⁴ Art. 67.º n.º 1 do CIRC, versão até 2013: Redação da Lei n.º 66-B/2012 – 31/12

1 – *Os gastos de financiamentos líquidos são dedutíveis até à concorrência do maior dos seguintes limites:*

- a) 3 000 000€ (passou a contar 1 000 000€) ou
- b) 30 % do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos.

N.º 2 do Artigo 192.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro: *Disposição transitória no âmbito do Código do IRC - 2 - Nos períodos de tributação iniciados entre 2013 e 2017, o limite referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do Código do IRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo, é de 70 % em 2013, 60 % em 2014, 50 % em 2015, 40 % em 2016 e 30 % em 2017.*

Disponível em:

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/circ_rep/Pages/irc67.aspx

¹⁵⁵ As antigas normas referentes à subcapitalização continham o seguinte no seu n.º 1 (como art. 61.º republicado e renumerado pelo Anexo II do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho e como art. 57.º-C do CIRC aditado pelo Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de janeiro,) **“Subcapitalização 1 - Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado membro da União Europeia com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do artigo 63.º (renumerado pelo Decreto-Lei n.º 159/2009) (ou nos termos definidos no n.º 4 do artigo 57.º (alterado pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro) , também como art. 58.º (alterados pelo Decreto-lei n.º DL 198/2001- 3 de Julho; vigorou até à entrada em vigor da Lei n.º 60-A/2005, de 30/1, sempre relativo ao preços de transferência) com as devidas adaptações, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.”**

¹⁵⁶ Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization.

com um valor máximo €1 000 000 em vez de € 3 000 000 (esta restrição pretende um nível de proteção mais elevado) ou até ao limite de 30% do EBITDA.

Após a entrada da Diretiva ATAD 1 e a sua transposição do nosso ordenamento, como Portugal já tinha a primeira parte do art.4º da Diretiva apenas alterou os números 12 e 13, do art.67º do CIRC (estes números foram transcritos do art.2º nº1 e 2 da Diretiva ATAD 1) que dizem respeito às definições de gastos de financiamento.

Temos previsto na Diretiva ATAD 1 no seu art.4º que os EM podem autorizar os contribuintes ao reporte de exercícios, sem limites de prazos, relativamente a parte dos empréstimos obtidos que não foram “compensados” ou ainda que a sua capacidade de dedução de juros seja reportada a exercícios anteriores (previsto no nº 4 do art.67º do CIRC – *«Para efeito do disposto nos n.os 2 e 3, consideram-se em primeiro lugar os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis e a parte não utilizada do limite referido no número anterior que tenham sido apurados há mais tempo»*) ou posteriores. Podendo fixar igualmente um prazo para assegurar um nível de proteção mais elevado. (pág.4 COM(2020) 383 final)

A Diretiva ATAD 1 deu a possibilidade, no nº6 do art.4º, dos EM escolherem entre três regras (alíneas a.) b.) e c.)) relativamente ao reporte de exercícios, na qual a primeira regra prevê que os contribuintes tenham a capacidade de deduzir os gastos de financiamento sem limite de tempo, a segunda regra inclui o reporte com *«gastos excessivos com empréstimos obtidos que não possam ter sido deduzidos no período de tributação em curso»* que surjam com uma precedência máximo de 3 anos e sejam deduzidos aos períodos de exercícios seguintes sem limite de tempo e por último reportar os gastos excessivos com empréstimos sem limite de tempo e até um máximo de 5 anos posteriores relativamente à *«dedução de juros não utilizada, que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso»*.¹⁵⁷

Portugal tal como consta do nº2 do art.67º do CIRC adotou parte da alínea c.) do nº6 do art.4º da Diretiva ATAD 1 que nos diz *«reportar a exercícios posteriores(...) os gastos excessivos com empréstimos obtidos, e, até um máximo de cinco anos, a capacidade de dedução de juros não utilizada, que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso.»*.

O nº5 do art.4º da Diretiva ATAD 1 faz referência aos casos em que o contribuinte faça parte de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, como previsto no

¹⁵⁷ COM(2020) 383 final (pág.4)

art.69º do CIRC (relativo ao âmbito e condições de aplicação do Regime especial de tributação dos grupos de sociedades).¹⁵⁸

Os casos em que exista um grupo de sociedades¹⁵⁹, presente no nº5 do art.67º sujeito ao regime especial de tributação dos grupos de sociedade (do art.69º do CIRC), a sociedade dita dominante pode escolher para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo os limites previstos no nº1 do mesmo artigo (exposto na alínea a) deste nº 5), sendo certo que os gastos de financiamento líquidos da sociedade de grupo que não foram contabilizados podem sê-lo até ao quinto ano de tributação posterior, tal como previsto no nº2 deste art.67º do CIRC. Quando o montante dos gastos de financiamento deduzidos for inferior aos 30%, previsto no nº1 do resultado antes do EBITDA¹⁶⁰, a parte que não tenha sido utilizada poderá

¹⁵⁸ Temos presente no relatório da Comissão Europeia de 2020 sobre a implementação da Diretiva ATAD 1 e 2 que **“caso o contribuinte faça parte de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, o endividamento do grupo a nível mundial pode ser tido em consideração para permitir montantes mais elevados de dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos.”**

(...) g) Os Estados-Membros podem prever regras para:

g.1. reportar a exercícios posteriores, sem limite de tempo, os gastos excessivos com empréstimos obtidos que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso;

g.2. reportar a exercícios posteriores, sem limite de tempo, e a exercícios anteriores, até um máximo de três anos, os gastos excessivos com empréstimos obtidos que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso; ou

g.3. reportar a exercícios posteriores, sem limite de tempo, os gastos excessivos com empréstimos obtidos, e, até um máximo de cinco anos, a capacidade de dedução de juros não utilizada, que não possam ser deduzidos no período de tributação em curso.

A fim de fazer face à volatilidade da rendibilidade do contribuinte, os Estados-Membros podem permitir que o montante dos empréstimos obtidos não compensados ou da capacidade de dedução de juros seja reportado a exercícios anteriores ou posteriores. Os Estados-Membros são livres de fixar um prazo para o reporte a exercícios posteriores ou anteriores para assegurar um nível de proteção mais elevado.

¹⁵⁹ f) Maior dedutibilidade para um contribuinte que seja membro de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira através: f.1. Da regra de «salvaguarda baseada no capital próprio» nos termos do artigo 4.º, n.º 5, alínea a), da DAF, ou 4

f.2. Da regra do «rácio do grupo» nos termos do artigo 4.º, n.º 5, alínea b), da DAF. **Caso o contribuinte faça parte de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, o endividamento do grupo a nível mundial pode ser tido em consideração para permitir montantes mais elevados de dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos.**

Nessa medida, os Estados-Membros podem prever que um contribuinte tem o direito de utilizar uma de duas abordagens.

Na primeira abordagem, os Estados-Membros podem estabelecer regras para uma disposição de salvaguarda baseada no capital próprio, em que a regra da limitação dos juros não se aplica se o contribuinte puder demonstrar que o rácio entre o seu capital próprio e o total dos seus ativos é globalmente igual ou superior ao rácio equivalente do grupo.

Na segunda abordagem, os Estados-Membros podem autorizar os contribuintes a deduzir montantes mais elevados dos gastos excessivos com empréstimos obtidos, com base no endividamento geral do grupo a nível mundial face a terceiros.

¹⁶⁰ «Earnings Before Interest Taxes and Depreciation».

ser acrescentada ao montante máximo dedutível (dos 30%) até ao quinto período de tributação posterior da sociedade a que diga respeito e calculado de forma individual.

Estes gastos apenas poderão ser utilizados pelo grupo, mesmo após a retirada de uma ou mais sociedades do grupo (alínea d) n.º5 do art.67º do CIRC).¹⁶¹

3.2.3. As regras para prevenir a subcapitalização e a Convenção Modelo da OCDE

No que concerne à interação entre as disposições na convenção modelo da OCDE para eliminar a DT e as normas nacionais relativas à subcapitalização esta matéria revela alguma dificuldade e requer um certo grau de conhecimento da Convenção Modelo. (pág.467 Lousa; 1993)

É necessário saber se as correções ao lucro tributável feitas ao abrigo das legislações nacionais sobre a subcapitalização têm enquadramento no art.9º n.º2 da Convenção Modelo¹⁶².

O Comité dos Assuntos Fiscais (CAF) considerava que o ajustamento do lucro tributável da sociedade devedora era feito em conformidade com o art.9º da Convenção Modelo, visto incorporar resultados tidos como lucros de uma empresa em condições normais de mercado. (pág.468 Lousa; 1993)

Os métodos utilizados para o tratamento da subcapitalização devem ir ao encontro das condições de plena concorrência.

O CAF era da opinião que o ajustamento pretendido no n.º2 do art.9º deveria ser obrigatório e nesse caso o procedimento amigável, previsto no art.25º seria utilizado em caso de conflito.¹⁶³ (pág.469 Lousa; 1993)

¹⁶¹ Por último, presente no n.º6 do art.67º esta sociedade dita dominante *deve ser mantida por um período mínimo de três anos a contar da data em que se inicia a sua aplicação, o qual é automaticamente prorrogável por períodos de um ano, exceto no caso de renúncia.* ».

¹⁶² « O CAF (Comité dos Assuntos Fiscais) pronunciou-se em sentido afirmativo, ainda que admitindo que nele não se estabelece uma nítida demarcação entre o que são juros e o que é uma distribuição de lucros O art.9(1) permite detectar não só se a taxa de um empréstimo está conforme às condições normais de mercado, como averigua se o que aparentemente parece um empréstimo ser recharacterizado como um « apport » de capital.»

¹⁶³ (Parágrafo 11 do comentário ao número 2) *Se as partes não tiverem de acordo relativamente ao ajustamento aplicado deverão resolver a situação através do procedimento amigável (art.25º da Convenção.* (pág.302 CM OCDE; 2015)

Temos presente na Convenção Modelo da OCDE de 2015 que «a *rectificação da contabilidade relativamente às transacções entre empresas associadas pode dar origem a uma DT económica*¹⁶⁴», este número 2 do art.9º prevê que o Estado B deve proceder ao ajustamento adequado de forma a evitar esta DT.¹⁶⁵

Os ajustamentos não devem ser feitos de forma automática, por duas razões, primeiramente só existirá ajustamento se este Estado B considerar que o valor dos lucros retificados corresponda ao justo perante uma situação de plena concorrência e em segundo lugar esses lucros não podem exceder os limites previstos.¹⁶⁶

Tornou-se necessário perceber se estas regras da subcapitalização tinham relevância para o art.9º(1) ou se eram válidas nas definições da lei nacional (art.3º nº2 do CIRC), visto que um financiamento sob forma de empréstimo poderia ser requalificado como um «*apport de capital*», tendo como possível consequência a não dedução dos juros ao lucro tributável e ainda o seu acréscimo como dividendos. (pág.469 Lousa; 1993)

A legislação nacional é relevante para os efeitos do art.9º(1) visto que o Comité (CAF) conclui que as definições presentes no art.10º e 11º apenas podem ser encaradas na ótica dos beneficiários e o art.10º(3) diz-nos o que são dividendos excluindo a possibilidade «*de extrapolação do conceito para o art.9º(1)*». (pág.469 Lousa; 1993)

3.6. Procedimento Amigável - art.25º

«O procedimento amigável *pode, de acordo com o CAF (Comité dos Assuntos Fiscais) oferecer ajuda as autoridades fiscais dos diversos países de forma a solucionar problemas resultantes da aplicação das regras relativas à subcapitalização.*» (pag.474 Rito Lousa)

Nos outros casos, o Estado de residência deve fazer recurso ao procedimento amigável (art.25º) em três situações: quando os juros forem assimilados a dividendos no Estado de residência do devedor (art.11º); quando o Estado de residência do credor aplica regras de subcapitalização e assimila os juros a dividendos numa situação inversa; e em todos os casos em que o Estado de residência do credor concorda com os fundamentos da assimilação dos juros a dividendos e concorda em aplicar o ajustamento correlativo. (pag.472 Rito Lousa)

¹⁶⁴ isto é, duas pessoas distintas são tributadas sobre o mesmo rendimento.

¹⁶⁵ parágrafo 5 do comentário ao art.9º nº2 da Convenção Modelo da OCDE 2015 (pág.299)

¹⁶⁶ parágrafo 6 do comentário ao art.9º nº2 da Convenção Modelo da OCDE 2015 (pág.299)

(7) *Não especifica qual o método que se deve usar para se efectuar o ajustamento. Os Estados Contratantes têm toda a liberdade para estabelecer de comum acordo as normas específicas que pretendem incluir neste artigo.*

(8) *Não tem como intenção, tratar dos ajustamentos secundários.*

(9) *Contudo não impede que tais ajustamentos secundários sejam efectuados, desde que estejam previstos nas legislações internas.* (pág.300 Convenção Modelo 2015)

(10) *Deixa em aberto a questão dos prazos.* (pág.301 Convenção Modelo 2015)

As regras que limitam a subcapitalização também têm influência na esfera tributária do beneficiário dos fluxos de rendimento, uma vez que os juros podem ser reclassificados fiscalmente como dividendos ficando sujeitos à retenção na fonte.¹⁶⁷

Os art 10º (3) e 11º (3) contêm as definições de dividendos e juros na visão dos beneficiários. Normalmente os juros que provêm de obrigações que conferem direitos à participação nos lucros não devem ser considerados como dividendos.¹⁶⁸

O comentário (25) ao art.10º nº3 da Convenção Modelo (2015) diz-nos que este não visa apenas os dividendos, também diz respeito aos juros de empréstimos desde que o mutuante partilhe dos possíveis riscos incorridos pela sociedade, ou seja, «*quando o reembolso depende do sucesso da empresa.*». Tanto o art.10º como o art.11º não impedem que os juros sejam assimilados aos dividendos. (pág.317 CM OCDE; 2015)¹⁶⁹

O comentário ao art.11º (número 6 e 35) dispõe que em situações de subcapitalização apenas permite o ajustamento da taxa de juro e não uma reclassificação de empréstimo em participação no capital. (pág.470 Lousa; 1993)

Relativamente aos comentários presentes no art.11º relativo à tributação de juros, temos no comentário 1 e 2 que, ao contrário do que se passa com os dividendos, os juros não correm riscos de DT económica, uma vez que não são tributados simultaneamente pelo titular do devedor e do credor. Os juros de obrigações/empréstimos dão origem a retenção da fonte do respetivo pagamento, sendo certo que se o beneficiário for residente do país que pratica essa retenção na fonte as normas nacionais previnem a DT que possa ocorrer no seu prejuízo. (pág.341 CM OCDE;2015)¹⁷⁰

¹⁶⁷ 3.3 Dividendos e Juros (art.10º e 11º)

¹⁶⁸ 3.3 Dividendos e Juros (art.10º e 11º)

¹⁶⁹ «o número 3 do art.10º nao visa exclusivamente os dividendos propriamente ditos, mas também os juros de empréstimos na medida em que o mutuante partilha efectivamente os riscos incorridos pela sociedade, isto é, quando o reembolso depende do sucesso da empresa. Os art.10º e 11º não impedem que os juros sejam assimilados a dividendos.»

¹⁷⁰ **Comentários ao art.11º relativo à tributação de juros (pág.341)**

(1) Ao contrário do que se sucede com os dividendos, os juros não suportam uma DT económica, ou seja, não são tributados simultaneamente na titularidade do devedor e do credor.

(2) Os juros de obrigações ou de empréstimos dão origem à cobrança de imposto por via de retenção da fonte do respectivo pagamento. (...) Se o beneficiário for residente do país que pratica a retenção na fonte, as disposições internas previnem a DT que ocorre em seu prejuízo.

O Estado de residência do beneficiário deveria conceber um desagravamento para evitar a DT jurídica ou económica dos juros como se se tratasse de dividendos.¹⁷¹

Se a redação do art.23º se referir ao previsto no art.10º, o Estado de residência do beneficiário é obrigado a conceber os desagravamentos inerentes aos dividendos.

As regras nacionais relativas à subcapitalização são quase sempre dirigidas às operações de financiamento transfronteiriças.¹⁷² A OCDE apoia a compatibilidade das normas nacionais da subcapitalização com o princípio da não discriminação de forma a não ir contra a liberdade de estabelecimento da UE. (pág.474 Lousa; 1993)

Os juros da sociedade devedora podem ser tidos como custos fiscais desde que o capital a que respeitam tenha sido aplicado de forma a contribuir para obtenção de proveitos ou ganhos sujeitos a imposto. (pág.475 Lousa; 1993)

Nos termos do art.57º (1) (atual art.67º do CIRC), a AF podia fazer correções ao montante dos juros pagos se considerasse que a taxa de juros praticada fosse excessiva, isto comparando ao nível de taxas praticadas no mercado, respeitando assim o princípio da plena concorrência. Esta comparação era feita nas mesmas condições com empresas independentes que não tinham relações especiais entre elas. (pág.476 Lousa; 1993)

O financiamento feito pela empresa mãe à filial através de empréstimos reverte numa perda de receitas fiscais para os diversos Estados, tendo como consequência a dedução dos juros ao lucro tributável em sede de IRC.

3.2.4. Subcapitalização e a relação com os preços de transferência

Como nos dizia Maria dos Prazeres Rito Lousa, a Administração Fiscal podia, nos termos do art.57º(1) (atual art.67º do CIRC), fazer correções ao montante dos juros pagos se considerasse que a taxa de juros praticada fora excessiva, isto quando comparado ao nível de taxas praticadas no mercado, respeitando assim o princípio da plena concorrência. Esta comparação era feita nas mesmas condições com empresas independentes que não tinham relações especiais entre elas. (pág.476 Lousa; 1993)

¹⁷¹ 3.4 Métodos de eliminar a DT - at.23º

¹⁷² 3.5. Não discriminação (art.24º)

O carácter de complementaridade existente entre as medidas contra a subcapitalização e a regulamentação sobre preços de transferência fazia com que a abordagem destas duas matérias não devesse ser dissociada. (pág. 480 Lousa; 1993)

A anterior regra da subcapitalização que remetia para o art.63º do CIRC sobre os preços de transferência foi revogada sendo que agora utiliza-se um limite quantitativo na limitação da dedutibilidade dos juros. O que faz com que esta esta relação se torne menos evidente e mais limitada.

3.2.5. Preços de Transferência

Não podemos deixar de referir o que são preços de transferência¹⁷³. Apesar de não pertencerem às medidas previstas na Diretiva ATAD (1 e 2), fazem parte do programa BEPS (nomeadamente as Ações: 8,9, 10 e 13), sendo considerada uma forma de evasão fiscal (sentido amplo) mais antiga. Interessa-nos igualmente pelo seu conceito «*relações especiais*¹⁷⁴» uma vez que este é utilizado por outras normas antiabuso no combate à elisão fiscal.

Segundo Helena Pegado Martins, as regras específicas antiabuso têm em vista evitar o recurso abusivo das sociedades localizadas noutros países ou territórios e aí submetidas a regimes fiscais mais vantajosos¹⁷⁵.

Esse recurso abusivo pode corresponder ao pagamento direto ou indireto de somas através da criação artificial de encargos perante pessoas coletivas residentes fora de Portugal (com relações) e aí submetidas a um regime claramente mais favorável (artigo 63.º-D da Lei Geral Tributária), nos termos do n.º 4 do artigo 63.º do CIRC. Sendo este o motivo para deixar de

¹⁷³ «Os preços de transferência são os valores atribuídos a bens e a serviços dados pelos agentes económicos nas trocas que efectuam entre si, incluindo as transferências de bens e prestações de serviços que têm lugar no âmbito dos estabelecimentos e divisões independentes que integram a mesma unidade económica.» (pág 401 Faria; 1993)

¹⁷⁴ Este conceito também importa na questão das empresas associadas, previsto na convenção modelo da OCDE, no seu art.9º.

¹⁷⁵ Este conceito de regime preferencial para além de englobar os países ou territórios, previstos na portaria do Governo nº154/2004 de 13 de Fevereiro, também engloba o conceito de «relações especiais» e tem implícito todos os países ou territórios que não disponham de IRC ou imposto similar e quando o tenham não seja inferior a 60% da taxa prevista no CIRC (art.87º nº1). Afastam-se deste regime, os países ou territórios da UE ou do EEE (estes últimos, desde que haja cooperação administrativa no domínio da fiscalidade similar ao existente na UE). (Pág. 324 Helena Martins; 2018)

ser dedutível fiscalmente, exceto quando haja prova em contrário (art.23º-A nº1 , 7 e 8 do CIRC¹⁷⁶). (pág.352 Martins; 2018)

O contexto económico nacional e internacional sobre os preços de transferência não podia ser indiferente às autoridades fiscais portuguesas, visto que uma não atuação nesta área poderia abrigar situações de evasão fiscal (em sentido amplo) mediante transferência vultuosa de lucros tributáveis para outros países de menor tributação. (pág.440 Lousa; 1993)

As normas sobre preços de transferência seguem as recomendações da OCDE. O CIRC no seu artigo 63º¹⁷⁷ tem previsto que as operações comerciais submetidas a relações especiais (entre um sujeito passivo e outras pessoas ou entidades), sujeitas ou não a IRC, só deveram ser aceites se praticadas nos mesmos termos que seriam praticadas em situações comparáveis (nº1 e 2 do art.63º do CIRC).¹⁷⁸

Existem relações especiais entre duas entidades quando uma tem o poder de direta ou indiretamente exercer uma influência significativa na gestão da outra. Segundo o nº4 do art.63º¹⁷⁹ do CIRC, traduz-se numa participação não inferior à 20% do capital ou direito de votos.

O problema presente das relações especiais combate-se mediante o princípio da plena concorrência¹⁸⁰ recorrendo-se às condições ditas normais de mercado.

¹⁷⁶ Como consta do art.23º-A do CIRC, nº1 -r.) e nº7, não são dedutíveis as importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, as entidades residentes fora do território nacional e submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável, presente no art.63º-D nº1 e 5 da LGT « *ou quando o pagamento seja efectuado em contas abertas em instituições financeiras aí residentes ou domiciliadas* », a não ser que se prove que as operações realizadas não tem carácter anormal (nº8 do art.23º-A do CIRC). (Pág.323 Martins; 2018)

¹⁷⁷ A norma sobre os preços de transferência encontrava-se explicita no art.57º do CIRC (atual art.63º) e dizia-nos que « *a Direcção Geral das Contribuições e Impostos poderia efectuar as correcções que seriam necessárias para a determinação do lucro tributável, sempre que em virtudes das relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa, sujeita ou não a IRC, tivessem sido estabelecidas condições diferentes das que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes, conduzindo a que lucro apurado com base na contabilidade seja diverso do que se apuraria na ausência dessas relações.* ». Neste normativo temos presente o princípio da plena concorrência. (pág.437 Faria;1993)

¹⁷⁸ Site NewCo (investir em PT) sobre os preços de transferência

¹⁷⁹ Os tipos de relações especiais que se encontram enunciados no nº 4 deste artigo são, nomeadamente, « *o conjugue, ascendente, descendente, quando os membros dos órgãos sociais de administração, direcção, gestão ou fiscalização sejam os mesmos ou sendo diferentes estejam ligados entre si por casamento ou união de facto.* ».

¹⁸⁰ Um dos problemas encontrados pela adoção deste principio era o custo elevado que representava às Administrações Fiscais. « *As dificuldades encontradas pelas AF dos diversos países na aplicação do princípio da plena concorrência às situações concretas que lhes apresentam têm reduzido à adopção de medidas de diversa natureza. Desde logo, atento o custo administrativo que ações de correcção de preços pode importar.* » (págs.429 e 430 Faria; 1993)

A neutralidade fiscal, por parte dos Estados, poderia ser uma boa resposta às escolhas de ordem fiscal feitas pelos contribuintes para obterem uma vantagem fiscal normalmente indevida. (Pág.409 Faria ;1993)

Como estas questões ganham maior relevo quando estamos perante multinacionais, o aumento de volume das transações internacionais feitas pelas mesmas tornou necessário a existência de uma regulamentação adequado para o combate a estas práticas de forma a proteger as receitas fiscais dos países. (pág.409 Faria ;1993)

Os preços de transferência, seja de bens ou serviços, podem ser manipulados no sentido de provocar transferência de lucros indireta de uma sociedade para a outra, utilizando uma terceira sociedade como intermediário da transferência. Realiza-se esta manipulação sobre valores atribuídos a quaisquer bens e serviços, objeto da transferência, tal como no pagamento de juros, de dividendos, de serviços e mercadorias, entre outros. (pág.403 Faria; 1993)

As sociedades devem, com respeito às regras dos preços de transferência, adotar o método ou métodos suscetíveis de assegurar o mais elevado grau de compatibilidade entre operações ou série de operações, como consta do art.6^o¹⁸¹ da Portaria n^o268/2021 de 26 de Novembro, que revogou a Portaria n^o1145-C/2001, de 21 de Dezembro¹⁸².

¹⁸¹ Art.6^o Determinação do método mais apropriado

1 - O sujeito passivo deve adotar, para determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, qualquer dos métodos seguintes, tendo em conta, entre outros aspetos, a natureza da operação, a disponibilidade de informações fiáveis e o grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações que efetua e outras, substancialmente idênticas, que foram ou seriam, em circunstâncias comparáveis, efetuadas entre entidades independentes:

- a) O método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado, o método do custo majorado, o método do fracionamento do lucro ou o método da margem líquida da operação;
- b) Outro método, técnica ou modelo de avaliação económica de ativos geralmente aceites, sempre que os métodos previstos na alínea anterior não possam ser utilizados devido ao caráter único ou singular das operações ou à falta ou escassez de informações e dados comparáveis fiáveis relativos a operações similares entre entidades independentes, em especial quando as operações tenham por objeto direitos reais sobre bens imóveis, partes de capital de sociedades não cotadas, direitos de crédito ou intangíveis.

2 - Considera-se como método mais apropriado para cada operação ou série de operações aquele que é suscetível de fornecer a melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados numa situação de plena concorrência, devendo ser feita a opção pelo método mais apto a proporcionar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e outras não vinculadas, e entre as entidades selecionadas para a comparação, que conte com melhor qualidade e maior quantidade de informação disponível para a sua adequada justificação e aplicação, e que implique o menor número de ajustamentos para efeitos de eliminar as diferenças existentes entre os factos e as situações comparáveis. (...) Presentes nos artigos 8^o ao 12^o da mesma Portaria n^o268/2021.

¹⁸² A Portaria n^o1145-C/2001, de 21 de Dezembro regula os preços de transferência dos sujeitos passivos de IRS e IRC.

As medidas de combate à evasão fiscal, através dos preços de transferência, já há muito que são uma preocupação para os governos dos diversos países (pág.410 Faria; 1993).

O papel da OCDE e das Nações Unidas a nível internacional tem sido essencial. A OCDE já em 1979 e 1984 mereceu especial destaque por dois relatórios publicados *sobre «preços de transferência e empresas multinacionais»*. (pág.410 Faria; 1993).

Foram trabalhos muito importantes, onde para além do enquadramento geral da matéria, desenvolveram-se um conjunto de linhas orientadoras sobre os princípios e métodos a adotar na correção de preços de transferência entre empresas associadas. Referiu-se, igualmente, a importância da harmonização, dos princípios e dos métodos para desta forma eliminar quaisquer situações de dupla tributação. (pág.409 Faria; 1993)

O Parlamento Europeu recentemente expôs a sua preocupação relativamente a utilização de preços de transferência no PF agressivo, referindo a necessidade de se tomar medidas adequadas para melhorar esta problemática. De forma a respeitar as orientações da OCDE de 2010 sobre esta matéria para as empresas multinacionais e para as A, torna-se importante garantir que as mesmas reflitam a realidade económica das operações, proporcionando «segurança, clareza e equidade» ao EM e às sociedades que operem no mercado único. (p.48 Relatório do Parlamento Europeu sobre os crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2021(INI))

As ações da UE destinadas a combater a erosão da base tributável e o PF agressivo deram às autoridades fiscais um conjunto de instrumentos de maneira a conseguirem assegurar uma «cobrança fiscal equitativa». Não se devem impor encargos adicionais aos contribuintes, de forma a se proteger a competitividade empresarial da UE. (p.49 do Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e elisão e evasão fiscais (2018/2021(INI))

O Parlamento Europeu pediu à Comissão para finalizar os trabalhos, relativamente às boas práticas e controlos em matéria de preços de transferência, na aplicação dos EM. (2018/2021(INI)).

A Comissão Europeia, no seu plano de ação para uma Tributação Justa e Simples, previu a criação de um grupo de peritos em preços de transferência como ação 21. (pág.16 COM(2020) 312 Final)¹⁸³

¹⁸³ 21. A Comissão criará um grupo de peritos em preços de transferência, a fim de elaborar soluções pragmáticas e não legislativas para problemas práticos colocados por práticas de preços de transferência

3.3. CFC Rules - Controlled Foreign Corporation Rules

Como nos diz Clotilde Celorico Palma, a legislação sobre as sociedades estrangeiras controladas tem como objetivo eliminar o possível benefício que possa surgir da transferência de rendimentos para jurisdições com tributações inferiores às normais. (pág.139 Palma; 2015)

As medidas antiabuso relativas às SEC surgiram em Portugal com o DL n.º37/95 de 14 de Fevereiro, no qual constava que o combate à evasão fiscal (sentido amplo) era decisivo para preservar as receitas fiscais e manter uma justa tributação dos Estados. Passou-se a inserir medidas a nível internacional para combater este fenómeno cada vez mais global, resultado do crescente número de operações transnacionais de empresas pertencentes ao mesmo grupo com países terceiros.¹⁸⁴

A regra das SEC surgiu em Portugal como art.57º-B do Código do IRC e previa o seguinte: *«eram imputados aos sócios residentes 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, directa ou indirectamente, uma participação social de, pelo menos, 25%, ou, no caso da sociedade não residente ser detida, directa ou indirectamente, em mais de 50%, por sócios residentes, uma participação social de, pelo menos, 10%.»*.¹⁸⁵

A imputação era feita na base tributável, ao período do exercício correspondente ao lucro obtido, após dedução do imposto sobre o rendimento incidente sobre esses mesmos lucros a que houvesse lugar e se houvesse lugar, no regime fiscal aplicável no Estado de Residência da sociedade estrangeira controlada¹⁸⁶.

relevantes para a UE. O grupo será estruturado de forma a ter em conta as contribuições dos Estados Membros e das partes interessadas das empresas e da sociedade civil. Este grupo de peritos aumentará a segurança fiscal e reduzirá, ao mesmo tempo, o risco de dupla tributação. (3.6. Simplificar as regras fiscais da EU para aumentar a competitividade do mercado único pág. 16 COM(2020) 312 final)

¹⁸⁴ DL n.º37/95 *«A evasão e fraude fiscais assumem cada vez mais uma dimensão internacional, resultante da crescente internacionalização das empresas, da maior mobilidade das pessoas e dos capitais e do próprio desenvolvimento das técnicas utilizadas para esse efeito. O combate a essas práticas é, porém, decisivo como forma de preservar as receitas fiscais e assegurar a justiça na tributação, inserindo-se nesse contexto as medidas que, a nível internacional, se vêm tomando para o efeito. Este diploma acolhe na legislação portuguesa algumas delas. »*

¹⁸⁵ Art.57º-B n.º1 do CIRC introduzido pelo DL n.º37/95 de 14 de Fevereiro.

¹⁸⁶ (...) *tem sido apontado ao princípio da residência o inconveniente de poder incentivar o êxodo dos residentes – sobretudo na vertente da deslocalização das empresas – de modo a evitar as altas taxas de*

Considerava-se que uma sociedade estava submetida a um regime mais favorável segundo antigo art.57º-A do CIRC do DL n.º37/95 quando no território de residência da mesma não fosse tributada em imposto sobre o rendimento ou a taxa de tributação aplicável fosse menor que 20% (com exceção de Macau, na qual seria inferior à 15%¹⁸⁷).

Em 2001, o artigo supramencionado foi transferido para o art.60º do CIRC, pelo Decreto-lei n.º 198/2001 de 3 de Julho¹⁸⁸, tendo sido alterados os números 5 até ao 7 e acrescentado o número 8. Esta versão manteve-se até 2009, depois foi novamente alterada pelo DL n.º159/2009 de 13 de Julho que republicou o código passando a estar presente no art.66º do CIRC.¹⁸⁹ O número 1 deste artigo prevê que sejam tributados os sujeitos passivos residentes em território nacional que detenham de forma direta ou indireta pelo menos 25% das partes capital, dos direitos de voto ou direitos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais dessas entidades. Esse regime como se pode ver no número 1 aplica-se aos sócios residentes em território nacional, na proporção da sua participação social.

Na Comunicação da Comissão Europeia de 2007, no tocante à aplicação das regras SEC em países terceiros, tinha-se presente que o centro da gravidade encontrava-se na capacidade que as empresas de grupo tinham em se estabelecerem, através de subsidiárias noutros países com sistemas tributários inexistentes ou relativamente baixos. (COM(2007) 785 final 4. *Aplicação das Regras Antiabuso em Relação a Países Terceiros*)

Segundo este Comunicado, as regras antiabuso deviam limitar-se a situações em que haja um outro elemento de abuso como no processo «*Cadbury Schweppes*». O TJUE facultou

tributação vigentes no Estado da residência. Outra situação incentivada seria a manutenção dos rendimentos no exterior, de forma a subtrai-los à tributação do Estado da residência. (pág.220 Paula Rosado Pereira; 2015)

¹⁸⁷ “Art. 3.º Para efeitos do disposto no artigo 57.º-B do Código do IRC, enquanto o território de Macau se mantiver sob administração portuguesa não se considera que uma sociedade no mesmo residente esteja submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando os respectivos lucros forem aí tributados a uma taxa não inferior a 15%.” DL n.º37/95

¹⁸⁸ Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que reforma a tributação do rendimento e adopta medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais, veio tornar não apenas útil, mas indispensável, a revisão daqueles diplomas, para os dotar de melhor sistematização e coerência interna.

« A Lei n.º 30-G/2000, no seu artigo 17.º, autoriza o Governo a rever globalmente a redacção dos Códigos do IRS e do IRC, do Estatuto dos Benefícios Fiscais e da demais legislação que disponha sobre regimes de benefícios fiscais (...). No uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 17.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, e nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta este DL n.º 198/2001. »

¹⁸⁹ Art.66º do CIRC no portal das finanças: « Nota - Corresponde ao artigo 60.º, na redacção do CIRC em vigor previamente à produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13/07, que republicou aquele Código) ».

uma orientação mais concreta sobre os critérios à utilizar para detetar-se expedientes puramente artificiais, afirmando que se considera um «*estabelecimento genuíno*» se com base na avaliação de fatores objetivos seja verificável por terceiros provas de existência física (tal como instalações, pessoal e equipamento) e as mesmas reflitam uma realidade económica genuína e não sejam apenas uma «*caixa de correio*» ou um Estabelecimento Estável artificial. (COM(2007) 785 final)

Tal como referimos na subcapitalização, também nos «*CFC rules*», a sua aplicação na UE deve ser examinada a nível da liberdade de estabelecimento presente no atual art. 49º do TFUE.¹⁹⁰

A regra relativa aos CFC presente na Diretiva ATAD 1 não contém conceito «*tributação efetiva*», mas sim «*imposto sobre as sociedades efetivamente pago*» conceitos que estão interligados. (p. 28 alínea b.) Relatório Ecofin 2016)

A ideia do princípio da neutralidade está associada às normas antiabuso, tal como no caso dos CFC Rules, uma vez que é tida como uma forma de combate a montagens artificiais realizadas em Estados de baixa tributação que têm como único objetivo obter uma vantagem fiscal¹⁹¹.

A neutralidade é importante porque pretende que os Estados sejam neutros em termos fiscais, permitindo desta forma que os investimentos feitos pelo contribuinte noutros Estados não tenham como intenção as vantagens fiscais aí presentes, mas sim a qualidade dos serviços, produtos, entre outros.

Este princípio pode ser visto sob diversas perspetivas, contudo o seu ponto central é a ideia de uma eficiente alocação dos recursos com o intuito de maximizar a eficiência da economia. (pág.210 Rosado Pereira; 2015)

Segundo Paula Rosado Pereira o nível de tributação, ou seja, a estabilidade da mesma, é bastante relevante na tomada de decisões por parte dos investidores. Principalmente nos

¹⁹⁰ Desta forma, o centro de gravidade no que respeita às regras relativas à subcapitalização situa-se também claramente a nível da liberdade de estabelecimento e, tal como no caso das regras CFC, a sua aplicação deve, por conseguinte, ser examinada unicamente na perspetiva do artigo 43.º do Tratado CE[18].

¹⁹¹ Tal como nos preços de transferência, também no caso das normas SEC, estas não se aplicam as sociedades residentes na UE e no EEE (que prossigam regras similares às da UE), quando o sujeito passivo mostre que a existência da sociedade não residente exerça uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola ou como prestadora de serviços (art.66ºnº12) e a mesma se deva por razões comerciais válidas. (pág.353 Martins; 2018)

casos de «*aplicação de capital*», ou seja, situações em que não há exercício direto com uma atividade produtiva.

O princípio da neutralidade pretende evitar influenciar as decisões dos contribuintes. A pluralidade de sistemas fiscais faz com que seja inevitável a existência de desigualdades em termos tributários, isto na fiscalidade direta.

3.3.1. Jurisprudência sobre a matéria

No Caso Cadbury Schweppes, uma sociedade estabelecida no RU estava sujeita ao imposto sobre as sociedades relativamente aos lucros obtidos globalmente, ou seja, dentro e fora dos EM. Isto significava que se adicionava ao seu lucro, o lucro das filiais. (p.3 Caso Cadbury Schweppes)

Este caso é composto por sociedades de grupo, na qual a sociedade residente mãe no RU é a Cadbury Schweppes (CS), a CSTS é uma sociedade filial desta última e a CSTI é uma filial da CSTS. Estas sociedades filiais são detidas direta e indiretamente pela CS que detém um conjunto de filiais, estando no topo delas a CSO. (p13 Cadbury Schweppes)

A CSTS e CSTI¹⁹², estabelecidas no IFSC¹⁹³, eram sujeitas a taxa de imposto de 10% (no processo principal). Esta taxa aplicada às duas sociedades sobre os lucros obtidos era inferior à aceite pela legislação relativa às SEC.

Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a CSTI e a CSTS foram constituídas em Dublin na Irlanda com o intuito de evitar o regime fiscal do RU e usufruir do regime fiscal mais vantajoso do IFSC. (p.17 e 18 Cadbury Schweppes)

A lei relativa às SEC (Section 747 e 756 e nos Schedules 24 a 26 do Income and Corporation Taxes Act 1988) referia que os lucros de uma SEC, quando detida em mais de 50% pela sociedade residente, eram atribuídos e tributados através de crédito de imposto correspondente ao imposto pago pela SEC no Estado onde ela se fixava de forma a se evitar a DT. (p.4 e p.6 Cadbury Schweppes)

Se os lucros fossem distribuídos à sociedade residente sob forma de dividendos, o imposto pago por esta no RU era tido como imposto adicional. Esta regra aplicava-se apenas quando

¹⁹² As atividades da CSTS e CSTI consistiam em angariar fundos para as filiais do Grupo CS. (p 15)

¹⁹³ "Ireland's International Financial Services Centre"

a SEC era estabelecida num Estado de tributação inferior ao considerado normal, isto era inferior a três quartos do montante do imposto no RU. (p.7 Cadbury Schweppes)

Havia, contudo, uma série de exceções no parágrafo 8, nomeadamente, quando a SEC adotava uma política de distribuição aceitável, quando exercia atividades isentas, quando cumpria requisitos de cotação pública (detidos em mais de 35% dos direitos de voto, pelo público) e quando os lucros da SEC não ultrapassavam os 50 000 GBP (libras). Estando igualmente excluída da regra geral os casos em que as SEC eram submetidas e aceites pelo teste da intenção. (p. 9 Cadbury Schweppes)

Ainda nos casos em que a SEC desse origem à redução de imposto no RU, o montante não poderia exceder determinado limite tendo-se que provar que essa redução não tinha como principal ou um dos principais motivos a obtenção de uma vantagem fiscal. (p. 10 e 11 Cadbury Schweppes)

A sociedade mãe CS e a filial CSO interpuseram recurso do aviso de liquidação por acharem que às normas das SEC iam contra as liberdades dos tratados, nomeadamente, o art.43º, o art.49º e o art.56º do CE (atuais art.49º, 56º e 63º e do TFUE). (p.21 Cadbury Schweppes)

A primeira questão que colocaram era saber se ao constituir uma sociedade noutra EM com objetivo de beneficiar do regime fiscal mais favorável do que o do RU, a CS abusava das liberdades previstas dos tratados. (p.23 Cadbury Schweppes)

Por esta razão, torna-se necessário saber em que situações é que podemos considerar que as normas sobre as SEC constituem um entrave às liberdades da União Europeia ou quando constituem uma discriminação. (p.24, 25 e 26 Cadbury Schweppes)

Se, se verificar uma discriminação ou restrição à liberdade, a questão era saber se esta legislação aplicada às SEC podia ser justificada por motivos imperativos de interesse geral, tal como a luta contra a evasão fiscal (sentido amplo).

Em caso afirmativo, dever-se-ia analisar se a proporcionalidade era respeitada, nomeadamente, quanto ao facto das sociedades poderem ser isentadas, quando respondessem positivamente ao teste da intenção, demonstrando que suas operações/montagens eram genuínas. (p. 27 Cadbury Schweppes)

O órgão jurisdicional de reenvio «*Special Commissioners of Income Tax, London*» decidiu submeter ao TJUE a seguinte questão prejudicial, «*Os artigos 43.º CE, 49.º CE e 56.º CE opõem-se a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que,*

em circunstâncias específicas determinadas, prevê a tributação de uma sociedade estabelecida neste Estado-Membro em razão dos lucros de uma filial estabelecida noutro Estado-Membro e sujeita a um nível de tributação inferior?» (p.28 Cadbury Schweppes)

Tal como dissemos na regra da subcapitalização, a livre prestação de serviços não tem previsto o estabelecimento noutros EM, mas sim a realização de uma prestação com outros EM. Enquanto o direito de estabelecimento tem previsto o estabelecimento contínuo e não temporário noutros EM. A liberdade de capitais é a única que pode acontecer entre EM e entre este e países terceiros, ao aplicar esta última e a prestação de serviços fazemo-lo cumulativamente com o direito de estabelecimento, havendo sempre uma repercussão sobre este, não se justifica uma análise aos art.49º (atual art.56º do TFUE) e art.56º do CE (atual art.63º do TFUE). (p.33 Cadbury Schweppes)

Tornou-se necessário analisar se o facto de uma sociedade estabelecida num EM constituído e dotado de capitais de uma sociedade noutro Estado-Membro, com o único objetivo de beneficiar do regime fiscal mais favorável em vigor neste último, constituiria ou não uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento. (p.35 Cadbury Schweppes)

Os EM não se devem aproveitar das facilidades que surgem dos Tratados. (p.35 Cadbury Schweppes) Contudo, mesmo que o contribuinte se instale num EM diferente daquele que reside com a pretensão de receber uma vantagem fiscal, não lhe retirava o direito de invocar as disposições dos Tratados. (p.36 Cadbury Schweppes)

O TJUE disse que o facto de uma sociedade ser constituída noutro EM com o objetivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não era suficiente para se concluir que estamos perante um abuso da liberdade de estabelecimento. (p.37 Cadbury Schweppes)

Apesar da jurisprudência sobre a fiscalidade direta ser da competência dos EM devem, contudo, fazê-lo com o respeito ao direito da UE. (p.40 Cadbury Schweppes)

Tornou-se necessário, por essa razão, a verificação se a análise do direito de estabelecimento (atuais art.49º e 54º do TFUE) ia contra esta norma SEC. (p.39 Cadbury Schweppes)

As disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visam, por um lado, assegurar o benefício de tratamento nacional do EM de acolhimento e, por outro, impedir que o EM de origem imponha obstáculos ao estabelecimento noutro EM de uma sociedade nacional ou constituída conforme a sua legislação. (p.42 Cadbury Schweppes)

O facto dos lucros de uma SEC situada num EM com tributação inferior à da sociedade residente serem atribuídos a esta última, como previsto na legislação das SEC presente neste acórdão, faz com que estejamos perante uma diferença de tratamento na qual a residente que detém uma SEC numa jurisdição de tributação reduzida fica prejudicada porque o mesmo não acontece quando a SEC se encontra estabelecida no RU ou noutra EM com uma tributação aproximada da considerada normal. O que constitui uma desvantagem para a Sociedade residente que detém a SEC na jurisdição com taxas reduzidas podendo ser visto como um entrave à liberdade de estabelecimento, nomeadamente, nos art.49º e 54º do TFUE (atualizados aos dias de hoje). (p. 44, 45 e 46 Cadbury Schweppes)

Esta restrição só podia ser justificada se fosse proporcional ao objetivo pretendido e visasse motivos imperativos de interesse geral.

O Governo do RU alegava que a legislação relativa às SEC tinha como objetivo a luta contra a evasão fiscal. (p.48 Cadbury Schweppes)

Porém, o simples facto que uma sociedade residente criar uma SEC numa jurisdição de tributação inferior à normal não serve de justificação à restrição do direito de estabelecimento. (p.50 Cadbury Schweppes)

Os motivos que servem de justificação à diferença de tratamento são: quando os lucros e os prejuízos são tratados de igual forma nos diferentes sistemas fiscais para uma repartição justa da soberania fiscal dos EM e evitando-se igualmente que os prejuízos fiscais sejam contabilizados duas vezes de forma a evitar a evasão (elisão) fiscal. (p. 94 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

O que poderia justificar esta restrição seria se estivéssemos perante montagens artificiais sem substância económica real com o objetivo de fugir à alçada da legislação nacional. (p.51 e 55 Caso Cadbury (CS))

Para estarmos perante um expediente artificial temos de ter presente um elemento subjetivo - obtenção de uma vantagem fiscal - que resulta de elementos objetivos (neste caso é o desrespeito pelo direito da UE) presente uma vez que à liberdade de estabelecimento não foi respeitada. (p.64 Caso Cadbury) Como se verifica no Caso CS, se a SEC corresponder a uma montagem fictícia sem atividade económica efetiva, deve-se considerar que estamos perante um expediente artificial. (p.68 Caso Cadbury)

Na opinião do Advogado Geral Philippe Léger, na verificação de uma prática abusiva, deve-se analisar a implementação da SEC no Estado de reduzida tributação e as transações entre a mãe e esta última se enquadram no direito de estabelecimento. (p. 105 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

O conceito de estabelecimento da UE tem presente o exercício efetivo de uma atividade económica ou comercial nesse Estado, através da prestação real e efetiva de atividade, sendo certo que tal ação não pode ser considerada como evasão fiscal, por si só, mesmo que haja uma vantagem fiscal aí presente. (p.106 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

Quando tivermos perante uma SEC genuína, isto é, com realidade económica, conforme o Direito da UE, a tributação deve ser excluída. (p.65 do CS)

Esta verificação é assente em elementos objetivos que são comprováveis por terceiros tal como instalações, pessoas e equipamentos. (p.67 do CS)

Como nos diz o Advogado Geral P. Léger, a legislação nacional sobre as normas SEC não se deve limitar em termos gerais às situações, mas antes, exigir uma análise caso a caso do benefício que os contribuintes e as sociedades retirem do Direito da UE, mediante uma montagem fictícia de forma a obterem vantagens fiscais. (p. 92 Conclusões do Acórdão CS)

A Comissão afirmou que é mais fácil criar artificialmente uma SEC que se dedique à prestação de serviços, principalmente quando os serviços em causa prevejam como neste caso: levantar fundos e entrega-los às filiais do grupo, podendo ser feito através de uma sociedade com pessoal e instrumentos informáticos que não se encontrem em presença física, tal como nas sociedade “caixa de correio”. (p.138 Conclusões do Advogado Geral P. Léger) Por esta razão, não pareceu excessivo ao ver do Advogado Geral esta presunção de elisão fiscal em vez de esperar pela posterior comunicação de informações da Diretiva - troca de informações -visto existir uma facilidade na deslocação de tais serviços. (p.140 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

O tribunal referiu que não se pode considerar como razão imperiosa da coletividade a redução das receitas fiscais, visto ir contra o princípio da liberdade de estabelecimento. (p. 96 Conclusões do Advogado Geral P. Léger). Tal como no acórdão Marks & Spencer, a sociedade mãe de um EM não pode ir contra a criação de uma filial noutra EM pelo facto das atividades exercidas, neste último, poderem sê-lo na residência principal (sociedade mãe). (p.103 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

O preço das transações presentes entre a filial e a sociedade mãe deve ser feito com respeito ao princípio da plena concorrência. Estas transações apenas podem ser consideradas de elisão fiscal se estivermos perante montagens artificiais destinadas a evitar a legislação interna. (paragrafo 108 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

Para se saber se estamos perante uma operação fictícia tem de se efetuar uma análise caso a caso da realidade na implementação da SEC no outro Estado e das atividades realizadas por esta, cuja operação conduzia ao benefício fiscal indevido. (p. 110 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

O Advogado Geral, juntamente com a Comissão não vêm a criação de uma filial noutra EM como um critério pertinente, acrescentando que a conclusão de uma conduta artificial não deve surgir de uma presunção que a criação da nova filial apenas sirva para se obter vantagens fiscais. (p. 115 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

As exceções à implementação das regras SEC, presentes na legislação do RU, não são suficientes aos olhos da Comissão, de outros EM e também do Advogado Geral, visto que as mesmas não provam a existência uma montagem artificial. (p. 143 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

Relativamente ao teste da intenção presente na legislação do RU, a Comissão juntamente com os Governo belga e cipriota afirma que o mesmo não é suficiente, visto que nada indica que houvesse uma análise efetiva às atividades reais da filial e pelo facto que incluía uma norma que aplicava esta norma das SEC às sociedade que tivessem a intenção de beneficiar de uma tributação inferior ao Estado de origem, uma vez que este fator não basta para se considerar uma operação fiscal artificial. (p. 147 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

O Advogado Geral tinha a mesma opinião do órgão jurisdicional de reenvio dizendo que este teste da intenção deveria analisar a artificialidade das manobras destinadas a contornar a lei fiscal nacional. (p.150 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

Contudo, o Tribunal admitiu que há uma possibilidade de elisão fiscal na transferência de prejuízos de uma filial não residente para a mãe residente podendo ser realizada através de transferências de prejuízos para as sociedades sediadas em jurisdições de alta tributação de forma a reduzir o seu lucro. O facto de se excluir a dedução de grupo de prejuízos provenientes de filiais não residentes evita estas práticas sendo por este motivo aceites. (p. 99 Conclusões do Advogado Geral P. Léger)

Apesar de se ter verificado que a causa prevista das normas SEC prosseguia objetivos legítimos, conseguindo atingi-los (p.100 Conclusões do Advogado Geral), concordou-se sobre o facto de se achar que a mesma era desproporcional neste combate à elisão fiscal. (p.148 Conclusões do Advogado Geral).

Respondendo à questão prejudicial, a liberdade de estabelecimento é contra a incorporação do lucro da SEC estabelecida noutra EM sujeito à uma tributação inferior comparando com a sociedade residente se a mesma pressupõe uma montagem genuína e com substância económica real. Porém se estivermos perante expedientes artificiais a restrição é aceite como devidamente justificada. (p.75 Caso Cadbury Schwepps).

O acórdão sobre o Cadbury Schwepps é considerado um marco na interpretação das normas antiabuso visto que, segundo o TJUE, as medidas são proporcionais se se provar que estamos perante montagens artificiais sem substância económica e comerciais válidas¹⁹⁴. A aplicação das normas antiabuso não se podem cingir à presunção de atos elisivos, mas antes na prova da artificialidade das ações na obtenção de vantagens fiscais indevidas.

O Comunicado da Comissão Europeia em 2007 vem ao encontro desta decisão quando nos diz que as regras SEC determinam o tratamento fiscal dos lucros de uma empresa estrangeira controlada por uma sociedade residente. Estas regras eram direcionadas apenas aos sócios e aos acionistas residentes com uma influência significativa sobre a SEC. O problema centrava-se na capacidade que as empresas tinham em se estabelecerem em subsidiárias noutros países e, tal como previsto na regra da subcapitalização, deveria ser verificado unicamente o respeito à liberdade do estabelecimento.¹⁹⁵

Assim como referimos na regra subcapitalização, também para as «*CFC Rules*», o Conselho da União Europeia publicou uma recomendação¹⁹⁶ «*soft law*», isto em 2010. Informou que as regras «*CFC*» poderiam constituir uma restrição ao mercado único europeu com a sua diferença de tratamento entre residentes e não residentes. Apesar de tudo, as restrições às liberdades podem ser aceites se forem justificadas, tal como nas situações de combate à

¹⁹⁴ Segundo este caso para estarmos perante um expediente artificial temos de ter presente um elemento subjetivo (a obtenção da vantagem fiscal), resultado de elementos objetivos (que neste caso foi o desrespeito pelo direito da UE). (p.64 Caso CS)

¹⁹⁵ Bruxelas, 10.12.2007. COM(2007) 785 final. « 4. Aplicação das Regras Antiabuso em Relação a Países terceiros »

¹⁹⁶ Council Resolution of 8 June 2010 on coordination of the Controlled Foreign Corporation (CFC) and thin capitalisation rules within the European Union. 2010/C 156/01

elisão fiscal, mediante a prova de montagens económicas artificiais e desde que os sistemas fiscais na sua atuação respeitassem um dos princípios basilares da UE: a proporcionalidade. No ponto A desta «*soft law*» temos presente uma «*lista não exaustiva de indicadores*» que nos elucidam para situações onde os lucros poderiam ser desviados de forma artificial, nomeadamente, quando não havia razões económicas ou comerciais válidas, perante a constituição de uma sociedade que não corresponda a um estabelecimento real com uma atividade efetiva. Também quando não houvesse uma proporcionalidade entre as atividades exercidas pela SEC e o seu grau de existência física, tal como Instalações, pessoal, entre outros ou ainda na presença de um capital da sociedade superior ao exercício da sua atividade.¹⁹⁷

Em Portugal, no acordo do TCA do Sul Processo n.º 227/07.4 BELSB, temos presente a Sociedade Comercial O..., S.A que deduziu uma impugnação judicial pela liquidação adicional de IRC e os respectivos juros compensatórios relativo ao ano 2001. À qual, o Tribunal Tributário de Lisboa julgou improcedente.¹⁹⁸

Ao não concordar com esta decisão, a Sociedade Comercial O..., S.A. interpôs recurso, alegando que as subsidiárias que se encontravam nas Ilhas Cayman angariaram vários recursos externos e internos (tal como pessoal, técnicos, administrativos, etc) suportando diversos gastos de naturezas distintas.¹⁹⁹

Muitas das regras existentes sobre as SEC, nos dias de hoje, aplicam algum tipo de análise à substância e muitos EM da UE combinam uma abordagem “categórica” com a exclusão das atividades económicas genuínas. Estas análises podem utilizar uma variedade de “proxies”, ou seja, indicadores para determinarem se o rendimento da SEC foi separado da substância presente, tal como pessoas, instalações, ativos, riscos, entre outros. Estas análises têm algo em comum: a verificação se a SEC tem a capacidade de obter por si mesma esses rendimentos. (p.81 Action 3 BEPS; 2015)

¹⁹⁷ Council Resolution of 8 June 2010 on coordination of the Controlled Foreign Corporation (CFC) and thin capitalisation rules within the European Union. 2010/C 156/01 Paragraph (A).

¹⁹⁸ Chegaram a acordo os juízes que compõem a 1ª Sub-Secção de Contencioso Tributário do Tribunal Central Administrativo do Sul. I – Relatório.

¹⁹⁹ «D. Por outro lado, a própria convicção de uma putativa exiguidade dos meios ao dispor das subsidiárias encontra-se equivocada, porquanto as mesmas angariaram interna e externamente recursos vários (pessoal, técnicos, administrativos, etc.), suportando uma panóplia de gastos de diversas naturezas e magnitudes.»

Ficou provado na sentença anterior que a Impugnante detinha uma participação social de 100% do capital social das duas sociedades detidas nas Ilhas Cayman²⁰⁰, as mesmas tinham como atividade o comércio marítimo em Angola e em Moçambique, sendo que os seus clientes e fornecedores eram residentes nesse território.²⁰¹

A Impugnante, quando exerceu o seu direito de audição prévia, afirmou que os lucros obtidos pelas sociedades participadas não foram distribuídos para serem tributados pela sua distribuição aos sócios e que como preenchia os requisitos do (antigo) artigo art.60º nº4 não se deveria aplicar o nº1 (todos do CIRC), sendo esta a razão dada para não se aplicar a regra da «imputação aos sócios residentes dos lucros obtidos por sociedades residentes em territórios com um regime fiscal claramente mais favorável, independentemente da sua distribuição».²⁰²

Não satisfeita com a justificação, a AF notificou a impugnante pela liquidação adicional de IRC, da derrama e de juros compensatórios.²⁰³

Este foi o motivo para a impugnante deduzir uma reclamação graciosa, na qual não foi proferida decisão expressa sobre a mesma²⁰⁴ apresentando de seguida esta ação.²⁰⁵

A recorrente, junto dos autos dos elementos contabilísticos, na sentença recorrida apresentou a lista de clientes e fornecedores das participadas como prova da sua atividade, contudo deixou de provar mínimos essenciais ao exercício da atividade comercial nas Ilhas Cayman,

²⁰⁰ II- Fundamentação – De Facto

Parágrafo B: “(...) sociedades L... Internacional, Ltd e O... Cayman Ltd, residentes nas Ilhas Cayman (...)”.

²⁰¹ B) A Impugnante detém uma participação social de 100% no capital social das sociedades L... Internacional, Ltd e O... Cayman Ltd, residentes nas Ilhas Cayman, cuja actividade é o comércio marítimo dirigido predominantemente, a primeira com Angola, e a segunda com Moçambique sendo seus clientes e fornecedores internacionais os residentes neste território - cf. fls. 63 e 71 do PAT;

²⁰² “H) Notificada do projecto de relatório de inspecção, em 29/11/2005, a Impugnante exerceu o direito de audição prévia invocando que os lucros obtidos pelas sociedades participadas identificadas em C) não foram distribuídos e que preenche os requisitos cumulativos previstos no n.º 4 do artigo 60.º do CIRC, de que depende a desaplicação da regra da imputação aos sócios residentes dos lucros obtidos por sociedades residentes em territórios com um regime fiscal claramente mais favorável, independentemente a sua distribuição - cf. fls. 105;”

²⁰³ J) Em 22/12/2005 foi a Impugnante notificada da liquidação adicional n.º 2005 8... relativa a IRC, derrama e juros compensatórios no montante de € 201 698,86 referente ao exercício de 2001 - cf. documento de fls. 39 dos autos;

²⁰⁴ K) Em 20/4/2006 a Impugnante deduziu reclamação graciosa (...) L) Não foi proferida decisão expressa sobre a referida reclamação (...)

²⁰⁵ M) Em 19/1/2007 a Impugnante deduziu a presente acção (...)

tal como as instalações (rendas etc) e meios de comunicação. (N) O) Q) do acórdão TCA do Sul Processo:227/07.4BELSB)²⁰⁶

Nas alegações de recurso, a Sociedade Comercial O..., S.A entregou três documentos, nomeadamente, os balancetes das duas Sociedades nas Ilhas Cayman e também cópia de um contrato de arrendamento do ano 1994.²⁰⁷

Porém, segundo o art.651º nº1²⁰⁸ do Código de Processo Civil, relativamente à junção de documentos, diz-nos que esta era apenas possível se a necessidade do documento fosse imprevisível antes da proferida decisão da 1ª Instância.²⁰⁹

Foi provado neste caso que a adição destes novos documentos não se enquadrava em nenhuma das circunstâncias previstas neste último artigo, tendo estas novas provas sido rejeitadas por esse motivo.²¹⁰

²⁰⁶N) No exercício de 2001 a Impugnante registou na sua contabilidade como clientes,

O) A sociedade O... (Cayman) Ltd registou na sua contabilidade como fornecedores

Q) Dos elementos contabilísticos juntos aos autos resulta a inexistência de meios, ainda que mínimos, indispensáveis ao exercício de actividades comerciais no território de Cayman, como instalações (rendas ou imobilizações corpóreas) e meios de comunicação, uma vez que dos balancetes não resulta evidenciada a existência de tais meios, nem constam contas movimentadas que permitam retirar tal conclusão - cf. depoimento da testemunha M... e documento de fls. 209 a 217 dos autos e 220 a 228 do PAT.

²⁰⁷ - De Direito

“a Recorrente, Sociedade Comercial O..., S.A., veio requerer, nas alegações de recurso, a junção aos autos de 3 documentos, sendo que se trata, por um lado de balancetes das sociedades O... Cayman e L... International e, por outro, de cópia de um contrato de arrendamento datado de 1994.”

(...)

Para justificar a utilidade da junção, defende a Recorrente, a propósito do desenvolvimento de uma actividade comercial nas Ilhas Cayman, que dos balancetes resulta evidência bastante daquela. Relativamente ao dito contrato de arrendamento, refere que parte do seu custo teria sido suportado pela O... Cayman.

²⁰⁸ « 1 - As partes apenas podem juntar documentos às alegações nas situações excepcionais a que se refere o artigo 425.º ou no caso de a junção se ter tornado necessária em virtude do julgamento proferido na 1.ª instância. »

²⁰⁹ -De Direito

(...) 8. No que diz respeito à hipótese de junção de documentos quando esta se torne necessária em virtude do julgamento efectuado em 1ª Instância (cfr.al.d) supra), o advérbio “apenas”, usado no artº.651, nº.1, do C.P.Civil, significa que a junção só é possível se a necessidade do documento era imprevisível antes da proferida a decisão na 1ª Instância, isto é, se a decisão da 1ª Instância criar, pela primeira vez, a necessidade de junção de determinado documento. A lei quis manifestamente cingir-se aos casos em que, pela fundamentação da sentença ou pelo objecto da condenação, se tornou necessário provar factos com cuja relevância a parte não podia razoavelmente contar antes de a decisão da 1ª. Instância ser proferida”.

²¹⁰ -De Direito (...)“Ora, considerando o invocado pela Recorrente, entendemos que a pretendida junção de documentos não se enquadra em nenhuma das circunstâncias supra referidas. O que nos leva a concluir pela sua não admissão nesta fase processual, por contrariar o preceituado no artigo 651º do CPC, pelo que se indefere a requerida junção.”

Na decisão do tribunal «*a quo*» verificou-se a obrigação dos contribuintes imputarem ao seu rendimento a quota-parte das SEC, independentemente da distribuição dos dividendos aos sócios de forma a se evitar «*situações de acumulação, por parte dos residentes, de resultados em sociedade sediadas em países com regime fiscal privilegiado, com o único intuito de diferir ou eliminar a tributação no país de residência do sócio – designado por “tax deferral”.*»²¹¹

A AT concluiu que não estava comprovada o exercício de atividade comercial nas Ilhas Cayman, visto que não se conseguiu provar os mínimos indispensáveis como é o caso das instalações e rendas por razões processuais.

Tínhamos presente no art.60º nº4 do CIRC que excluía-se as «sociedades residentes fora do território português quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições: a) Os respectivos lucros provenham em, pelo menos, 75% do exercício de uma actividade agrícola ou industrial no território onde estão situadas ou do exercício de uma actividade comercial que não tenha como intervenientes residentes em território português ou, tendo-os, esteja dirigida predominantemente ao mercado do território em que se situa;». Verificou-se na sentença recorrida que a sociedade não tinha provado que estavam reunidas as condições para a exclusão da aplicação deste no nº1, previstas no nº4, ambos do art.60º do CIRC (atual 67º).²¹²

O intuito das normas antiabuso consiste em preservar as receitas fiscais e assegurar a justiça na tributação à semelhança do que vinha a ser feito a nível internacional.

Após a ação inspetiva, a AT, relativamente aos autos, conclui que o disposto do nº1 do art.60º do CIRC aplicar-se-ia à ora Recorrente porque a mesma não conseguiu provar, após o seu direito de audição, o exercício efetivo de uma atividade com substância comercial real

²¹¹ (...)

“A obrigação de os sujeitos passivos residentes imputarem no seu rendimento colectável a respectiva quota-parte no lucro de determinadas sociedades não residentes (Controlled Foreign Companies), independentemente da distribuição dos dividendos, visa evitar situações de acumulação, por residentes, de resultados em sociedade sediadas em países com regime fiscal privilegiado, com o único intuito de diferir ou eliminar a tributação no país de residência do sócio - designado por «tax deferral». Constitui uma norma anta abuso, que visa evitar a erosão da base tributável, uma vez que na ausência de tal obrigação de imputação, os rendimentos recebidos por tais sociedades não ficariam sujeitos a imposto no nosso país, pelo menos até serem distribuídos aos sócios residentes.”

²¹² - De Direito (...) *“In casu, a questão coloca-se em torno da aplicação da alínea a) do preceito, ou seja, saber se o circunstancialismo ali previsto se encontra verificado, por forma a excluir a imputação dos lucros das subsidiárias sedeadas nas Ilhas Cayman, no âmbito da ora Recorrente, nos termos do nº1 do artigo 60º do CIRC.”* *Tínhamos presente no art.60º nº4 do CIRC que excluía-se as “sociedades residentes fora do território português quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições: a) Os respectivos lucros provenham em, pelo menos, 75% do exercício de uma actividade agrícola ou industrial no território onde estão situadas ou do exercício de uma actividade comercial que não tenha como intervenientes residentes em território português ou, tendo-os, esteja dirigida predominantemente ao mercado do território em que se situa;”.*

por parte das sociedades detidas nas Ilhas Cayman e ainda o facto de haver intervenientes residentes em território nacional.

Por outro lado, provou-se no probatório alíneas n) e o) que as sociedades participadas tinham fornecedores com sede em Lisboa e também clientes aí sediados, o que vai contra outro pressuposto do art.60º nº4 -a) do CIRC, visto que não se provou se o facto de terem envoltentes em Portugal respeitava a regra da atividade comercial ser efetuada no mercado onde se situava.

Por estes motivos o TCA do Sul negou provimento ao recurso e manteve a decisão recorrida.

3.3.2. Uma visão Europeia e Internacional das Sociedades Estrangeiras Controladas

As primeiras regras relativas às SEC surgiram, no ano 1962, com o intuito de se evitar que os contribuintes detivessem participações de controlo em filiais estrangeiras para “fugirem” ao sistema fiscal do país de residência.

Em 2015, os 30 países que participaram no projeto OCDE/G20 sobre o BEPS adotaram estas regras e outros países demonstram interesse para seguir os mesmos passos. (p.9 *Executive summary* CFC final Report BEPS; 2015)

Como as regras aplicadas nos diferentes países não evoluíram de igual forma, criaram-se algumas dificuldades na inserção das mesmas.

Sabe-se que o TJUE impunha limites desde 2006, às SEC que restringiam as liberdades dos Tratados da UE, nomeadamente, a Liberdade de Estabelecimento, isto quando não havia uma justificação plausível e proporcional ao objetivo pretendido como já suprarreferimos.

Com a adaptação e aceitação destas recomendações na UE pretendeu-se um equilíbrio na aplicação das mesmas, isto dentro e fora da União, para desta forma causarem menos distorções relativamente aos «CFC Rules».

Na verdade, todas as recomendações que possam causar um entrave aos princípios dos Tratados da UE devem ser rejeitados porque dariam origem à uma desigualdade entre os «CFC Rules» dos EM e dos Estados da EEE e os «CFC Rules» dos “Não Estados Membros”. Um facto que afetaria todas as jurisdições, principalmente as dos países terceiros (porque ao contrário dos EM da UE), estes acabariam por adotar todas as recomendações previstas. As

Multinacionais que não estariam sediadas nos EM ficariam em desvantagem competitiva.²¹³ (p.19 pág.17 Ação 3; 2015).

Segundo este relatório seria da responsabilidade de cada EM a aplicação das normas SEC. Porém a UE resolveu criar uma Diretiva Antielisão (Diretiva 2016/1164:UE) de aplicação obrigatória em todos os EM até 2019 que incluiu medidas do plano BEPS, entre elas as regras relativas as SEC (presentes no art.7º e 8 da Diretiva ATAD).

Como se verificou no Caso Cadbury Schweppes, o TJUE afirmou que as aplicações das regras SEC apenas podiam ser justificadas, em caso de elisão fiscal, quando estivéssemos perante montagens artificiais, sem substância económica válida com a intenção de obter uma vantagem fiscal. (p.20 Ação 3;2015)

As regras das SEC deveriam conter uma análise à substância, na qual apenas se aplicaria se envolvesse atividades económicas artificiais. Sendo que em 2015 alguns EM já tinham alterado as suas normas com a limitação “das montagens artificiais ou não genuínas” como verificamos na «*soft law*» do Conselho Europeu de 2010.

O facto de se passar a aplicar estas normas de forma mais harmonizada deixaríamos de violar a liberdade de estabelecimento, isto na UE, tal como aconteceu no caso Cadbury, onde se prejudicavam os não residentes, causando uma discriminação arbitrária. (segundo paragrafo do p. 22 Ação 3; 2015)

É importante ter em conta que as regras SEC que restrinjam a liberdade de estabelecimento, através de uma montagem artificial parcial (isto é em parte artificial) ou total, são aceites se tiverem uma justificação válida, nomeadamente, por razões imperativas de interesse comum (como perante um caso de elisão fiscal²¹⁴), respeitando sempre a proporcionalidade.

Para se aplicar as regras SEC têm de se ter em conta dois pressuposto, primeiro torna-se necessário que a empresa estrangeira pertença a um “tipo de sociedade” para que se possa considerar uma SEC e segundo a sociedade parente (seja ela, mãe ou filial) tem de ter uma

²¹³ Reforço sobre o objetivo principal desta Ação, que passa pela aplicação de igual modo dos «CFC Rules » em EM e países terceiros. Sempre com a possibilidade dada à UE de escolher as direções que não restringissem as liberdades previstas no mercado único. (p.21 Ação 3;2015)

²¹⁴ «Tendo presente, como exemplo, o Caso «*Thin Cap Group Litigation*» que foi justificado por prevenir práticas abusivas.»

influência de controlo “considerada suficiente” sobre essa empresa estrangeira. (p.22 Ação 3; 2015)

A recomendação fornecida para perceber quais são os tipos de sociedades que são consideradas SEC passa pela verificação do controlo através de um controlo considerado significativo sobre a outra sociedade, designada sociedade controlada, podendo ainda se incluir alguns tipos de sociedades transparentes e estabelecimentos estáveis, se estes obtivessem rendimentos em proveito dos sistemas fiscais.

Também se recomenda que se inclua a presente forma às regras das assimetrias híbridas para prevenir que a sociedade de grupo que detenha o EE contorne a legislação das SEC através do aproveitamento dos diferentes tratamentos fiscais nas diferentes jurisdições. (p.24 Ação 3; 2015)

Muitos países incluíram trusts, os EE, as sucursais de Banco e entidades transparentes para assegurar que as sociedades não alteravam a forma legal das subsidiárias para contornar as regras aplicadas as SEC. (p.26 Ação 3; 2015)

A Diretiva da UE AntiElisão Fiscal apenas tem previstas como tipos de entidades os EE ou sociedades controladas quando os lucros destas estejam isentos ou não sujeitos a imposto no Estado onde se encontram fixados e desde que estejam reunidas as condições presentes no art.7º nº1 alínea a.) e b.) da Diretiva (UE) 2016/1164²¹⁵.

Temos presente na Diretiva ATAD 1 que não é desejável alargar o seu âmbito de aplicação às entidades transparentes, visto que as mesmas não são sujeitas a imposto sobre as sociedades nos EM. Por este motivo, não vou aprofundar as sociedades transparentes uma

²¹⁵ Art.7º nº 1. *O Estado-Membro de um contribuinte deve tratar como uma sociedade estrangeira controlada uma entidade, ou um estabelecimento estável cujos lucros não estejam sujeitos a imposto ou estejam isentos de imposto nesse Estado-Membro, caso estejam reunidas as seguintes condições:*

a) no caso de uma entidade, o contribuinte, por si só ou juntamente com as suas empresas associadas, detém uma participação direta ou indireta de mais de 50 % dos direitos de voto, ou detém, de forma direta ou indireta, mais de 50 % do capital, ou tem direito a receber mais de 50 % dos lucros dessa entidade; e

b) o imposto sobre as sociedades efetivamente pago sobre os seus lucros pela entidade ou pelo estabelecimento estável é inferior à diferença entre o imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado à entidade ou ao estabelecimento estável ao abrigo do sistema de tributação das sociedades aplicável no Estado-Membro do contribuinte e o imposto sobre as sociedades efetivamente pago sobre os seus lucros pela entidade ou pelo estabelecimento estável.

Para efeitos do primeiro parágrafo, alínea b), não é tido em conta o estabelecimento estável de uma sociedade estrangeira controlada que não esteja sujeito a imposto ou que esteja isento de imposto na jurisdição da sociedade estrangeira controlada. Além disso, entende-se por imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado no Estado-Membro do contribuinte aquele que seria calculado de acordo com as regras do Estado-Membro do contribuinte.

vez que as mesmas não estão presentes na Diretiva AntiElisão (art.1º da Diretiva ATAD), nem são tributadas em termos de IRC no nosso ordenamento fiscal (são tributados em termos de IRS, imputado aos sócios).

Porém é importante abranger todos os contribuintes que são sujeitos de IRC (ou imposto similar). As regras devem ser igualmente aplicadas aos EE colocados em países terceiros, desde que sejam controlados por sociedades estabelecidas em um ou mais EM. (p. 4 Diretiva ATAD 1)

A SEC deve ser tratada como tal quando os «residentes» controlam no mínimo 50% da sociedade estrangeira, seja direta ou indiretamente (tal como presente no art.7º nº1 da Diretiva ATAD). Porém muitos países utilizam uma percentagem de controlo inferior para prevenir a “fuga às normas SEC”, como o exemplo de Portugal que aplica o controlo de pelo menos 25% (art.66º nº1 do CIRC).

O Parlamento Europeu felicitou a UE pelas normas sobre as SEC incluídas nesta Diretiva ATAD 1, garantindo a tributação efetiva dos lucros obtidos por sociedades do mesmo grupo estabelecidas em países com tributação nula ou reduzidas. Contudo o PE diz lamentar a coexistência de duas opções presente no nº2 do art.7º da Diretiva ATAD 1, aconselhando os EM a aplicarem apenas as mais simples e eficazes, tal como previsto na alínea a.)²¹⁶ deste artigo. (p.44 Relatório sobre crimes financeiros e elisão e evasão fiscais (2018/2021(INI))

²¹⁶ 2. *Caso uma entidade ou um estabelecimento estável sejam tratados como uma sociedade estrangeira controlada ao abrigo do n.º 1, o Estado-Membro do contribuinte inclui na base tributável:*

a) os rendimentos não distribuídos da entidade ou os rendimentos do estabelecimento estável provenientes das seguintes categorias:

- i) juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros,*
- ii) royalties ou outros rendimentos da propriedade intelectual,*
- iii) dividendos e rendimentos provenientes da alienação de ações ou quotas,*
- iv) rendimentos provenientes de locação financeira,*
- v) rendimentos provenientes de atividades de seguros, bancárias e de outras atividades financeiras,*
- vi) rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a empresas associadas, e que acrescentam pouco ou nenhum valor económico;*

A presente alínea não se aplica caso a sociedade estrangeira controlada exerça uma atividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes.

Caso a sociedade estrangeira controlada seja residente ou esteja situada num país terceiro que não seja parte no Acordo EEE, os Estados-Membros podem decidir não aplicar o parágrafo anterior.

A legislação das SEC na Diretiva ATAD tem previsto que os rendimentos não distribuídos de uma sociedade ou de um EE que resultam de montagens artificiais para obter um benefício fiscal indesejado são tributados no país de residência dos contribuintes individuais, porém há uma exceção no n°4 do art.7° da Diretiva ATAD onde nos diz que se excluem os lucros contabilísticos não superiores a 750 mil euros e rendimentos comerciais não superiores a 75 mil euros (alínea a)) e quando os lucros contabilísticos não sejam superiores a 10% dos gastos operacionais (alínea b)).

No art.8° n°3 temos o cálculo dos rendimentos a incluir na base tributável feitos proporcionalmente à participação do contribuinte na entidade.

A garantia da ausência da DT esta prevista na Ação 3 (na última recomendação) e também no art.8° n°5 e 6 da Diretiva ATAD.

3.3.3. Conceito de paraíso fiscal

Uma das formas mais comuns e antigas de evasão e fraude fiscal internacional encontra-se no recurso aos paraísos fiscais.

Antigamente os bens das sociedades estavam repartidos pelos países desenvolvidos e os paraísos fiscais apenas tinham a atividade de caixa de correio. Os contribuintes “evasores” estavam assim protegidos contra risco de confisco ou de nacionalização. (pág. 310 Leitão; 1993)

Como tipos de paraísos fiscais tínhamos os estabelecimentos de residência nesse território, instalações de sociedades bases e a prática de preços de transferência. (pág. 312 Leitão; 1993)

A primeira forma não constituía, por si só, uma prática de evasão fiscal podendo ser motivada por razões comerciais válidas e não apenas por motivos fiscais. (pág.312 Leitão; 1993)

As sociedades base eram sociedades utilizadas pelas multinacionais que achavam conveniente colocar sociedades pertencentes do grupo na titularidade de uma holding, situada num paraíso fiscal, para que os dividendos obtidos fossem acumulados sem tributação significativa de forma a servirem de investimento noutra lugar, escapando à tributação no país onde se encontravam sediadas. (pág.312 Leitão; 1993)

Os preços de transferência são outra forma conhecida da utilização dos paraísos fiscais, consistindo numa prática muito comum de evasão fiscal internacional (sentido amplo). Aqui transmite-se a um preço artificialmente baixo ou alto dependendo do tipo de tributação a que está sujeito os bens ou serviços. (pág.317 Leitão; 1993)

Apesar de muito comum não é necessário um paraíso fiscal para a utilização de preços de transferência, este tipo de prática pode ocorrer internamente ou entre países de alta tributação mas que têm a possibilidade de deduções de imposto. (p.317 Leitão; 1993)

O melhor processo para se evitar a evasão e elisão fiscal internacional através da utilização dos paraísos fiscais consiste em prevenir, através de normas internas, a liquidação de imposto das transferências de bens ou rendimentos para o estrangeiro.

As “categorias” que protegem da evasão fiscal internacional (sentido amplo) são a cláusula geral e doutrina contra a evasão fiscal²¹⁷, as disposições de controlo e retenção de imposto nos pagamentos estrangeiros²¹⁸, as disposições específicas contra as sociedades base²¹⁹ e as disposições específicas contra os preços de transferência.

Em 1998, a OCDE no seu relatório sobre “*práticas da concorrência fiscal prejudicial*” procedeu à distinção entre paraíso fiscal e regime fiscal preferencial. (pág.134 Palma; 2015)

As características do paraíso fiscal passam por uma tributação nula ou mínima, uma fraca troca de informações (legislativa e administrativa), falta de transparência e uma ausência de

²¹⁷ « Uma forma muito usadas nos Estados para reagir contra a evasão fiscal internacional é a instituição de cláusulas gerais, que permitem à AF, tributar situações que formalmente não o poderia fazer. Algumas destas normas consideram nulas todas as transacções que tenham por efeito direta ou indiretamente a fuga ao fisco comparando-a à uma situação com um « resultado económico equivalente », outras regras fazem prevalecer a realidade subjacente sobre a forma impedindo o uso abusivo da lei. » (pág.318 Menezes Leitão; 1993)

²¹⁸ « Já constitui uma forma muito mais eficaz de lutar contra a evasão fiscal internacional, por utilização de paraísos fiscais, o estabelecimento de controle de câmbios e de retenção obrigatória de impostos nas transferências para o exterior. » (...) « Uma legislação dessa ordem permite evitar a colocação de sociedades bases residentes em paraísos fiscais de juros e royalties, uma vez que o seu pagamento é tributado no território nacional. Como esta retenção só é afastada em caso de existirem convenções internacionais para evitar a DT, o que significa que se deve evitar a celebração de convenções com estes territórios de forma a não se pôr em cheque esta medida. » (pág.319 Menezes Lestão; 1993) b) Disposições de controle e retenção de imposto nos pagamentos estrangeiros

²¹⁹ « A tributação dos rendimentos da subsecção F depende exclusivamente de eles serem recebidos por sociedades estrangeiras controladas, direta ou indiretamente em mais de 50% por sócios residentes e do sp possuir pelo menos 10% dessa sociedade. Este regime contém ainda disposições destinadas a evitar a DT económica, em caso de haver distribuição efectiva de dividendos. c) Disposições específicas contra as sociedades base » (Regra SEC) c) Disposições específicas contra as sociedades base (Regra SEC) (pág.320 Menezes Leitão; 1993)

atividades económicas substanciais. (alínea b.) p.55 pág.22 e 23 OCDE; 1998) Os paraísos fiscais preveem uma lista das jurisdições cooperantes e não cooperantes.

Como regime preferencial também temos uma tributação nula ou mínima, uma falta de transparência e de informação e também a questão da artificialidade da base tributável, nomeadamente, o facto das ações do contribuinte terem como principal motivo razões de ordem fiscal. O que a distingue do primeiro conceito é o regime «*ring fencing*»²²⁰. (pág.135 Palma; 2015). Estas diferenças são de difícil delimitação e devem-se referir casuisticamente cada um dos fatores.

Neste Relatório da OCDE temos presente a regra dos três “R” que passa por – «*refrear, rever e remover*» - as práticas prejudiciais. (pág.134 Palma; 2015)

Em Portugal temos presente, no Código do IRC, no art.88º nº8, uma norma antiabuso que nos diz que não são dedutíveis fiscalmente, segundo o art.23º-A nº1 -r) do CIRC, as despesas provenientes de importâncias pagas ou devidas em contas abertas em instituições financeiras residentes em regimes fiscais preferenciais - exceto quando o contribuinte prove que as operações foram efetivamente realizadas, não tendo um carácter anormal nem um montante inflacionado - feitas por pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e submetidas a um regime claramente mais favorável desde que constem da portaria do Governo (Portaria nº15º/2004). (pág.354 e 355 Martins²²¹; 2017)

Devido a concorrência fiscal desleal no mundo, a UE iniciou trabalhos para uma melhor governação fiscal internacional, reforçando a luta contra a evasão fiscal (sentido amplo), sendo esta a razão para a criação de uma lista da UE das jurisdições não cooperantes em termos fiscais (com a presença de uma violação direta à lei que resulta no não pagamento de imposto ou na sua redução indevida, a elisão fiscal realizada mediante meios lícitos na obtenção de vantagens fiscais e o branqueamento de capitais).²²²

²²⁰ «ii) “Ring-Fencing” of Regimes 62. There are good reasons for the international community to be concerned where regimes are partially or fully isolated from the domestic economy. Since the regime’s “ring fencing” effectively protects the sponsoring country from the harmful effects of its own incentive regime, that regime will have an adverse impact only on foreign tax bases. (...) Ring fencing may take several forms.» Relatório sobre práticas de concorrência fiscal prejudicial. (pág.26 OCDE; 1998)

²²¹ Helena Pegado Martins (CIRC) Lições de Fiscalidade Vol.I (2017).

²²² «ocultação da origem de capitais obtidos ilegalmente.» O que é a lista da UE de jurisdições não cooperantes? Fiscalidade: lista da UE de jurisdições não cooperantes. Conselho Europeu. Conselho da UE

Em 2015 temos presente que o Grupo de Alto Nível debateu a lista de jurisdições fiscais não cooperantes de países terceiros, apresentada e publicada pela Comissão. Todavia, os EM verificaram que o Conselho não tomou qualquer decisão sobre esta lista, o que constitui um erro. (p.70²²³ Relatório Ecofin;2015)

Temos enumerado nesta lista os países que se encontram fora da União e encorajam a práticas abusivas podendo comprometer as receitas fiscais dos EM, relativamente ao imposto sobre as sociedades (IRC ou equivalente).²²⁴ O objetivo desta lista passa por incentivar os EM a uma mudança positiva nas suas respetivas legislações e nas práticas fiscais através de uma maior cooperação.

Quando os países pertencentes a esta lista se comprometem a realizar as reformas exigidas são incluídas num documento no qual se faz o ponto da situação no anexo II²²⁵. Logo que a mesma cumpra todos os compromissos assumidos é retirada desse anexo.

O Conselho Europeu colocou em prática a primeira lista da UE a 5 de dezembro de 2017 e após essa data a mesma sofreu várias modificações/atualizações.

O Conselho da UE sublinha a importância de promover e fortalecer a boa governança fiscal, uma tributação justa, uma transparência global para ajudar na luta contra a fraude fiscal, a evasão e elisão fiscal, tanto a nível da UE como internacional.²²⁶

Faz igual referência à produtividade do trabalho sobre a cooperação da tributação entre a UE e o Grupo de Código de Conduta e as demais jurisdições a nível mundial.²²⁷

Por último, o Conselho lamenta o facto de algumas jurisdições pertencentes à lista não se esforçarem para implementar os compromissos presentes no anexo II (dos documentos da lista das jurisdições não cooperantes devido a sua injusta concorrência) convidando uma vez

²²³ “iv) *Jurisdições fiscais não cooperantes de países terceiros*”.

²²⁴ *O que é a lista da UE de jurisdições não cooperantes?* Fiscalidade: lista da UE de jurisdições não cooperantes. Conselho Europeu. Conselho da UE. The Council conclusions on the revised EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes 2021.

²²⁵ Annex II« *State of play of the cooperation with the EU with respect to commitments taken by cooperative jurisdictions to implement tax good governance principles* »The Council conclusions on the revised EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes 2021

²²⁶ Council conclusions on the revised EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes. parágrafo (1) Brussels, 5 October 2021 (OR. en) 12519/21 FISC 160 ECOFIN 939. The Council conclusions on the revised EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes 2021

²²⁷ Council conclusions on the revised EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes. parágrafo (2) Brussels, 5 October 2021 (OR. en) 12519/21 FISC 160 ECOFIN 939

mais estes países a se comprometerem como pedido pelo Código de Conduta de forma a resolver o problema.²²⁸

A 5 de outubro de 2021, a lista dos países ou territórios não cooperantes que o Conselho adotou foram a «*Samoa Americana, Ilhas Fiji, Guame, Palau, Panamá, Samoa, Trindade e Tobago, Ilhas Virgens dos Estados Unidos, Vanuatu*».

Esta lista serve de instrumento de combate às ameaças da erosão das bases fiscais nos EM, tendo como recomendação que estes últimos podem prestar apoio financeiro às sociedades da UE com a condição que não tenham ligações com sociedades e jurisdições que figurem da lista das jurisdições não cooperantes. (1. Contexto Geral – Políticas Fiscais da EU em tempos de transição pág. 2 COM(2020) 312 final)

3.4. Assimetrias Híbridas

As assimetrias híbridas têm como resultado a erosão da base fiscal, correspondendo às diferenças que podem ser exploradas pelos variados sistemas fiscais, com vista à dupla não tributação, à dupla dedução, à dedução sem inclusão e à não tributação sem inclusão.²²⁹

Estas normas foram introduzidas recentemente no nosso ordenamento jurídico, no Código do IRC como artigos 68º-A até 68º-D pelo art.5º da lei nº 24/2020 do Diário da República nº129/2020, Série I de 2020-07-06 e diz-nos que «*A redação introduzida pela presente lei, são aplicáveis aos períodos de tributação com início em, ou após, 1 de janeiro de 2020 e o artigo 68.º-C do Código do IRC, com a redação introduzida pela presente lei, aos períodos de tributação com início em, ou após, 1 de janeiro de 2022 e alterado pela adição do art.3º da Lei nº24/2020.*»²³⁰ Enquanto o art.68º-A, 68º-B²³¹ e 68º-D são aplicáveis aos períodos de tributação com início

²²⁸ Council conclusions on the revised EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes. parágrafo (1) Brussels, 5 October 2021 (OR. en) 12519/21 FISC 160 ECOFIN 939

²²⁹ 2.5. Regra das assimetrias híbridas Bruxelas do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. 19.8.2020 COM(2020) 383 final

²³⁰ Diário da República.

²³¹ *Esta disposição aplica-se aos períodos de tributação a partir de 1 de janeiro de 2020 e seguinte. Excluindo-se o art.68ºB nº1 -c) e nº3 -a) que nos diz que as assimetrias híbridas resultantes de um pagamento de juros efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro a uma empresa associada, em certas condições, como previsto na ATAD 2, passando a ser aplicado aos períodos de tributação que se iniciem após 31 de dezembro de 2022.* Site do PWC (2020) sobre o IRC: Assimetrias Híbridas transposição da diretiva anti-evasão fiscal.

no dia 1 do primeiro mês do ano 2020 e seguintes, o art.68º-C tem aplicação aos períodos de tributação a partir do primeiro dia do ano de 2022.

O art. 68º-A do CIRC contém as definições relativas às Assimetrias Híbridas, refletindo o art.4º e 9º da Diretiva ATAD 1 e 2²³².

Temos presente neste artigo o conceito de AH na sua alínea b.) do nº1, sendo vista como uma situação que abrange um sujeito passivo ou um desagravamento fiscal (seja ele uma isenção, redução, crédito²³³ ou reembolso de imposto). Este resultado de assimetria apenas é tratado como tal se tivermos perante empresas associadas ou operações entre um sujeito passivo e uma empresa associada, podendo ainda resultar de uma operação entre a sede e um EE ou entre dois ou mais EE da mesma entidade ou por último perante um acordo estruturado. (nº2 alínea a.) do art.68º-A do CIRC).

Uma AH pode normalmente revestir duas realidades: uma dedução (direta ou indireta²³⁴) sem inclusão²³⁵ ou ainda duplas deduções²³⁶.

Tal como nos diz Doutor Álvaro Silveira de Meneses, no caso das sociedades de grupo, os contribuintes com o objetivo de reduzir a sua receita fiscal começaram a recorrer à prática das “Assimetrias Híbridas” porque a mesma tem implícito as duas realidades supramencionadas (Dedução s/ inclusão e DD), trazendo vantagens fiscais aos contribuintes

²³² Site do PWC sobre o IRC: Assimetrias Híbridas transposição da diretiva antievasão fiscal. (PWC; 2020)

²³³ Art.68º-A/1-d.) exceto créditos de impostos retidos na fonte.

²³⁴ Art.68º-A do CIRC nº1: iv) *Um pagamento dá origem a uma dedução sem inclusão em resultado de um pagamento efetuado a um estabelecimento estável não considerado;*
v) *Um pagamento efetuado por uma entidade híbrida dá origem a uma dedução sem inclusão e essa assimetria resulte do facto de o pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário, salvo se, e na medida em que, na jurisdição do ordenante essa dedução seja compensada com um montante que seja um rendimento de dupla inclusão;*

²³⁵ Art.68º-A do CIRC nº1: « f) *'Dedução sem inclusão' a dedução de um pagamento ou de um pagamento ficcionado entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, em qualquer jurisdição em que esse pagamento ou pagamento ficcionado seja considerado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem que ocorra a correspondente inclusão, para efeitos fiscais, desse pagamento ou pagamento ficcionado na jurisdição do beneficiário, considerando-se como jurisdição do beneficiário aquela onde esse pagamento ou pagamento ficcionado seja recebido, ou tratado como tendo sido recebido, ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição; »*

²³⁶ Art.68º-A do CIRC nº1: « e) *'Dupla dedução' a dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas na jurisdição onde o pagamento tem origem, onde as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas (jurisdição do ordenante) e noutra jurisdição (jurisdição do investidor), considerando-se, no caso de um pagamento efetuado por uma entidade híbrida ou um estabelecimento estável, como jurisdição do ordenante aquela onde a entidade híbrida ou o estabelecimento estável estão estabelecidos ou situados; »*

não pretendidas pelos sistemas fiscais. Esta prática conduzia a uma concorrência desleal, algo que se pretende evitar (pág.427 Meneses; 2016).

O conceito entidade híbrida presente na aliena h) do n°1 diz-nos que é tido como «qualquer entidade ou mecanismo que seja considerado como entidade tributável ao abrigo da legislação de uma jurisdição e cujos rendimentos ou gastos sejam tratados como rendimentos ou gastos de uma ou várias outras pessoas ao abrigo da legislação de outra jurisdição;». Segundo Silveira Meneses, entende-se que uma entidade seja híbrida quando se considera que a mesma é transparente e opaca em diferentes sistemas jurídicos. (pág.436 Meneses; 2016)

A alínea a.) do n°1 do art.68°-A esclarece-nos sobre o conceito de «acordo estruturado», sendo aquele que é visto como um acordo que envolve uma AH ou um acordo que foi realizado para se ter como resultado uma AH.

Como «empresa associada» (já referido na subcapitalização e também no art.9° da Convenção Modelo), presente na alínea g) deste n°1, temos previsto um sujeito passivo que detém (direta ou indiretamente) pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos de uma entidade (com a exceções prevista no n°3 alínea b.) do art.68°-A do CIRC).

Ainda temos como empresas associadas, sociedades que façam parte do mesmo grupo «integralmente incluídas nas demonstrações financeiras consolidadas» e por último temos sociedades que tenham uma influência considerada significativa na gestão do sujeito passivo ou cujo sujeito passivo tenha uma influência significativa.

Também o art. 68.º-B do CIRC espelha o previsto nos artigos 4.º e 9.º da ATAD 1 e 2, expondo no seu n°1²³⁷ que os gastos²³⁸ podem-se traduzir em pagamentos, ainda que ficcionados, despesas ou perdas com origem, incorridas ou sofridas noutra Estado ou em território português, tendo como resultado uma dupla dedução. Quando estes gastos têm origem ou sejam incorridos ou sofridos em Portugal (dando origem a uma dupla dedução) a dedução deve ser recusada em território nacional, como previsto art.68°-B n°1 alínea a.) e b.) do CIRC), com a exceção de quando a mesma seja recusada na jurisdição do investidor.

²³⁸ A regra geral sobre os mesmos encontra-se presente no art.23° do CIRC e diz-nos que são possíveis de concorrer para o lucro tributável (art.17° do CIRC).

Quando os mesmos tipos de gastos ocorridos ou sofridos em Portugal dão origem a uma dedução sem inclusão significa que os rendimentos não foram contabilizados na jurisdição estrangeira.

São rejeitados os gastos (suportados ou incorridos) que se destinem a financiar (direta ou indiretamente) despesas dedutíveis que têm como resultado uma AH mediante montagens entre empresas associadas ou que tenham feito um acordo estruturado, excepcionando-se a parte em que o outro Estado tenha efetuado um ajustamento equivalente à AH. (art.68º-B do CIRC nº1 -d.) do CIRC).

O nº2 do art. 68º-B prevê uma exceção proveniente da Ação 2 do BEPS referindo que os gastos que não são dedutíveis podem ser considerados no lucro do mesmo período de tributação ou qualquer período subsequente até ao montante dos rendimentos da dupla inclusão²³⁹.

Os sistemas jurídicos podem dar tratamentos diferenciados aos capitais próprios e por dívida. Como sabemos as sociedades são compostas, normalmente, por capital próprio e alheio (este último utilizado como financiamento das operações onde se inserem os empréstimos). (pág.437 Meneses; 2016)

Tal como acontece na regra da subcapitalização, os juros provenientes do empréstimo são tratados como uma despesa dedutível com limitações. (pág.437 Meneses; 2016.)

Por sua vez, o capital social tem presente o que faz parte da sociedade e o tratamento conferido é o mesmo que acontece ao dividendo (distribuição de lucro aos sócios) não sendo possível deduzi-lo. (pág.437 Meneses; 2016)

Estamos perante um instrumento financeiro quando este reúna características de dívida e capital (pág.436 Meneses; 2016)²⁴⁰. Relativamente aos instrumentos designados híbridos de financiamento²⁴¹ estes podem ser vistos como capital próprio ou alheio, consoante o Estado em que se insira.

²³⁹ Art. 68º-A nº1 alínea o) '*Rendimento de dupla inclusão*' qualquer rendimento que seja incluído ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições em que sobrevenha o resultado de assimetria;

²⁴⁰ III As assimetrias na tributação internacional (pág. 436 Silveira de Meneses; 2016) « *Como se sabe a elisão fiscal, o planeamento fiscal abusivo e agressivo são potenciadores da dupla não tributação.* »

²⁴¹ IV Em especial: (pág.437 Silveira de Meneses; 2016) O PF com recurso a instrumentos ou entidades híbridas « *destacando-se as ações preferenciais sem voto, tracking stocks, obrigações convertíveis, com*

Ora, um instrumento quando é visto como capital próprio fica sujeito a uma retenção na fonte porque a operação é tida como uma distribuição de dividendos (exceto nos casos de participation exemption²⁴²). (pág.438 Meneses; 2016)

Por sua vez, quando é tida como uma dívida tem implícito o pagamento de juros que podem ser dedutíveis (de forma limitada) como gasto para o apuramento do lucro tributável, contemplado no art.23º nº1- c) do CIRC. (pág.438 Meneses; 2016) Como podemos verificar o segundo tratamento parece bem mais favorável que o primeiro.

No nº4 do art. 68º- B do CIRC temos presente que a dupla tributação oriunda de transferências híbridas que têm como objetivo a redução do imposto retido na fonte, mediante o pagamento de um instrumento financeiro, feito por mais de uma das partes envolvidas pode ser dedutível *«na proporção do rendimento líquido tributável correspondente a esse pagamento.»*.

O artigo 68.º-C relativo às assimetrias híbridas inversas, previsto igualmente no artigo 9.º-A da ATAD 1 e 2²⁴³, refere que as entidades híbridas que normalmente são consideradas não residentes em Portugal passaram a sê-lo, para efeitos fiscais, ficando sujeitas à tributação por essa razão. Este artigo vai entrar em vigor brevemente e prevê que caso as entidades associadas não residentes em Portugal detiverem pelo menos 50% dos direitos de voto, de participação de capital ou dos direitos de uma parte dos lucros de uma entidade híbrida constituída ou estabelecida em território nacional - sendo habitualmente vista como um sujeito passivo nos outros Estados - será considerada residente em Portugal e consequentemente tributada cá. (nº1 do art.68º-C do CIRC)²⁴⁴. Este artigo não é aplicável aos instrumentos de investimento coletivo (nº3 do mesmo artigo).

warrant, perpétuas, subordinadas ou participantes, credit linked notes ou valores mobiliários condicionados por eventos de crédito.»

²⁴² Com a lei nº2/2014 de 16 de Janeiro, foi criado este regime, de cariz horizontal e universal, isto é, aplicável a todos os lucros e reservas distribuídos, mais valias e menos valias realizadas independente da região ou país onde se localize o investimento, salvo norma antiabuso. (...)lições de fiscalidade (2017) pág.343 O termo participation exemption faz referência à isenção de tributação dos dividendos recebidos por uma subsidiária e nas eventuais mais-valias na venda dessa participação, tendo o intuito de eliminar a DT económica daí proveniente. (Site NewCO We Know How Participation Exemption)

²⁴³ O art.68º-C foi introduzido com a Diretiva ATAD 2 através do art.9º-A.

²⁴⁴ 2- não é aplicável se e na estrita medida em que o rendimento da entidade híbrida seja tributável em sede do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, diretamente na titularidade de pessoas singulares ou coletivas, ou ao abrigo da legislação.

O artigo 68.º-D diz respeito às assimetrias de residência fiscal correspondendo ao artigo 9.º-B da ATAD 1 e 2²⁴⁵ enumerando situações que serão desconsideradas em Portugal para efeitos fiscais, nomeadamente, os gastos incorridos ou suportados por um sujeito passivo com sede ou direção efetiva em território português que seja igualmente considerado como residente, para efeitos fiscais, em outra jurisdição e esses gastos sejam dedutíveis ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições, desde que esteja previsto na outra jurisdição que essa dupla dedução possa ser compensada com rendimento que não seja rendimento de dupla inclusão²⁴⁶.

Em 2012, o subgrupo do Código de Conduta chegou a acordo sobre a realização de debates relativamente a questões antiabuso relacionadas com transferência de lucros feitas através assimetrias híbridas, por entidades híbridas ou EE híbridos durante a presidência irlandesa²⁴⁷. (p.55 Relatório Ecofin; 2015)

Este subgrupo reuniu-se durante a presidência luxemburguesa em 2015 e debateu as orientações e explicações sobre o envolvimento de entidades híbridas e países terceiros²⁴⁸ tendo as mesmas sido aprovadas pelo grupo do Código de Conduta em 2015. (p.56 Relatório Ecofin; 2015)

No Comunicado da Comissão de 2016 tínhamos presente duas propostas uma destinada a combater as AH que envolviam países terceiros dando origem à Diretiva ATAD 2 e outra sobre a resolução de conflitos na questão da DT, tudo isto, com o objetivo de se contribuir para uma tributação das sociedades cada vez mais justa e eficaz no mercado único da UE. Por esta razão, a Comissão Europeia apelou aos EM que chegassem a acordo rapidamente sobre ambas as propostas para que todos pudessem beneficiar das vantagens de um enquadramento fiscal societário, mais competitivo, justo e constante. (7.Conclusão COM(2016) 682 final)

²⁴⁵ O art.68º-D do CIRC, tal como o precedente, foram introduzidos pela Diretiva ATAD 2.

²⁴⁶ 2- *Quando a jurisdição do nº1 for outro Estado-Membro, o disposto nesse número apenas é aplicável quando o sujeito passivo seja considerado como residente para efeitos fiscais nesse outro Estado-Membro, nos termos de convenção para evitar a dupla tributação em vigor.*

²⁴⁷ As primeiras questões sobre as entidades híbridas foram finalizadas pela presidência italiana e as questões relativas ao EE híbridos foram ultimadas pela presidência letã.

²⁴⁸ Deveriam contudo «continuar a trabalhar, durante as próximas presidências, nos restantes casos de assimetrias híbridas (estabelecimentos estáveis híbridos em situações que envolvam países terceiros, instrumentos financeiros híbridos que não sejam dividendos/juros, transferências híbridas, sociedades com dupla residência e assimetrias importadas.» (p.57 Relatório Ecofin; 2015)

A Diretiva ATAD 1 já continha a questão das Assimetrias Híbridas no seu art. 9º mas não se destinavam a afetar as características gerais do sistema fiscal de um Estado-Membro, apenas faziam referência a situações de assimetrias imputáveis às diferenças de qualificação jurídica de uma entidade ou de um instrumento financeiro. (p.13 Diretiva ATAD 1)

Embora se tivesse acordado com o grupo do Código de Conduta sobre as orientações do tratamento fiscal de EE híbridos na UE e de entidades híbridas, bem como a sua relação com países terceiros, faltavam adotar regras vinculativas sendo necessário prosseguir estes trabalhos. (p.13 Diretiva ATAD 1)

Durante a aprovação da primeira Diretiva, os EM solicitaram à Comissão a apresentação de outra proposta sendo que agora as novas medidas destinam-se ao EE híbridos, assimetrias importadas, transferências híbridas e assimetrias com dupla residência de acordo com a matéria exposta pela OCDE no programa BEPS.²⁴⁹

A Diretiva ATAD (1 e 2) prevê regras para combater as assimetrias híbridas que surjam entre os Estados-Membros da UE e com países terceiros, nomeadamente, as assimetrias importadas, as assimetrias híbridas inversas e as assimetrias em matéria de residência fiscal.²⁵⁰ Estas regras têm a pretensão de neutralizar os efeitos fiscais dos esquemas híbridos.²⁵¹

²⁴⁹ Ponto 5.2 Medidas antiabuso suplementares COM(2016) 682 final

(...) Hoje, a Comissão apresentou igualmente outra proposta destinada a combater as assimetrias híbridas que envolvem países terceiros, a fim de reforçar ainda mais as disposições antiabuso da UE e enfrentar os riscos externos. A Diretiva Antielisão Fiscal já contempla a questão das assimetrias híbridas na UE, a fim de eliminar um importante canal de erosão da base tributável e da transferência de lucros. No entanto, estas assimetrias não se limitam ao mercado único, pelo que é necessário encontrar uma solução para combater os riscos externos. Aquando da aprovação da DAF, os Estados-Membros convidaram a Comissão a apresentar outra proposta, para colmatar eficazmente esta lacuna. A Comissão propôs, por conseguinte, novas medidas destinadas a dar resposta a um vasto leque de assimetrias, incluindo as assimetrias em matéria de estabelecimentos estáveis híbridos, assimetrias importadas, as transferências híbridas e as assimetrias com dupla residência, tanto no interior da UE como em relação a países terceiros. Tal como as medidas previstas na DAF, as regras constantes da presente proposta estão em conformidade com a abordagem da OCDE em matéria de BEPS.

²⁵⁰ 2.5. Regra das assimetrias híbridas Bruxelas do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. 19.8.2020 COM(2020) 383 final

²⁵¹ 2.5. Regra das assimetrias híbridas Bruxelas do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. 19.8.2020 COM(2020) 383 final

A Diretiva ATAD 2 permite, em certas circunstâncias, a recusa de dedução na jurisdição do ordenante e a exclusão na aplicação de determinadas assimetrias híbridas resultantes de um pagamento de juros ao abrigo de um instrumento financeiro à uma empresa associada até 31 de dezembro de 2022.²⁵²

Um dos grandes problemas das AH surgia da falta de comunicação entre EM numa situação de dedução sem inclusão onde, por um lado, tínhamos um EM que considerava a operação como «injeção de capital» e tratava-a como distribuição de lucros, isentado o rendimento que daí proviesse e, por outro, tínhamos outro EM que considerava a mesma operação como um empréstimo permitindo, por essa razão, a dedutibilidade dos juros pagos à entidade que financiou o empréstimo. (“B. A dedução/não inclusão” pág.439-444 Meneses; 2016)

Uma das formas da dupla não tributação que tem causado especial preocupação prende-se ao recurso de entidades e instrumentos financeiros híbridos como opções de financiamento (pág.436 Meneses; 2016).²⁵³

Álvaro Silveira de Meneses distingue a elisão fiscal presente nos instrumentos de financiamento híbrido, na qual as sociedades aproveitam-se do comportamento dual destes instrumentos para obter uma vantagem fiscal (aqui normalmente temos situações de dedução sem inclusão) da elisão fiscal presente nos diferentes tratamentos dados às entidades híbridas sendo que aqui as formas de dupla não tributação traduzem-se, normalmente, na dupla dedução ou na criação de imposto por dupla não tributação. (pág.438 Silveira Meneses; 2016)

Como soluções a este tipo de esquema temos, por um lado, as recomendações relativas à elaboração de normas nacionais, prevista na parte I da Ação 2 do BEPS, estando formuladas como regra de ligação, composta por duas regras uma primeira que nega a dedução e de seguida uma subsidiária ou defensiva que só deve ser aplicada se não se conseguir aplicar a primeira (pág.10 Relatório Ação 2 BEPS 2015).²⁵⁴

Estas regras, da parte I da ação 2 do BEPS, também estão previstas na Diretiva ATAD 2 no seu art.9º que alterou o art.9º da Diretiva ATAD 1 que continha uma regra mais simples,

²⁵² 2.5. Regra das Assimetrias Híbridas Bruxelas do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. 19.8.2020 COM(2020) 383 final

²⁵³ III As assimetrias na tributação internacional « *Como se sabe a elisão fiscal, o planeamento fiscal abusivo e agressivo são potenciadores da dupla não tributação.* »

²⁵⁴ Parte I da recomendação da Ação 2 do BEPS (Relatório de 2015) Pág.10 « Partie I » Action 2. « *Neutraliser les effets des Dispositifs Hybrides* »

prevendo nos casos de DD que a dedução fosse concebida ao EM de origem do pagamento e no caso de dedução sem inclusão o EM do pagador recusava a dedução desse pagamento.

Na sua parte II da Ação 2 BEPS temos recomendações dirigidas aos híbridos através de alterações à convenção modelo da OCDE. (pág.441 Silveira de Meneses; 2016)

As normas sobre as AH terão de ser coordenadas com a limitação de dedução de juros, das «*CFC rules*» e ainda com as ações relativas à utilização das convenções e acordos de DT.

Nas assimetrias híbridas encontramos um problema de qualificação, ou seja, a sujeição da qualificação efetuada por um ordenamento jurídico a um outro, o que coloca em perigo as soberanias fiscais.

A primeira proposta da Diretiva ATAD 1 propunha que a qualificação jurídica de um instrumento ou entidade híbrida num EM deveria ser seguido pelo outro EM - em forma de pagamento, despesa ou perda - o que tornava a operação confusa e de difícil aplicação. (pág.449 e 450; Silveira de Meneses; 2016).²⁵⁵

Este foi o motivo pela redação final da Diretiva ATAD 1 ser bem mais clara, porém acabou por ser alterada pela Diretiva ATAD 2 através de duas regras mais completas como previsto na ação 2 do BEPS, tendo agora presente na sua norma duas regras a serem aplicadas em caso de AH uma primeira e outra subsidiária (ou defensiva) que é aplicada apenas se a primeira não for posta em prática.

Como podemos verificar na Diretiva ATAD 1, para se estabelecer regras de neutralização dos efeitos causados pelas AH, era necessário adotar regras vinculativas sendo esta a razão para prossecução dos trabalhos sobre as mesmas, nomeadamente, sobre as AH e os países terceiros. (p.13 da Diretiva (UE) 2016/1164) Com a entrada da Diretiva ATAD 2 estabeleceram-se estas regras.

O Parlamento Europeu felicitou a UE, relativamente às regras sobre AH, por evitarem a dupla não tributação, as disparidades existentes e ainda novas disparidades entre EM e países terceiros. (p.43 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e elisão e evasão fiscais (2018/2021 (INI°)).

²⁵⁵ Proposta de Diretiva AntiElisão 1.

3.5. Surgimento do BEPS

Após a crise económica Global de 2008, o grupo político da G20 aderiu a dois importantes projetos. Por um lado o «*Global Tax Transparency Standards*» e por outro, com a ajuda e a participação da OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico), o programa BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) que começou a ser efetuado em 2013.²⁵⁶

O primeiro diz respeito à Troca de Informações realizada entre os diversos Estados que teve um enorme sucesso no combate aos «*Offshores*» e aos Regimes Preferenciais que não tinham substância económica e comercial válida.

Já o segundo, o programa BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) como o próprio nome indica, refere-se ao combate à Erosão Fiscal e às Transferências de Lucros por parte de Multinacionais e das empresas de grupo que efetuam operações internacionais, por outras palavras, tenta combater o planeamento fiscal agressivo através das 15 Ações realizadas pela OCDE. Estas 15 recomendações foram preparadas para as Autoridades Tributárias terem capacidade de resposta nas práticas que resultam da exploração excessiva do planeamento fiscal e das relações financeiras. (pág.643 Catarino & Guimarães; 2017)

Cada ação do plano BEPS corresponde a uma área específica, nomeadamente, na 1º A economia digital; 2º Assimetrias Híbridas. 3º As CFC «*Controlled Foreign Companies Rules*»; 4º A dedução de juros num contexto internacional de mobilidade de capital e investimento (Subcapitalização); 5º As práticas fiscais abusivas; 6º O abuso das Convenções/ Tratados existentes; 7º O Estabelecimento Estável; 8º,9º,10º Preços de Transferência; 11º Análise de informação; 12º Obrigações de declaração/revelação; 13; Documentação de preços de transferência; 14. Resolução de disputas; 15º Instrumentos

²⁵⁶ « *After two years of work, the 15 actions have now been completed. All the different outputs, including those delivered in an interim form in 2014, have been consolidated into a comprehensive package. The BEPS package of measures represents the first substantial renovation of the international tax rules in almost a century. Once the new measures become applicable, it is expected that profits will be reported where the economic activities that generate them are carried out and where value is created. BEPS planning strategies that rely on outdated rules or on poorly co-ordinated domestic measures will be rendered ineffective. Implementation therefore becomes key at this stage. The BEPS package is designed to be implemented via changes in domestic law and practices, and via treaty provisions, with negotiations for a multilateral instrument under way and expected to be finalised in 2016. OECD and G20 countries have also agreed to continue to work together to ensure a consistent and co-ordinated implementation of the BEPS recommendations. Globalisation requires that global solutions and a global dialogue be established which go beyond OECD and G20 countries. To further this objective, in 2016 OECD and G20 countries will conceive an inclusive framework for monitoring, with all interested countries participating on an equal footing.* » (Foreword Page 3 Action 6 BEPS Final Report)

Multilaterais (inclui o Tratado Multilateral para a cooperação administrativa e troca de informação). (pág.644 Catarino & Guimarães; 2017)

Este projeto trouxe uma nova forma de ação, nas relações tributárias internacionais entre as Administrações Fiscais, com o objetivo de criar um entrave ao planeamento fiscal agressivo realizado mediante o aproveitamento de «*gaps and mismatches*», ou seja, de lacunas e incompatibilidades dos sistemas fiscais dos diferentes países. (Pág. 4 Action 6; 2015)²⁵⁷

A OCDE, com o intuito de combater a erosão das bases fiscais através das transferências de lucros, estabeleceu padrões globais para a tributação das empresas propondo uma série de medidas para ajudar os países a combater a evasão fiscal (no seu sentido amplo). Os seus relatórios finais foram apresentados em 2015 tendo sido adotados pelos chefes de Estado e de Governo do G20.

Até a realização do programa BEPS, as regras existentes para combater a erosão das bases tributárias e as transferências de lucro eram fracas. (p.1 Explanatory Statement BEPS; 2015)

O facto de as ações do BEPS terem sido realizadas pela OCDE, a pedido da G20 e com a aderência da Comissão Europeia, através da implementação da Diretiva ATAD 1 e posteriormente da Diretiva ATAD 2, faz com que estas medidas antielisão fiscais sejam mais eficazes. Como se foi referindo ao longo da dissertação, as medidas antiabuso unilaterais são menos eficazes que as pretendidas no plano BEPS visto que aqui os governos cooperam entre eles (p. 3 Explanatory Statement BEPS; 2015).²⁵⁸

Os problemas ligados à erosão das bases fiscais e a transferência de lucros estavam muitas vezes ligados à dupla não tributação, porém estas recomendações pretendem também evitar situações de dupla tributação, visto que teria um impacto negativo nos investimentos

²⁵⁷ « *A better understanding of how the BEPS recommendations are implemented in practice could reduce misunderstandings and disputes between governments. Greater focus on implementation and tax administration should therefore be mutually beneficial to governments and business. Proposed improvements to data and analysis will help support ongoing evaluation of the quantitative impact of BEPS, as well as evaluating the impact of the countermeasures developed under the BEPS Project.* »

²⁵⁸ « (...) *It was also imperative to move quickly to try to limit the risks of countries taking uncoordinated unilateral measures which might weaken key international tax principles which form a stable framework for cross-border investments. BEPS can result in double non-taxation but addressing BEPS should not result in double taxation. Double taxation would harm MNEs which have contributed to boosting trade and investment around the world, supporting growth, creating jobs, fostering innovation and providing pathways out of poverty. Double taxation would also increase the cost of capital and could deter investment in the economies concerned.* »

realizados por parte das Multinacionais e empresas de grupo dos diferentes países. (p.22 Explanatory Statement BEPS; 2015).

Antes do programa BEPS estimava-se que a perda da receita fiscal das sociedades situava-se entre os 4% a 10% (entre 100 a 240 mil milhões de dólares). Esta perda surgia de diversos fatores, nomeadamente, do PF Agressivo das Multinacionais que se aproveitavam da falta de transparência e coordenação das diferentes Administrações Fiscais. (p.2 (pág.4) Explanatory Statement BEPS; 2015)

Uma das conquistas deste programa BEPS encontra-se no facto da OCDE (e todos os países que a englobam) juntamente com os países da G20 trabalharem em conjunto na obtenção de respostas comuns e sólidas aos desafios presentes na tributação internacional. (p.9 (pág.5) Explanatory Statement BEPS; 2015) Tendo sido criados «*Minimum standards*» para serem utilizados quando certos países criassem impactos negativos na competitividade com outras jurisdições.

A OCDE e os países da G20 comprometeram-se (e também países em desenvolvimento que participaram neste programa), com a adoção do BEPS, à implementação consistente destas regras de forma a que o lucro seja tributado onde o valor foi gerado. (p.22 (pág.9) Explanatory Statement BEPS; 2015).

Enquanto algumas provisões podiam ser imediatamente implementadas como no caso das recomendações dos preços de transferência, outras exigiam mudanças dos Tratados DT, tal como previsto no Instrumento Multilateral. Ainda temos outras que exigiam alterações das normas nacionais, tal como a dedutibilidade dos juros, as normas SEC, as AH, a tributação à saída e a cláusula geral antiabuso. (p. 23 (pág.9) Explanatory Statement BEPS; 2015).

De forma a respeitar a soberania dos Estados, cabia a cada um deles implementar estas normas antiabuso, desde que feito de forma coordenada respeitando o programa BEPS. Os EM da UE conseguiram aplicar estas regras coordenadamente através das Diretivas ATAD 1 e 2. (p. 23 (pág.9) Explanatory Statement BEPS; 2015).

O Parlamento Europeu referiu, no seu relatório de 2019 sobre crimes financeiros e elisão fiscal, que o grau de sucesso no empenho da cooperação das ações do BEPS varia consoante os países e também as ações. (p.38 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e elisão e evasão fiscais (2018/2021(INI))

3.5.1. Ação 2 do BEPS - Neutralizar as Assimetrias Híbridas

Como já verificamos, as assimetrias híbridas exploram as diferenças de tratamento fiscal das entidades ou instrumentos híbridos, entre dois ou mais ordenamentos jurídicos, com vista à obtenção de uma dupla não tributação. Estas assimetrias conduzem a uma significativa erosão das bases fiscais, tendo igualmente um efeito negativo na concorrência, na eficiência, na igualdade de tratamento e na transparência (p.11. Explanatory Statement BEPS; 2015).

Os riscos inerentes às AH foram primeiramente destacados no contexto do relatório da OCDE de 2010 «*Addressing Tax Risks Involving Bank Loss*» que sofreu uma revisão feita pelos vários países membros da OCDE onde se identificou exemplos de planeamento fiscal feitos mediante montagens híbridas incompatíveis com os princípios da fiscalidade, levando à criação do relatório da OCDE de 2012 «*Hybrid Mismatch Arrangements*» que tratava de questões de política fiscal.²⁵⁹

No relatório de 2015 sobre a Ação 2 do BEPS, temos as recomendações sobre os pagamentos feitos por ou para uma entidade híbrida que têm como resultado um dos três tipos de incompatibilidades, nomeadamente, “resultados de dedução sem inclusão” (D / NI) aqui «*o pagamento é dedutível de acordo com as regras da jurisdição do pagador, mas não incluídas na receita ordinária do beneficiário*», temos ainda como resultados a “dupla dedução” (DD) onde o pagamento dá origem a duas deduções relativas ao mesmo pagamento e os “resultados de dedução/ não inclusão indireta” (D / NI indireto) «*onde o rendimento de um pagamento dedutível surge de um pagamento feito pelo beneficiário, através de uma montagem híbrida incompatível.*». (pág.9 Ação 2; 2017)

Esta ação 2 tem como principal objetivo neutralizar estas assimetrias através do controlo de duplas ou múltiplas deduções ou ainda nos casos onde haja uma dedução sem inclusão ou quando haja duplos créditos de imposto relativamente ao mesmo imposto. (pág.9 Rapports finaux Résumés ; 2015).

²⁵⁹ «*Why does it matter?*» Site Action 2 BEPS

Também temos presente, neste relatório original, os novos trabalhos relativos às operações de transferência de ativos, às disposições híbridas importadas e ao tratamento de pagamentos incluídos nos rendimentos em virtude do regime relativo às SEC^{260, 261}.

Podemos verificar na recomendação 2.1 do relatório de 2017 a mesma definição de pagamento que no relatório de 2015. Este inclui uma vasta gama de despesas correntes (royalties, juros, serviços, aluguéis, entre outros). Quando estamos perante um resultado D/NI (dedução sem inclusão) a regra da incompatibilidade aplica-se em qualquer Estado onde o pagamento seja dedutível. (p. 44 e 45²⁶² Ação 2; 2017)

Na primeira ação (2015) temos como objetivo um alinhamento no tratamento dos pagamentos feitos através de instrumentos de financiamento de forma a que sejam tratados como uma despesa pelo Estado do contribuinte emissor ou pagador. Cada vez que tal instrumento tenha uma incompatibilidade nos resultados deve ser tratado como híbrido. ((p.1) pág. 18 Ação 2 BEPS; 2015)

O relatório da Ação 2 de 2015 é dividido em duas partes, na qual a primeira faz referência às recomendações de forma a lidar com as incompatibilidades provenientes de pagamentos de instrumentos híbridos financeiros ou pagamentos feitos por ou para entidades híbridas. Estas recomendações têm a forma de regras vinculativas que pretendem neutralizar o tratamento dos instrumentos ou entidades híbridas com o tratamento fiscal do Estado da contraparte. (pág.11 Ação 2; 2015) Esta parte é direcionada às normas domésticas, recomendando a sua alteração/introdução.

A parte I diz-nos que os países devem negar a dedução de um pagamento quando este não esteja incluído no rendimento do país da contraparte (Dedução sem inclusão) ou quando também seja dedutível na jurisdição do outro Estado (DD). Se esta primeira regra não for aplicada, o Estado da contraparte deve aplicar uma regra defensiva, exigindo à entidade que

²⁶⁰ Ação 2 BEPS (2015)

Inclusão ao abrigo do CFC ou regime equivalente

51. A regra de assimetria do beneficiário da sucursal destina-se apenas as diferenças nas regras de atribuição de pagamentos entre a sucursal e a sede (ou entre duas sucursais da mesma pessoa) dão origem a uma incompatibilidade nos resultados fiscais. Em certos casos, um pagamento a uma sucursal que não esteja incluído na sucursal ou na sede pode ser incluído nos rendimentos de uma empresa-mãe em regime de empresa estrangeira controlada (CFC). As jurisdições devem considerar o risco de dupla tributação económica nesses casos e a extensão do ajuste que deve ser exigido de acordo com a regra de incompatibilidade do beneficiário da filial, à luz do fato de que o pagamento está incluído na receita ordinária sob o regime de CFC de um terceiro país.

²⁶¹ (p.51) pág.9 Rapports finaux BEPS ; (2015 Résumés)

²⁶² Recomendação 2.1 - Recusa de dedução por assimetria do beneficiário da filial Pagamento

o pagamento dedutível seja incluindo no seu rendimento ou através da negação da dupla dedução consoante a natureza da assimetria. (pág.12 Ação 2; 2015).

As regras são aplicadas automaticamente, protegendo os Estado contra as assimetrias híbridas e a DT. (pág.12 Action 2 BEPS; 2015)

Tanto os pagamentos feitos através de instrumentos financeiros híbridos, como pagamentos realizados por e para entidades híbridas, podem dar origem a resultados de dedução sem inclusão (D/NI). Quando tal acontece, a recomendação dada por esta ação é que a dedução seja negada pelo Estado do contribuinte “pagador”. Nos casos em que a jurisdição do pagador não neutralize esta incompatibilidade, como inicialmente recomendado, aconselha-se a aplicação de uma regra defensiva que exige que o pagamento seja incluído como rendimento original no Estado do beneficiário. ((p. 7) pág.17 Ação 2; 2015)

Uma incompatibilidade proveniente de uma «D/NI», geralmente, dá-se quando o pagamento ou parte dele é tratado como dedutível segundo as regras de um país e não é incluído no rendimento da outra jurisdição. (p.10 pág.17²⁶³ Ação 2; 2015)

As multinacionais retiram benefícios impróprios das AH presentes nas filiais. Estes benefícios surgem da exploração de diferenças entre duas ou mais jurisdições prejudicando uma concorrência sã, transparente e justa.

Nos casos de uma dedução sem inclusão, o contribuinte explora uma assimetria através das inconsistências adotadas pela jurisdição de uma sociedade com uma filial situada noutra Estado²⁶⁴.

Como definição de dedução, temos um pagamento que é dedutível numa jurisdição permitindo ao contribuinte compensar as despesas provenientes da sua atividade empresarial. (p. 45 Ação 2; 2017)

Nas situações de dupla dedução, temos um contribuinte que «*deduz a mesma despesa em diferentes jurisdições*» utilizando essa dedução com rendimentos que não estão sujeitos a impostos noutras jurisdições. (pág.10 Executive summary BEPS; 2015)

²⁶³ *Introduction of Part. I*

²⁶⁴ Por exemplo, no caso de pagamentos de filiais desviados, a incompatibilidade surge de o fato do beneficiário não “levar em conta” o pagamento na jurisdição de residência.

Uma incompatibilidade de uma DD pode surgir em todo ou em parte do pagamento que é dedutível de acordo com as leis de ambos Estado, traduzindo-se numa dupla não inclusão do rendimento (non-dual inclusion income). (p. 10 (pág.17) Ação 2; 2015)

Aconselha-se, relativamente ao tratamento da DD, que o Estado do investidor bloqueie a dedutibilidade de qualquer pagamento, despesa ou perda que também seja dedutível no Estado do pagador/filial de forma a que tal pagamento apenas seja compensado com receitas de Dupla inclusão. A regra defensiva apenas será aplicada pelo “pagador” se a assimetria não for neutralizada do Estado do investidor. (p.88²⁶⁵ Ação 2; 2017)

O tamanho de uma assimetria determina-se mediante uma análise comparativa ao direito de cada uma das jurisdições onde ocorreram. (p. 10 pág.17 Ação 2; 2015)

Ao contrário das Recomendações sobre os pagamentos ou pagamentos presumidos que dão origem a resultados D / NI, as duplas deduções também podem surgir em relação a itens não monetários, como depreciação ou amortização. (p.90 Ação 2; 2017)

Quando os contribuintes realizam um acordo (estruturado) por assimetria híbrida entre duas jurisdições sem haver regras efetivas para as AH, é relativamente simples que a assimetria seja transferida para uma terceira jurisdição (através de um empréstimo, por exemplo). De forma a proteger a integridade desta ação, este relatório recomenda que a jurisdição do pagador recuse a dedução do beneficiário quando o rendimento proveniente desse pagamento seja compensado com as despesas oriundas de uma montagem híbrida.²⁶⁶

Os tipos de assimetrias previstas nesta ação são os que dependem de um elemento híbrido para produzir tais resultados. Há situações que exploram as distinções entre a transparência e opacidade de entendidas híbridas tendo implícito um conflito de caracterização de um instrumento. Tanto as entidades como os instrumentos híbridos podem produzir resultados de D/NI indiretos. (p. 13 pág.18 Ação 2; 2015)

A parte II tenta garantir que a utilização de instrumentos ou entidades híbridas não tenha como intenção, vantagens fiscais excessivas e artificiais provenientes dos ADT (Acordos

²⁶⁵ Recomendação 4.1 - Tratamento dos resultados de DD.

²⁶⁶ «D/NI outcomes 9. Once taxpayers have entered into a hybrid mismatch arrangement between two jurisdictions without effective hybrid mismatch rules, it is a relatively simple matter for the effect of that mismatch to be shifted into a third jurisdiction (through the use of an ordinary loan, for example). Therefore, in order to protect the integrity of the recommendations, this report further recommends that a payer jurisdiction deny a deduction for a payment where the payee sets the income from that payment off against expenditure under a separate hybrid mismatch arrangement. Recommendations for the design and application of an imported mismatch rule neutralising such indirect D/NI outcomes are set out in Chapter 8.»

para evitar a Dupla Tributação), tal como pode acontecer nos casos de residência dupla (também referida na Ação 6 e 15 do BEPS), analisando estes problemas e também evitando que os tratados DT causem entraves na aplicação das normas antiabuso nacionais. (pág.10 Ação 2; 2015)

Nesta segunda parte também temos previstas as recomendações para alterar a Convenção Modelo da OCDE. (pág.11 Ação 2; 2015)

Quando estamos perante um pagamento realizado por um contribuinte com dupla residência podemos ter como resultado uma DD. Este resultado é fonte de preocupações de política fiscal no Estado onde se permite que essa dedução seja compensada pelo valor que não era tratado como rendimento. (p.216 pág 77 Ação 2 BEPS²⁶⁷; 2017)

Os países são livres de adotar ou não estas medidas (com exceção dos EM da UE). Na verdade o facto de um país escolher não adotar estas regras sobre a neutralidade das AH não afeta em nada a possibilidade do outro país adotá-las. (pág.9 Rapports finaux BEPS Résumés; 2015) O relatório das assimetrias híbridas de 2017 foi criado para lidar com as assimetrias híbridas provenientes de estruturas de ramificação. (site da ação 2 do BEPS)

O relatório da ação 2 do BEPS de 2015 teve repercussões importantes na Diretiva ATAD 2 (Diretiva do Conselho (UE) 2017/952) que foi adotada por todos os EM, em 2020. (com exceção das regras das assimetrias inversas)

Os países fora da União Europeia que também adotaram estas novas regras sobre as assimetrias híbridas foram o Reino Unido, a Austrália e a Nova Zelândia. (*“What are the results so far?”* Site da Ação 2 do BEPS/OCDE.)

3.5.2. Ação 3 – CFC Rules

As recomendações desta ação são apresentadas de diferente forma para que as variadas jurisdições as consigam aplicar eficazmente nos seus países, sendo composta por seis elementos base «*buildings block*», entre eles, a definição do que é uma SEC, quais as isenções e os critérios aplicados unicamente as SEC, definição do rendimento, o cálculo

²⁶⁷ Chapter 7 Dual-resident payer rule

desse rendimento, a atribuição do rendimento e por último as medidas que visam prevenir a dupla tributação. (pág.11²⁶⁸ Ação 3; 2015)

Segundo esta ação, as regras das SEC são normalmente aplicadas aos acionistas estabelecidos na sociedade mãe residente (ou filial detentora da SEC). Para percebermos se estamos perante uma sociedade controlada, temos de verificar se o acionista possui uma influência relevante sobre a empresa que se encontra estabelecida noutra jurisdição (normalmente de tributação inferior à considerada normal).

As normas das SEC partilham agora um conjunto de princípios gerais, tidos como dissuasivos, completando as regras dos preços de transferência que têm presente a necessidade de equilíbrio efetivo através da redução de encargos administrativos e o impedimento da dupla tributação. (p.6 (pág.13) Ação 3; 2015)

Este relatório final da Ação 3 pretende que os países que não tivessem ainda adotado as regras das SEC o fizessem respeitando estes seis elementos básicos supramencionados e para os países que já tinham estas regras, as alterassem de forma a respeitar as mesmas seis recomendações. (p.2 (pág. 11) Ação 3; 2015)

A ideia de utilizar as regras das SEC como «*balanced allocation of taxing power*» foi referida, tal como aconteceu nos Casos SGI (C-311/08) e Oy AA (C-231/02), dispondo como justificação a necessidade de se manter um equilíbrio na distribuição do poder tributário. Contudo o TJUE ainda não aceita esta justificação na aplicação das regras «CFC». (p.22 Ação 3 ; 2015)

Segundo o relatório da Ação 3, os EE podem estar sujeitos a estas regras em duas situações primeiro quando o EE está estabelecido numa jurisdição estrangeira e segundo quando a sociedade do grupo (mãe ou outra filial) isenta o EE de pagamento de imposto, quando a mesma se encontra sediada numa jurisdição estrangeira onde se aplica normas SEC (tendo como opção rejeitar a isenção ou aplicar as normas). (p.28 Ação 3; 2015)

Um problema destas regras consiste na determinação de quais as entidades que são consideradas SEC devido às assimetrias híbridas presentes nas diferentes jurisdições (ligação com a ação 2 do BEPS). (p.29 Ação 3; 2015)

O tipo de controlo pode ser expressado de várias formas, por isso, é importante ter em conta qual o tipo de controlo que é pedido e o seu nível. (p.34 e 35 Ação 3; 2015)

²⁶⁸ “Introduction”

Por esta razão necessitamos de testes de controlo, o primeiro é o «*legal control*» que diz respeito à percentagem de controlo do capital e direito de voto que um contribuinte tem sobre a subsidiária, temos ainda o «*controlo económico*» que se foca nos direitos relativos aos lucros, ao capital e aos ativos da sociedade, em circunstâncias, como dissolução ou liquidação. Este teste permite reconhecer o quanto o contribuinte residente controla outra sociedade através de um direito subjacente no valor da sociedade, mesmo que não detenha a maioria das ações dispostas por esta e, por último, temos o de «*de facto control*» que abrange uma análise subjetiva mediante a verificação de factos e circunstâncias. Este último teste é utilizado, por norma, como uma solução final, isto é, uma regra antielisão que os outros “testes de controlo” não conseguem alcançar. Muitos países utilizam este teste quando acham que uma sociedade está estabelecida noutra Estado por questões fiscais.

Ainda temos a análise de controlo baseado na consolidação, ou seja, quando uma sociedade não residente está consolidada nas contas de uma sociedade residente com o suporte dos princípios contabilísticos da IFRS. Este teste é considerado complexo e com custos acrescidos. (p.36 Ação 3; 2015)

As recomendações dadas por esta Ação passam pela aplicação de pelo menos um controlo jurídico (*legal control*) e um económico nas normas SEC. Porém para um melhor controlo sobre as regras é aconselhado aplicar-se o «*de facto control*» que tem como senão, a sua complexidade e custos acrescidos. (p.25 Ação 3; 2015)

A análise à substância das SEC encontra-se prevista em muitas destas regras, ajudando na verificação de qual o rendimento que provém realmente da atividade económica das SEC.

Esta ação 3 prevê ainda o «*Threshold test*» que segundo o relatório é um - tudo ou nada teste - onde um certo montante da atividade é identificado através de um ou mais elementos (trabalhadores, ativos etc) permitindo que todo o rendimento da SEC seja excluído da tributação do acionista ou que seja todo incluído se os elementos não forem verificáveis (quando não haja substância económica real). (p.82 Action 3; 2015)

É igualmente importante saber a quantidade de controlo exigida na aplicação das regras SEC. Apesar da maioria dos países ter optado por um controlo de 50% sobre a outra sociedade, há países que exigem os exatos 50% de controlo, contudo ainda se pode optar por um controlo inferior à 50% (tal como Portugal) ,visto que certas empresas conseguem exercer uma influência significativa, mesmo com um controlo inferior à média, sendo esta a razão, pela qual as jurisdições têm liberdade de escolha na redução dos seus limites. (p.37 Ação 3; 2015)

Quando na determinação do limite os 50% são entregues apenas a um acionista, considera-se um controle direto. Na verdade, os acionistas podem exercer uma influência de outras maneiras, por isso, as normas existentes foram feitas de forma a se conseguir detectar essas possibilidades. No teste de controle tem se em conta se os acionistas minoritários atuam de forma conjunta, exercendo uma influência significativa.²⁶⁹

A primeira maneira de determinar se os acionistas minoritários estão agindo em conjunto é através da aplicação do teste de «*atuação conjunta*»²⁷⁰. É uma abordagem pouco comum pelos seus custos administrativos e problemas de conformidade, porém uma das vantagens é que consegue identificar com detalhe se os acionistas estão agindo em conjunto ou não. (p.39 Ação 3; 2015)

Uma outra maneira de testar se os acionistas minoritários estão agindo em conjunto é através da verificação do relacionamento das partes²⁷¹. (p.41 Ação 3; 2015)

A terceira forma de perceber se os acionistas minoritários têm uma influência sobre as SEC é mediante a análise do requisito da propriedade concentrada²⁷². A legislação das SEC engloba, normalmente, um limite mínimo (exemplo 10%) ou uma concentração no número de proprietários²⁷³. Seja qual for a abordagem escolhida, o controle deve ser definido de forma a incluir o direto e indireto.²⁷⁴

Muitas destas normas determinam o controle com base no interesse econômico ou jurídico, detido no final do ano, porém há jurisdições mais preocupadas com a evasão (sentido amplo) e podem incluir normas antiabuso ou um teste, no qual se verifica se a sociedade mãe possui

²⁶⁹ Parágrafo 38 (...) devendo ter seus interesses agregados ao determinar se o teste de controle foi cumprido.

²⁷⁰ Parágrafo 39 (...) *que aplica uma análise baseada em fatos para determinar se os acionistas estão de fato agindo em conjunto para influenciar o CFC (...)*

²⁷¹ Parágrafo 41 « (...) *Se as regras incluírem apenas os interesses das partes relacionadas ao determinar se o limite de 50% foi atendido, isso eliminaria a necessidade de um teste de atuação conjunta baseado em fatos, mas será aplicado de forma mais restrita, uma vez que se concentra mais diretamente no oportunidades de transferência de lucros criadas por estruturas envolvendo partes relacionadas.* »

²⁷² Parágrafo 43 « (...) *Nos Estados Unidos, por exemplo, as participações, de todos os residentes, no CFC são agregadas desde que cada participação seja superior a 10%. (...) um requisito de propriedade concentrada pode exigir que a propriedade seja dividida entre um pequeno número de acionistas residentes (por exemplo, 5 ou menos), independentemente de sua porcentagem de propriedade, mas isso pode levantar questões administrativas e de conformidade.* (...)»

²⁷³ Parágrafo 43 « (...) *podem nem sempre identificar com precisão se os contribuintes estão na realidade agindo juntos.*»

²⁷⁴ Parágrafo 46 « (...) *visto que também surgem oportunidades de transferência de lucros quando uma subsidiária é detida indiretamente por meio de uma holding intermediária.*» 48. *Embora a inclusão do controle direto e indireto na análise de controle pudesse possivelmente aumentar o potencial de dupla tributação se todos os países introduzissem as regras do CFC, esta situação deveria ser tratada com regras para reduzir ou eliminar a dupla tributação.*»

o nível de controlo necessário a qualquer momento durante o ano. (p.49 Ação 3; 2015) Por forma a obter todas as oportunidades possíveis de transferência de rendimento de um acionista residente para uma subsidiária estrangeira sejam capturadas, as normas SEC devem ter em conta os interesses detidos por todos os contribuintes residentes (relacionados), em vez de limitar a investigação às pessoas coletivas.²⁷⁵

Segundo esta recomendação, é importante incluir uma isenção de taxa de imposto que dará permissão às sociedades já sujeitas a uma taxa de imposto efetivo, similar à taxa de imposto da sociedade matriz.²⁷⁶ Esta isenção pode ser aplicada com uma lista branca.

Não encontramos um requisito antievasão neste relatório porque o mesmo poderia limitar a eficácia das regras SEC como medidas preventivas e aumentar os seus encargos administrativos e de conformidade. Contudo, não significa que não haja intenção de se querer tal requisito nas questões da erosão das bases fiscais²⁷⁷. (p. 60 Ação 3; 2015)

Estas regras devem incluir a definição de rendimento para garantir que aquele que levanta preocupações seja atribuído aos acionistas “controladores”²⁷⁸.

²⁷⁵ *Muitas regras determinam o controle com base, no interesse económico ou jurídico que foi detido no final do ano, mas jurisdições preocupadas com a evasão desta regra também podem incluir disposições antiabuso ou um teste que verifica se a empresa mãe teve o nível de controle necessário em qualquer momento durante o ano. (...) 49. (...) a fim de garantir que todas as situações em que os acionistas residentes tenham a oportunidade de transferir rendimentos para uma subsidiária estrangeira sejam capturadas, as regras do CFC devem considerar os interesses detidos por todos os contribuintes residentes, em vez de limitar esta investigação a pessoas colectivas ou outros grupos limitados. (parágrafo 49)*

²⁷⁶ *Parágrafo 51. A recomendação é incluir uma isenção de taxa de imposto que permitiria às empresas que estão sujeitas a uma taxa de imposto efetiva que é suficientemente semelhante à taxa de imposto aplicada na jurisdição da matriz não estarem sujeitas à tributação de CFC. O efeito dessa isenção de taxa de imposto seria sujeitar todos os CFCs a uma taxa de imposto efetiva significativamente abaixo da taxa aplicada na jurisdição-mãe às regras de CFC. Essa isenção pode ser combinada com uma lista como uma lista branca. Capítulo 3 Isenções de CFC e requisitos de limite 3.1 Recomendações*

²⁷⁷ *Parágrafo 60. (...) Porém não significa que não haja a intenção de se querer um requisito antievasão na questão do BEPS. 3.2.2 Requisito anti-elisão*

60. Um requisito de limite anti-elisão sujeitaria apenas as transações e estruturas que resultassem da evasão fiscal às regras CFC. Isso poderia limitar a eficácia das regras do CFC como medidas preventivas e também poderia aumentar os encargos administrativos e de conformidade das regras do CFC se fosse administrado como uma regra inicial. (...) Um requisito anti-evasão, portanto, não é considerado mais neste relatório, mas isso não tem a intenção de implicar que um requisito anti-evasão nunca possa desempenhar um papel nas regras de CFC que lidam com a erosão da base e transferência de lucros.

²⁷⁸ *«(...) Por recomendação desta ação, deseja-se que haja uma definição de receita de maneira a garantir que a receitas que poderão levantar problemas sejam atribuídas aos acionistas controladores de uma SEC.» (p.73) 4.1 Recomendação*

Geralmente aplica-se às normas «CFC» uma análise que divide o rendimento em diferentes categorias. Os Estados podem escolher essas categorias, dependendo da importância que dão aos fatores (classificação jurídica, relacionamento das partes e fonte de rendimento)²⁷⁹.

A análise à substância serve para verificar quais foram as SEC que se envolveram em verdadeiras atividades substanciais determinando, desta forma, qual o rendimento que pertence verdadeiramente a SEC. Muitas das regras SEC, como já referimos, aplicam algum tipo de análise à substância e muitos EM da União combinam com uma abordagem “categórica” através do controlo de pessoas, instalações, ativos, entre outros de forma a excluïrem as atividades que não envolvam substâncias económicas genuïnas.

Pode-se utilizar de duas formas esta análise à substância, como um “teste limite” ou como um teste proporcional, no primeiro (conhecido como um “tudo ou nada” teste, já referido) determina qual o volume da atividade (identificado por meio dos “proxies”, ou seja, de elementos pertencentes à atividade da sociedade) que permite todo o rendimento da SEC seja excluïdo quando envolva uma operação artificial. (p.82 Ação 3; 2015)

A análise proporcional do rendimento da SEC excluïria apenas o montante proporcional da atividade que o «CFC» não realizou verdadeiramente²⁸⁰. Apesar desta técnica poder aumentar a complexidade administrativa, tal como os seus custos de conformidade, tem como vantagens o facto das sociedades localizarem certos tipos e quantidades de atividades. Este teste proporcional tem maiores probabilidades de respeitar o Direito da União Europeia pelo facto que permitir que as regras SEC tenham em conta apenas o rendimento que não resulte das atividades económicas genuïnas. (p. 82 Ação 3; 2015).

Estas análises podem ser combinadas com uma análise categórica relativamente às atividades económicas genuïnas e têm em comum a verificação: se a SEC teve a capacidade de obter por si mesma os seus rendimentos. (p.81 Ação 3 ;2015)

²⁷⁹ Parágrafo 76. As regras existentes do CFC geralmente aplicam uma análise que divide a receita em categorias e a atribui de maneira diferente, dependendo de como ela é categorizada. As jurisdições definem categorias de maneiras diferentes, dependendo de quais fatores ou indícios consideram mais relevantes: (i) classificação legal, (ii) parentesco das partes e (iii) fonte de receita. No entanto, nem todas as receitas nessas categorias levantam necessariamente preocupações BEPS. 4.2.1 Categorical analysis 4.2.1 Análise categórica

²⁸⁰ « Por exemplo, se a SEC utilizou 75% da atividade que deveria de fato ser realizada para obter o rendimento da sociedade, 25% do seu rendimento seria tratado como rendimento da sociedade estrangeira controlada ».

É importante que estas regras incluam disposições para evitar a DT²⁸¹, nomeadamente, nas situações em que o rendimento da SEC esteja sujeito a imposto (IRC ou similar) no local onde estão estabelecidas ou quando se aplicam em mais do que uma jurisdição (nos casos em que envolva uma terceira jurisdição). (p.122 Ação 3 BEPS;2015) Também nas situações em que a SEC distribua os dividendos a partir de rendimentos já distribuídos aos acionistas residentes ao abrigo destas normas antiabuso ou ainda quando o acionista residente transfira as ações da sociedade controlada. (p.122 Ação 3;2015) Nas situações de DT é possível aplicar um crédito de imposto aos impostos efetivamente pagos (incluindo o imposto cobrado por sociedades intermediárias) (p. 123 Ação 3; 2015).

3.5.3. Ação 4 do BEPS – Limitação da dedução de juros

A ação 4 faz parte das 15 Ações do plano BEPS, dos relatórios da OCDE de 2015, que abordam e procuram solucionar a elisão fiscal. Esta ação trata em especial da limitação da dedutibilidade de juros e outros pagamentos financeiros.²⁸²

Os riscos provenientes desta prática podem-se revestir em três formas distintas, nomeadamente, grupos que transferem níveis mais elevados de dívida para terceiros localizados em jurisdições com impostos elevados, outros grupos que recorrem aos empréstimos intragrupo, para obterem deduções de juros excessivos inflacionados por terceiros e, por último, grupos que utilizam o financiamento provenientes de terceiros ou outras sociedades pertencentes ao grupo para conseguirem gerar receita com isenção de impostos.²⁸³

²⁸¹ Três situações em que pode surgir dupla tributação:

(i) situações em que o rendimento CFC atribuído também está sujeito a impostos sobre as sociedades estrangeiras; (ii) situações em que as regras do CFC em mais de uma jurisdição se aplicam à mesma receita do CFC; e (iii) situações em que um CFC distribui efetivamente dividendos a partir de rendimentos já atribuídos aos seus acionistas residentes ao abrigo das regras do CFC ou um acionista residente aliena as ações do CFC.

²⁸² Site da OCDE sobre “*Action 4 Limitation on Interest Deductions*”.

O objetivo desta Ação passa por encontrar as melhores soluções possíveis para combater a erosão das bases fiscais e a transferência artificial de lucro, através de juros e pagamentos (equivalente a juros). (parágrafo 22 Ação 4; (2016) do Capítulo 1 Quem deve ser uma prática recomendada (pág.29).

²⁸³ (« *What the issue?*») Site da OCDE sobre a Action 4 Limitation on Interest Deductions BEPS).

Como nos diz a OCDE, uma das técnicas mais simples da transferência dos lucros mediante um planejamento fiscal agressivo é por meio de um terceiro envolvido com interesses nas partes relacionadas.²⁸⁴

A erosão das bases fiscais pode surgir de grupos de sociedades com partes relacionadas fora de um grupo ou por meio de acordos estruturados com terceiros. Utiliza-se por isso métodos de reação diferentes, consoante o cenário em face.

As sociedades foram divididas em três categorias: grupos multinacionais, grupos domésticos e sociedades autônomas (que não pertencem a nenhum grupo). As práticas são direcionadas principalmente às multinacionais, porém os países também podem aplicar as regras aos grupos domésticos e às entidades autônomas. (p.41 pág. 37 Ação 4; 2016)

Pretende-se restringir, através desta ação, a capacidade que as Multinacionais têm em alcançar resultados positivos mediante o ajustamento do valor da dívida em certas sociedades do grupo. Como são consideradas o principal risco de elisão fiscal, recomenda-se a aplicação a este grupo de uma norma com um “rácio de índice fixo”. (p. 44 Ação 4; 2016) Contudo, há países que optam por aplicar esta regra de forma ampla, alcançando sociedades de grupos domésticos e sociedades autônomas. (p. 49 Ação 4; 2016)

As sociedades autônomas são, por norma, pequenas entidades que apresentam um pequeno risco de elisão fiscal, porém pode haver casos em que tais entidades sejam «(...) *mantidas sob estruturas holding complexas envolvendo trusts ou parcerias onde há várias entidades sob o controlo dos mesmos investidores*». Sendo que aqui o nível de erosão da base fiscal pode ser similar aos das multinacionais. (p. 52 Ação 4; 2016)

Os recursos aos diferentes tipos de dívida podem ter como consequência uma despesa de juros excessiva ou servirem para financiarem a produção de rendimentos isentos ou diferidos.

O relatório sobre a Ação 4 estabeleceu regras que vinculam as deduções de juros líquidos de uma entidade ao seu nível de atividade econômica dentro da jurisdição, medindo o seu lucro antes do EBITDA, incluindo três formas, nomeadamente, uma norma com um rácio de índice fixo baseado nos juros líquidos/EBITDA, uma regra com um rácio de índice fixo do

²⁸⁴ (Site da OCDE: «Action 4 Limitation on Interest Deductions» “Why does it matter?»).

grupo que permite que uma entidade deduza mais despesas de juros (dependendo no EBITDA do grupo) e regras específicas para lidar com riscos específicos.²⁸⁵ Esta dedutibilidade das despesas de juros pode ainda originar a dupla não tributação.²⁸⁶

Um Estado pode aplicar a regra do rácio de grupo, juntamente com a regra do rácio fixo individual, através de uma definição consistente entre as duas regras por forma a reduzir o risco que uma sociedade sujeita ao «*fixed ratio rule*» possa vir a ter ao aplicar a «*group ratio rule*». (p. 46 Ação 4; 2016) Portugal adaptou esta regra como previsto no art.67º nº5 do Código do IRC.

A regra baseada no rácio índice fixo limita as deduções de juros líquidos de uma sociedade a uma percentagem fixa (entre 10% a 30%) do seu lucro, através do EBITDA (ou seja, utilizando os lucros antes de juros, impostos, depreciações e amortizações). Para além da simplicidade implícita nesta regra, garante igualmente que as deduções de juros de uma sociedade estejam diretamente interligadas com a sua atividade económica. (p.23 Ação 4; 2016)

Segundo esta ação, o EBITDA é considerado o método mais eficaz para se perceber quais os gastos de financiamento líquido que concorrem para a determinação do lucro tributável, porém a mesma dá flexibilidade aos Estados para introduzirem outras regras, tal como o EBIT (lucros antes de juros e impostos) e em casos limitados permite uma regra de rácio fixo efetiva com base nos valores dos ativos. (p. 23 Ação 4; 2016)

Todavia a utilização deste método «EBITDA» pode trazer problemas quanto aos diferentes períodos temporais (que surgem de certa entidade relativamente às despesas e receitas de juros). Resultado da «volatilidade dos ganhos» que surge da capacidade que uma entidade tem em deduzir variações de juros (todos os anos) ou ainda quando a sociedade incorre a despesas de juros com o intuito de financiar um investimento que dará ganhos futuros. (p. 27 Ação 4; 2016) Para reduzir o prejuízo destes problemas, os países (mediante controlo e imposição de limites) autorizam às sociedades à transferência de despesas relativas a juros que não foram permitidos ou quando a sua capacidade não fora utilizada para períodos de tributação de exercícios posteriores ou restituem despesas de juros não permitidas para períodos anteriores. (p. 27 Ação 4; 2016)

²⁸⁵ «*What are we doing to solve it?*» Site da OCDE sobre a Action 4 Limitation on Interest Deductions BEPS

²⁸⁶ «*Why does it matter?*» Site da OCDE sobre a Action 4 Limitation on Interest Deductions BEPS

Apesar da OCDE dizer que o EBITDA é a prática mais eficaz, os Estados são livres de aplicar as regras mais rígidas do que as estabelecidas neste relatório, seja no combate à elisão fiscal, seja para alcançar objetivos de política fiscal.

Por esta razão, pode-se adicionar a estas regras “gerais” outras específicas de limitação de juros que o país identificou como apropriadas. Ao implementarem estas regras os países têm de ter em consideração a igualdade de tratamento dos contribuintes.

Durante a realização da Ação 4 foram tidos em conta os problemas a nível do direito da UE, nomeadamente, quanto ao facto destas regras e limitações respeitarem as liberdades dos Tratados da UE, as Diretivas e os auxílios estatais. (p. 21 Ação 4; 2016)

Este estudo a nível da UE era importante (servindo de teste) porque, se estas regras não funcionassem em todos os EM da União, dificilmente funcionariam a nível mundial. (p. 21 Ação 4; 2016)

Segundo esta ação, as liberdades fundamentais presentes nos tratados da UE que necessitam de verificação quanto à limitação da dedutibilidade de juros são o direito de estabelecimento e a livre circulação de capitais. A primeira aplica-se aos casos em que o acionista tem uma influência significativa sobre a entidade, enquanto a segunda aplica-se aos casos em que o acionista comprou as ações com o propósito de fazer um investimento financeiro sem participar no processo da tomada de decisão da entidade. (p. 210²⁸⁷ Ação 4; 2016)

A liberdade de prestação de serviços também pode ser considerada devendo ser analisada do ponto de vista do prestador e do destinatário. (p. 210²⁸⁸ Ação; 2016)

Devem ser tido em consideração as justificações por parte dos EM às restrições das liberdades dos tratados da UE, presentes nas suas normas nacionais relativamente à preservação da repartição equilibrada do poder de cobrança dos impostos entre os EM da União (preservação da sua soberania fiscal), à necessidade de prevenir a elisão fiscal e ao combate às montagens/operações artificiais. (p. 221 Ação 4 ; 2016 Anexo I. A)

Há duas Diretivas da UE importantes para a norma da limitação de dedução de juros e, são elas, a Diretiva mãe e filhas²⁸⁹ e Diretiva Juros e Royalties.

²⁸⁷ Anexo I. A

²⁸⁸ Anexo I. A

²⁸⁹ Diretiva 2011/96/UE Do Conselho de 30 de Novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

Pode haver questões relativas aos auxílios de estados da União Europeia e às regras da limitação da dedutibilidade de juros. (p.214 Ação 4; 2016) A Comissão Europeia forneceu orientações sobre as regras dos auxílios de estado (estamos perante um auxílio estatal quando haja uma exceção a uma regra geral fiscal, sendo que esta exceção deve ser autorizada pela própria Comissão a pedido do Estado). O TFUE no seu art.107º e 349º oferece aos EM exceções que podem ser aceites sobre esta matéria. (p. 215 Ação 4; 2016) Não iremos aprofundar muito sobre em matéria de auxílios de estado.

Vários membros da OCDE²⁹⁰, inclusive os EM da UE, adotaram as regras da limitação de juros em 2019. Entre as percentagens que poderiam escolher, a maioria escolheu a dedução dos gastos de financiamento até 30% dos lucros do contribuinte antes do EBITDA.

Em 2020, a edição das Estatísticas de Imposto Corporativo coletou informações sobre estas regras, demonstrando que as mesmas estão disponíveis em 134 jurisdições, das quais 67 já tinham estas regras em vigor desde 2019.²⁹¹

3.5.4. Ação 6 – Prevenção do abuso aos tratados existentes

Os Estados comprometeram-se a aderir aos requisitos mínimos de proteção contra «*treaty shopping*»²⁹². Esta prática consiste no aproveitamento de CDT mediante uma terceira entidade, dita intermediária, para obter vantagens fiscais que normalmente não lhe eram devidas.

Este compromisso deseja que os países incluam uma declaração expressa nos seus tratados que elimine a dupla tributação sem criar oportunidades para a dupla não tributação ou redução de imposto através da evasão ou elisão fiscal. (p.10 (pág.12) Ação 6; 2019)

Neste relatório da ação 6 podemos identificar duas situações distintas, uma para prevenir o abuso por parte dos contribuintes dos Tratados bilaterais e outra, para prevenir o abuso das leis domésticas. (p.15 (pág.17) Ação 6; 2015)

²⁹⁰ Vários outros países fora da UE também tomaram medidas para limitar a dedutibilidade de juros (por exemplo, Argentina, Noruega) ou estão em processo de alinhamento de sua legislação doméstica com as recomendações da Ação 4 (por exemplo, Japão, Peru, Vietnã) « What are the results so far ? » do site da OCDE sobre a Ação 4

²⁹¹ (« What are the results so far ? » site BEPS action 4)

²⁹² «Treaty Shopping» - dá-se normalmente com o recurso a uma Terceira jurisdição (dita intermediária) para o proveito dos CDT e a obtenção de vantagens que normalmente não lhe eram devidas.

A primeira situação dá-se quando o contribuinte procura contornar regras dos Tratados para evitar a DT, sendo improvável que nessas situações sejam aplicadas regras específicas das leis domésticas. Porém mesmo que a CGAA possa impedir a concessão de benefícios do tratado, uma abordagem mais direta seria incluir este tipo de regra nos próprios tratados. (p.16 pág.17 Ação 6; 2015)

Como segunda situação, temos presente os casos em que os contribuintes se aproveitam dos CDT para evitar a legislação doméstica. (p.15/2. Ação 6; 2015) Aqui assistimos a um contorno às normas domésticas que não podem ser resolvidas apenas através dos ADT, tendo que se aplicar às normas domésticas antiabuso, o que conduz a problemas de interação entre estes dois. (p.16 pág.17 Ação 6; BEPS)

O problema anteriormente analisado pela OCDE, relativamente a esta questão, foi o conceito de beneficiário efetivo (p.16 (pág.17) Ação 6; 2015) No caso das pessoas que são residentes num país terceiro e beneficiam indiretamente das vantagens dos tratados entre dois Estados, é importante saber se a pessoa que procura obter esses benefícios provenientes dos tratados é um residente de um dos Estados Contratantes, como previsto no art.4º da Convenção Modelo. Porque se assim não for, podemos dar a este tipo de esquema o nome de «*treaty shopping*». (p.17 (pág.17) Ação 6; 2015)

Verificaram-se, entre os países membros da OCDE e entre aqueles que não pertencem a OCDE, diferentes formas de conduzirem os casos «*treaty shopping*». Segundo recomendações da OCDE, nesta ação, para se lutar contra este tipo de prática, podemos recorrer: à combinação de duas regras, LOB «*Limitation on benefits*» e PPT «*Principal purpose test*» rule ou ainda «*PPT rule*» sozinha ou, por último, a aplicação da regra LOB com mecanismos que conduzem a montagens de financiamento. (p.10 (pág.12) Ação 6; 2019). Recomenda-se, com bases nas vantagens e limitações de todos os países, que sigam uma tripla abordagem perante esta prática.²⁹³ Esta tripla abordagem requer uma norma

²⁹³ Paragrafo 19 Final Report Action 6

« (...) nomeadamente, (1) -uma norma clara que faça com que os Estados contratantes evitem situações de elisão fiscal, mediante a criação de oportunidade dos tratados para situações de « *treaty shopping* ».

(2) Uma norma específica antiabuso baseada na provisão LOB incluída nos tratados concluídos pelos US e alguns países vai ser incluída na Convenção Modelo da OCDE.

(3) - De forma a englobar outras formas de abuso dos tratados , incluindo situações de « *treaty shopping* » que não são abrangidas pela regra LOB, utilizou-se uma regra anti abuso geral baseada na regra PPT que será incluída na Convenção Modelo da OCDE, a regra vai ser incluída aos princípios presentes no parágrafo 9.5, 22, 22.1 e 22.2 sobre o comentário do art.1 « os benefícios dos tratados DT não devem ser válidos se não

explicita que evite situações de elisão fiscal por parte dos Estados Contratantes. Uma norma específica antiabuso baseada na regra «LOB» (limitação de benefícios) e ainda uma regra geral baseada no «PPT rule» de forma a incluir outras situações de abuso (p. 19 Ação 6; 2015).

A regra LOB contém uma regra específica antiabuso para as situações de «*treaty shopping*», porém não se dirige a todas as formas possíveis desta prática, tal como «*conduit financial arrangements*», onde um residente de um Estado Contratante é utilizado como um intermediário, por forma a que os contribuintes que não sejam qualificados como residentes não tenham acesso aos benefícios dos Tratados. (p. 20 Ação 6; 2015)

O teste PPT reconhece que cada regra tem os seus fortes e fraquezas. A regra LOB é baseada num critério objetivo que traz mais certeza que a regra PPT, visto que esta última necessita de uma análise «*case-by-case*» baseada naquilo em que podemos considerar ser a principal razão da transferência ou montagem (p. 20 Ação 6; 2015).

A combinação da regra LOB com a do PPT teste podem não ser apropriadas a todos os países (p.21 Ação 6; 2015).

Os países deveriam chegar a acordo, entres eles, para introduzirem nos seus tratados uma norma expressa que pretenda eliminar a Dupla Tributação sem criar a oportunidade da Dupla Não Tributação ou de uma redução de imposto através da elisão fiscal ou evasão fiscal, incluído os esquemas de «*treaty shopping*». (p.22 Ação 6; 2015)

Os países comprometeram-se a adotar nos seus tratados bilaterais medidas que implementam os requisitos mínimos. Para que estes requisitos mínimos fossem implementados tornava-se necessário que ambos os países estivessem de acordo e os aceitassem. (p. 23 Ação 6; 2015)

Mesmo que muitos dos riscos que provenham da elisão fiscal não sejam causados pelos Tratados fiscais, são mesmo assim facilitados por estes.²⁹⁴ (p.78 Ação 6; 2015)

respeitem o teste do PPT, ou seja a obtenção da vantagem fiscal seria contrária ao propósitos presentes nos tratados DT. »

²⁹⁴ 53. Many tax avoidance risks that threaten the tax base are not caused by tax treaties but may be facilitated by treaties. In these cases, it is not sufficient to address the treaty issues: changes to domestic law are also required. Avoidance strategies that fall into this category include:

Thin capitalisation and other financing transactions that use tax deductions to lower borrowing costs;

Dual residence strategies (e.g. a company is resident for domestic tax purposes but non-resident for treaty purposes);

A segunda parte desta ação serve para clarificar o facto de os tratados não deverem gerar uma dupla não tributação. (p.68 Ação 6; 2015)

As primeiras provisões dos Tratados serviram para prevenir a dupla tributação, nomeadamente, os dois “projetos” de 1963 e 1977²⁹⁵ que diziam respeito aos impostos sobre o rendimento e capital entre o Estado A e B. (p.69 Ação 6; 2015)

De forma a clarificar o que é pedido pela Ação 6, foi decidido e recomendado a título da Convenção Modelo da OCDE que a prevenção da evasão e elisão fiscal é um dos propósitos dos Tratados. Verificou-se que a Convenção Modelo recomendou um «*preâmbulo*» que continha expressamente o facto de os Estados, ao realizarem um Tratado para evitar a DT com outro parceiro, tinham como objetivo a prevenção da DT sem criar oportunidades de evasão ou elisão fiscal (p.72 Ação 6; 2015).

A terceira parte do trabalho, levado pela Ação 6, passou por identificar as considerações de política fiscal (gerais) que os países deveriam adotar ao fazerem um tratado DT com outro país. (p.75 Ação 6; 2015)

Foi acordado, de forma explícita, quais as considerações de política fiscal que os países deveriam concordar ou não para entrarem em certo ADT, podendo não aceitar realizar tratados bilaterais com países onde a tributação fosse nula ou baixa. (p.76 Ação 6; 2015)

Um Estado que tenha preocupações relativas à erosão das bases fiscais e à sua relação com certas características da legislação nacional e dos ADT (relativo ao potencial parceiro) ou ainda, quando tenha implícito mudanças que possam ocorrer após a conclusão de uma CDT,

Transfer mispricing;

Arbitrage transactions that take advantage of mismatches found in the domestic law of one State and that are - related to the characterisation of income (e.g. by transforming business profits into capital gain) or payments (e.g. by transforming dividends into interest); - related to the treatment of taxpayers (e.g. by transferring income to tax-exempt entities or entities that have accumulated tax losses; by transferring income from non-residents to residents); - related to timing differences (e.g. by delaying taxation or advancing deductions).

Arbitrage transactions that take advantage of mismatches between the domestic laws of two States and that are - related to the characterisation of income; - related to the characterisation of entities; - related to timing differences. • Transactions that abuse relief of double taxation mechanisms (by producing income that is not taxable in the State of source but must be exempted by the State of residence or by abusing foreign tax credit mechanisms).

²⁹⁵ « Em 1977, o comentário ao art.1º foi modificado de forma a prever que a tributação dos tratados não seria para incentivar a elisão ou evasão fiscal. O parágrafo 7 do comentário previa que o propósito das convenções dupla tributação era promover a eliminação da dupla tributação internacional, a troca de bens e serviços e a movimentação de capital e pessoas, não deveria contudo, ajudar a elisão ou evasão fiscal.» (Parágrafo 70) «O principal motivo das CDT era promover a eliminação da dt internacional, a troca de bens e serviços e a movimentação de capitais e pessoas, sem promover a elisão fiscal». (Parágrafo 71)

pode achar necessário proteger a sua base tributária contra tais riscos considerando útil incluir nos seus tratados uma norma que restrinja os benefícios previstos quando os contribuintes beneficiam de certas normas fiscais consideradas preferenciais ou que digam respeito a mudanças drásticas que poderiam ser feitas para o país a nível da sua legislação nacional, depois da implementação do Tratado. (p.80 Ação 6; 2015)

3.5.5. Ação 15 - MLI - Instrumento Multilateral

A Ação 15 do BEPS autoriza os Estados a alterarem as suas convenções fiscais bilaterais de forma a serem mais eficientes na implementação do projeto BEPS sem criar a necessidade de gastar recursos nas negociações de cada tratado bilateral (« *How does it work?* » Site da Ação 15). Esta ação interessa-nos pela sua interligação com a Ação 2 e 6 do BEPS na questão das alterações à Convenção Modelo da OCDE e contendo normas relativas às assimetrias híbridas e aos casos de dupla residência, igualmente, previstos nestas ações suprarreferidas.

A aprovação do Projeto deu-se em 2013, em São Petersburgo na Rússia, pelos dirigentes do G20. As convenções fiscais fundadas por um conjunto de princípios que visam combater a dupla tributação suscetível de acontecer nas transações de investimento transnacional (pág.51 BEPS Rapports Finaux 2015).²⁹⁶

No final do ano 2016, mais de 100 jurisdições concluíram as negociações sobre MLI (Instrumento Multilateral) para prevenirem a erosão das bases fiscais com intuito de diminuir as possibilidades de elisão fiscal por parte das Multinacionais (« *How many jurisdictions have joined the multilateral instrument?* » Site da Ação 15).

Segundo a OCDE, este MLI já alcançou 96 jurisdições que entraram em vigor em 1 de julho de 2018²⁹⁷. O que inclui jurisdições de todo o mundo e todos os níveis de desenvolvimento dos países.

Esta ação prevê a análise de questões de direito fiscal internacional na elaboração do MLI de maneira a ajudar os países que desejam meter em prática as medidas do projeto BEPS,

²⁹⁶ Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices Rapports finaux 2015 Résumés OCDE

²⁹⁷ « *O MLI entrou em vigor em 1 de julho de 2018 e as suas primeiras disposições entraram em vigor a 1 de janeiro de 2019.* » Site da Ação 15 de BEPS

através da modificação das suas convenções fiscais bilaterais (pág.51 «Rapports Finaux» BEPS (Résumés); 2015).

A MLI surge como instrumento de combate às perdas significativas, em matéria de tributação sobre as sociedades, oriunda de atos de PF agressivo que têm como efeito a transferência de lucros e a erosão das bases fiscais. Este Instrumento Multilateral pretende assegurar que os lucros sejam tributados onde as atividades económicas ocorrem e o seu valor é criado. (Anabela Santos; 2020)

A MLI adota na sua parte II medidas que visam combater as AH. Também previne o uso abusivo das próprias CDT, assegurando que sejam interpretados de forma a eliminar a DT sem esquecer da dupla não tributação (ou ainda tributação reduzidas) mediante evasão ou elisão fiscal. Também tem previsto construções abusivas que têm como fim o benefício indireto de residentes em terceiras jurisdições combatendo igualmente a qualificação de certas estruturas económicas, como nos casos dos EE. (Anabela Santos; 2020)

O objetivo deste instrumento passa pela alteração dos Tratados DT de forma a implementar as medidas BEPS. Há normas consideradas imperativas que consagram requisitos mínimos de prevenção da erosão das bases fiscais e normas facultativas, que tem como característica a flexibilidade dando a possibilidade às partes de indicar quais as disposições que aplicaram da MLI, podendo optar, por uma norma alternativa proposta, por mais normas suplementares ou ainda formular reservas excluindo a aplicação da totalidade ou em parte da MLI. (Anabela Santos; 2020)

O MLI não representa o fim dos acordos bilaterais, apenas modifica algum conteúdo das normas sendo considerado um instrumento paralelo aos Tratados DT. Em Portugal entrou em vigor em 2020. (Anabela Santos; 2020)

Capítulo IV - Outros Diplomas que visam prevenir ou combater a Evasão e Fraude Fiscal

4.1. Modelo Convenção da OCDE e a sua ligação com o BEPS

A Convenção Modelo não trata apenas da eliminação da dupla tributação, mas também da prevenção da fraude/evasão fiscal (sentido amplo) e da não discriminação.

O Comité dos Assuntos Fiscais (CAF) continua a estudar a conexão entre os Tratados DT e questão da evasão e fraude fiscal internacional, relativamente ao uso abusivo das convenções. (pág.29 Convenção Modelo da OCDE; 2015).

Desde os meados do século XX que os Tratados Dupla Tributação têm vindo a ser desenvolvidos tendo como principal objetivo impedir a dupla tributação.

No âmbito OCDE, após os trabalhos desenvolvidos na Sociedade da Nações, resultou em 1977²⁹⁸ um Modelo de Convenção para eliminar a dupla tributação que foi alvo de sucessivas revisões. Sendo certo que este Modelo serviu de inspiração à generalidade das CDT celebradas entre os Estados destacando-se dois grupos de normas, um de reconhecimento e outro de limitação de competência para tributar (pág.434 e 435 Meneses; 2016).²⁹⁹

No Comunicado de 2012 da Comissão Europeia, tínhamos presente que os EM eram encorajados a incluir nas suas CDT formas de resolver problemas de dupla não tributação. Recomendava igualmente a utilização de uma norma geral antiabuso para assegurar uma coerência e eficácia num domínio das práticas dos Estados-Membros que variam consideravelmente. (COM(2012) 722 final³⁰⁰)

Interessa-nos a ligação entre a ação 6 do BEPS e a Convenção Modelo, visto que esta ação tem como objetivo impedir a concessão dos benefícios presentes nos Tratados DT quando os mesmos iam contra as lei domésticas (principalmente as normas antiabuso), uma vez que

²⁹⁸ “O Comité Fiscal da OCDE já havia previsto, quando da apresentação do seu relatório de 1963, a possibilidade do projecto de Convenção vir a ser visto numa fase posterior, na sequência de estudos complementares. (...) a fim de tomar em consideração a experiência adquirida nos países membros, durante a negociação ou aplicação prática das convenções bilaterais (...) O Comité Fiscal e, a partir de 1971, o seu sucessor, o Comité dos Assuntos Fiscais, empreenderam a revisão do Projecto de Convenção de 1963 (...) Esses trabalhos deram origem à publicação, em 1977, de um novo Modelo de Convenção e de novos comentários.” Parágrafo 7 da Convenção Modelo de 2015 (pág.15)

²⁹⁹ III. As assimetrias na tributação internacional

³⁰⁰ Ponto: 8. Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo

podiam ter como resultado o contorno a estas normas, com o intuito de se obter vantagens fiscais indevidas, algo que é visto como desapropriado (pág.78 e 79 Ação 6; 2015).

Relativamente à parte II da Ação 2, tem como objetivo que não haja um aproveitamento por parte dos contribuintes das AH presentes nos acordos bilaterais, retirando vantagens fiscais artificiais e excessivas como nos casos de residência dupla (também prevista na Ação 6 e no Instrumento Multilateral, proveniente da Ação 15 do BEPS). Também previne entraves que os CDT possam causar às normas nacionais AA, pedindo à alteração da Convenção Modelo da OCDE que facilitam atos elisivos. (pág.10 Executive summary do Relatório 2015).

A Ação 15 de BEPS, através do Instrumento Multilateral também nos interessa porque tem como objetivo alterações positivas nos CDT, com regras imperativas (requisitos mínimos) e facultativas, impedindo aproveitamentos abusivos por parte dos contribuintes. O MLI é uma iniciativa da OCDE que tem a pretensão de ajudar os Estados a implementarem as regras provenientes do programa BEPS prevenindo/evitando a elisão fiscal.

Temos presente, na Ação 6 do BEPS, que apesar de muitas das práticas de elisão fiscal não serem provocadas pelos tratados para evitar a DT, são mesmo assim facilitadas pelos mesmos. (p.53 pág.78 Ação 6; 2015)

Foram também identificados dois problemas específicos na Ação 6 do BEPS relativamente à interação dos CDT e das normas domésticas antiabuso, o primeiro relacionado com as regras antiabuso nacionais na prevenção da elisão fiscal de acordos feitos por residentes e o segundo que acaba por estar indiretamente relacionado com o primeiro, dizendo respeito a aplicação dos tratados DT aos pagamentos à saída. (p. 60 Ação 6 BEPS; 2015)

Esta foi a razão pela qual se tornou importante, não só modificar as CDT, mas também as normas domésticas. As regras antielisão fiscal que fazem parte desta categoria³⁰¹ são a subcapitalização, a dupla estratégia de residência, os preços de transferência, as transações que ganham vantagem com as assimetrias encontradas nas leis doméstica de um Estado ou dois Estados (Assimetrias Híbridas, aqui ligadas ao rendimento, aos pagamentos, ao tratamento dado aos contribuintes e as diferenças de «timing»)³⁰² e o aproveitamento abusivo proveniente do alívio das medidas de dupla tributação. (p.53 da Ação 6; 2015).

³⁰¹ 2. *Cases where a person tries to abuse the provisions of domestic tax law using treaty benefits (Action 6)*

³⁰² *As operações de arbitragem fiscal que tiram vantagem das assimetrias que se encontram nas leis domésticas dos Estados, ligadas a caracterização do rendimento, tal como a transformação dos lucros em*

Os Estados não devem conceber os benefícios presentes nos tratados quando os mesmos tenham como resultado evitar a tributação nacional (p.54 da Ação 6; 2015) .

O relatório da Ação 6, juntamente com as ações 2, 3, 4 e também (8,9,10) do BEPS, refere que um dos objetivos destes trabalhos passa pelo impedimento da concessão de benefícios dos Tratados DT, quando os mesmos sejam usados para contornar normas AA domésticas. Como situações que poderiam facilitar abusos por parte dos contribuintes, temos o aproveitamento dos tratados bilaterais de forma a contornar a CGAA, o aproveitamento da norma da “não discriminação” presente art.24º nº4 e 5 da Convenção Modelo para evitar a utilização de regras contra a subcapitalização a nível nacional, sendo que o nº5 do mesmo artigo poderia evitar a aplicação das normas domésticas que restringiam a consolidação fiscal das sociedades residentes. (p.54 (pág.78) da Ação 6; 2015)

O art.7º (sobre o Lucro Das Empresas) e ou o art.10º nº5 (relativo aos Dividendos) do mesmo Diploma podiam evitar o uso das normas SEC nacionais. O art. 13ºnº5 (respeitante as Mais Valias) podiam excluir o requerimento das regras dos pagamentos à saída dos Estados e prevenir a aplicação de regras que tinham a intenção de eliminar dividendos. (p.54 da Ação 6; 2015)

A maioria das CDT restringem, normalmente, um Estado de tributar os residentes do outro Estado, porém algumas interpretações aos Acordos DT podiam levar à errada conclusão que um de os Estados impedia um outro Estado de tributar os seus próprios residentes. (parágrafo 61 (pág.86) da Ação 6 BEPS;2015)

Contudo, esta interpretação foi rejeitada pelo parágrafo 6.1 do comentário ao art.1º da Convenção Modelo que lida com a aplicação da Convenção às sociedades de pessoas (regime de transparência fiscal, presente no nosso art.6º do CIRC) referindo que, quando uma “sociedade de pessoas” seja considerada residente de um Estado, os tratados devem limitar o outro Estado de tributar essa sociedade de pessoas, exceto quando os sócios forem seus residentes (sendo tributados na respetiva da participação do rendimento dessa sociedade de pessoas), também presente *«no parágrafo 23 do mesmo comentário, responsável pela*

rendimento de capital) ou nos pagamentos (transformando dividendos em juros), ligado ao tratamento dos contribuintes (através da transferência de rendimento para entidades com isenção de imposto ou para entidades que acumularam perdas ou ainda através da transferência de rendimento de residentes para não residentes), ligado a diferença de tempo (atrasando a tributação ou avançando deduções).

regra das SEC e no parágrafo 14 do comentário do art.7º» (relativo aos lucros das empresas)³⁰³. (pág.69 Convenção Modelo da OCDE; 2015)

Foi concluído que o princípio presente no parágrafo 6.1 do comentário do art.1º deve ser aplicado na maioria das provisões da Convenção Modelo de forma a prevenir que as interpretações evitem a aplicação de regras domésticas antiabuso dos Estados Contratantes.³⁰⁴

Temos presente nos comentários aos artigos da Convenção Modelo de 2015 uma abordagem relativa às normas das SEC. No parágrafo 23 dos comentários ao art.1º, diz-nos que as legislações relativas às sociedades estrangeiras controladas não são contrárias ao disposto na Convenção, embora alguns Estados tenham considerado essencial esclarecer nos seus acordos bilaterais que estas regras das SEC não são contrárias aos tratados. (pág.108 e 109 CM OCDE; 2015)

O art.7º nº1 (relativamente ao lucro das empresas) e também o art.10º nº5 pode ser tido como contrário as «CFC rules», mas é importante referir que este artigo apenas visa a tributação no local da fonte dos rendimentos e não da residência do sócio, não dizendo respeito à sua tributação, visto que apenas tem em vista à tributação da sociedade. (Pág. 108 e 109 CM OCDE comentário 23 do art.1º (ano 2015)

Sobre as normas relativas à limitação da subcapitalização, encontramos no parágrafo 3 do comentário do art.9º (sobre as Empresas Associadas) o facto dos tratados não impedirem a aplicação destas regras sempre que respeitem o princípio da plena concorrência. Até aqui não havia mais comentários a outras normas AA.³⁰⁵

³⁰³ Como consta do parágrafo 14, ao comentário do art.7º da Convenção Modelo da OCDE, o número 1 deste artigo define, os limites de um Estado tributar os lucros obtidos por empresas não residentes, ou seja, empresas de outros Estados Contratantes. Contudo, não impede o Estado de tributar os seus próprios residentes nos termos das regras internas sobre as SEC, mesmo que o imposto que vá ser exigido seja calculado em função do lucro de uma empresa não residente, imputável à participação desses não residentes. Esse calculo em nada afeta esse outro Estado, ou seja não reduz o lucro do outro Estado. Por este motivo não se poderá considerar que o mesmo incida sobre tais lucros. (*verificar também os parágrafos 37 ao 39 dos comentários dos dividendos (art.10º da Convenção Modelo)*). (pág.213 da Convenção Modelo; 2015)

³⁰⁴ «Esta prática corresponde a utilizada pelos Estados Unidos nos seus tratados DT, que se dá o nome de «**saving clause**» que confirma que os Estados Contratantes têm o direito de tributar os seus próprios residentes não obstante as disposições do tratado, exceto aquelas, como as regras sobre a redução da dupla tributação, que claramente se destinam a ser aplicadas aos residentes.» Parágrafo 62 (pág.86) Action 6 BEPS; 2015.

³⁰⁵ « 55. The Commentary on the Articles of the OECD Model already addresses a number of these issues. For instance, it deals expressly with CFC rules (paragraph 23 of the Commentary on Article 1 provides that treaties do not prevent the application of such rules). It also refers to thin capitalisation rules (paragraph 3 of the

4.1.1. Conceito: Empresas associadas do art.9º da Convenção Modelo

O art.9º da Convenção Modelo trata dos ajustamentos de lucros efetuados para efeitos fiscais quando concluídas as transações realizadas entre empresas associadas (mães e filiais ou sociedades colocadas sob controlo comum) e as mesmas não respeitem o princípio da plena concorrência.³⁰⁶

No seu nº1, diz-nos que as autoridades fiscais de um Estado Contratante, por força das relações especiais existentes entre estes, podem retificar a contabilidade das empresas se as mesmas não revelarem os lucros reais tributáveis obtidos nesse Estado, sendo certo que não é permitido qualquer retificação se as transações respeitarem o princípio da plena concorrência.³⁰⁷

Segundo Alberto Xavier eram requisitos essenciais para o art.9º da Convenção Modelo da OCDE o nexa de interdependência³⁰⁸, o elemento de estraneidade³⁰⁹, a obtenção de uma vantagem considerada anormal e o nexa causal entre a vantagem e a interdependência (pág.320 Xavier; 1993) .

O primeiro requisito «*nexo de interdependência*» traduzia-se na estrutura de ligação entre as sociedades e a natureza dessa ligação, sendo que este último é consequência do primeiro (pág.321 Xavier; 1993).³¹⁰

Commentary on Article 9 suggests that treaties do not prevent the application of such rules “insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation”). It does not, however, address a number of other specific domestic anti-abuse rules. »

³⁰⁶ comentário 1 da Modelo de Convenção Fiscal Sobre os Rendimentos e Património (2015) pág.297 (comentários ao art.9º « Empresas Associadas »)

³⁰⁷ Comentário 2 da Modelo de Convenção Fiscal Sobre os Rendimentos e Património (2015) pág.297 (comentários ao art.9º « Empresas Associadas »)

³⁰⁸ « *O nexa de interdependência pressupõe que as empresas sejam juridicamente independentes ou que sejam assimiladas como os EE.* » pag.320 Alberto Xavier

³⁰⁹ Tem implícito que as sociedades onde se verifica o nexa de interdependência têm de estar submetidas a diferentes ordenamentos fiscais. (p.322)

³¹⁰ Alberto Xavier (1997) Direito Tributário Internacional P.321 (O conceito de transferência indireta à luz do art.9º do Modelo OCDE)

« Esta interdependência desdobra-se em duas realidades, e são elas a estrutura da ligação entre as empresas na direcção, controlo ou capital da outra (transferências verticais entre sociedades controladas) ou que as duas empresas se encontrem interligadas uma com a outra relativamente à sua direcção, controlo ou capital (transferências horizontais, sociedades irmãs). As convenções não limitam a definição da estrutura de interdependência pela participação no capital podendo esta exercer-se por via da direcção ou do controlo. »

O «*conceito de distribuição indireta do lucro*»³¹¹ tinha presente a obtenção de uma vantagem ³¹²considerada anormal através de uma terceira entidade (intermediária). (pág.322 Xavier; 1993).

A vantagem podia ser atribuída pela subsidiária à outra sociedade (distribuição oculta de lucros) como podia ser atribuída pela sociedade mãe à subsidiária (contribuição oculta de lucros) ou ainda ser atribuída a uma terceira entidade ligada por vínculo triangular. (pág.322 Xavier; 1993)

Após a verificação de uma transferência indireta de lucros, como previsto no art.9º, é importante incluí-la no lucro da empresa, tributando a vantagem que esta indiretamente atribuiu à outra. Pode fazê-lo recusando a dedutibilidade de uma despesa/perda ou incluindo um ganho que a empresa anormalmente deixou de realizar (pág.325 Xavier; 1993).³¹³ A Convenção Modelo não criou presunções de distribuição indireta, pelo que o encargo da prova é da competência das administrações fiscais.

Este art.9º proíbe qualquer tipo de ajustamento que não respeite as regras do mercado, ou seja, uma concorrência sã e neutra em termos fiscais (pág.299 CM OCDE; 2015).

Mas a questão importante que Alberto Xavier já colocava passava pela compreensão de «*o que é uma vantagem anormal?*». Segundo o autor era aquela que não tinha uma contrapartida equivalente aos valores normalmente praticados, ou seja, em comparação aos preços praticados segundo o princípio da plena concorrência em empresas independentes (com negócios similares às de grupo). (pág. 323 Xavier; 1993)

Esta diferença entre o preço realmente efetivo e o preço objetivo podia surgir da «*venda de mercadorias, da prestação de serviços, da cessão de marcas e patentes em acordos de contribuição de despesas de investigação e pesquisa e na fixação de juros de operações financeiras (subcapitalização)*». Como percebemos esta «*vantagem considerada anormal está ligada por*

³¹¹ «*As operações em causa não são efectuadas de forma direta, mas sim através de operações que concorrem para a formação do lucro da sociedade localizada em países de menos onerosa tributação, através da venda de mercadorias, prestações de serviços, realização de empréstimos ou da cessão ou concessão de direitos incorpóreos.* » pág.322 Alberto Xavier

³¹² Vantagem essa que se pode traduzir em despesa ou perda ou ainda num ganho não realizado. (pág.323 Alberto Xavier)

³¹³ pág.325 b) A reintegração dos lucros e os ajustamentos correlativos

um nexo causal de relação de interdependência entre empresas.», ou seja, ligada pelas relações especiais existentes. (pág.323 Xavier; 1993)

No relatório do CAF (Comité dos Assuntos Fiscais), relativamente a «*Thin Capitalisation*», falou-se da relação existente entre as convenções fiscais sobre a DT e as normas domésticas em matéria do limite da dedutibilidade dos gastos de financiamento. O artigo 9º da Convenção Modelo não impede a aplicação das normas nacionais, desde que se verifique que os lucros do mútuo tenham sido realizados segundo o princípio da plena concorrência.³¹⁴

Esta norma é importante porque nos ajuda a determinar se a taxa de juro aplicada num contrato mútuo respeita este princípio supramencionado e ainda se o empréstimo pode ser considerado como tal ou deve ser considerado como outro tipo de remuneração (como por exemplo, uma participação no capital social)³¹⁵, sendo certo que a verificação deste princípio, não deve ter como consequência o aumento (anormal) dos lucros tributáveis da empresa nacional.³¹⁶

Como nos diz Paula Rosado Pereira, o princípio da tributação como entidades independentes, subjacente ao regime previsto nos artigos 7º e 9º do MC OCDE, pressupunha que cada unidade de um grupo de empresas fosse tratada como uma entidade distinta e independente das restantes. Verificando-se o apuramento do lucro tributável e o pagamento do correspondente imposto relativamente a cada empresa associada ou estabelecimento estável, independentemente da sua integração num grupo empresarial internacional. (pág.241 Pereira; 2015)

Este princípio determina a tributação de empresas associadas como se fossem entidades independentes. Nos termos do artigo 9º nº 1 e do artigo 7º nº 2, ambos do Convenção Modelo, este princípio ajuda a determinar o rendimento tributável das empresas associadas e dos EE. (pág.241 Pereira; 2015)

Podemos dizer que o princípio da tributação como entidades independentes pretende regular, no contexto das situações tributárias internacionais envolvendo entidades relacionadas, a

³¹⁴ comentário 3 alínea a.) pag. 298 Modelo da Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e Capital Comentário ao art.9º (2015)

³¹⁵ Comentário 3 alínea b.) pag. 298 Modelo da Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e Capital Comentário ao art.9º (2015)

³¹⁶ Comentário 3 alínea c.) pag. 298 Modelo da Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e Capital Comentário ao art.9º (2015)

divisão das receitas tributárias entre os vários Estados nos quais as partes da empresa multinacional (sejam elas estabelecimentos estáveis ou empresas associadas) desenvolvam a sua atividade. O aludido princípio contribui, ainda, para impedir a evasão fiscal (sentido amplo) e para evitar a dupla tributação internacional de lucros, articulando-se com os métodos de eliminação da dupla tributação previstos nos artigos 23º-A e 23º-B do MC OCDE. (pag.241 Rosado Pereira; 2015)

Na versão original de 1963, havia um risco latente de DT, uma vez que o art.9º tinha previsto à inclusão do lucro numa empresa seguindo da exclusão do mesmo lucro da outra empresa associada (o risco encontrava-se presente no facto do Estado não proceder a exclusão dos lucros onde se encontrava esta empresa associada). (pág.326 Xavier; 1993) A versão de 1977 veio acrescentar no 2º parágrafo a imposição do outro Estado na obrigação de efetuar os ajustamentos correlativos adequados (ainda presente nos dias de hoje).

Os ajustamentos correlativos eram impostos, no que concerne aos países membros da Comunidade Europeia (UE), pela chamada Convenção Arbitragem (90/436/CEE, de 23 de julho de 1990³¹⁷), relativa a eliminação da DT no caso de correção de lucros entre empresas associadas. (pág.326 e 327 Xavier; 1993)

Segundo este artigo, os Estados Contratantes resolvem as questões dos ajustamentos correlativos³¹⁸, através do procedimento amigável, previsto no art.25º da Convenção Modelo. (comentário 4 do art.9º nº1 pág. 299)

Para além da orientação deste art.9º da Convenção Modelo sobre as empresas associadas, as legislações internas dos diferenciados países contêm normas que visam impedir a prática dos preços de transferência, permitindo as Administrações Fiscais a retificação dos rendimentos declarados quando envolvam presunção de elisão fiscal.³¹⁹

Portugal, no passado, celebrou várias convenções bilaterais para a eliminação da DT, idênticas ao previsto no nº1 do art.9º, no art.7º e no art.25º da Convenção modelo da OCDE, enquanto país membro da CEE (UE), ficando obrigado a seguir as indicações das normas

³¹⁷ “A possibilidade de recurso a procedimento amigável (PA) encontra-se também prevista pela Convenção de Arbitragem (CA) - Convenção 90/436/CEE, de 23 de julho de 1990, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas.” Guia Prático dos Procedimentos Amigáveis AT (dezembro 2017) pág.3

³¹⁸ Os ajustamentos correlativos são impostos, no que concerne aos países membros da Comunidade Europeia (UE), pela chamada **Convenção Arbitragem**, relativa a eliminação da DT no caso de correção de lucros entre empresas associadas. (p.326 e 327 Alberto Xavier 1993)

³¹⁹ c) Medidas unilaterais de inversão do ónus de prova . pág. 327

previstas na «*Convenção relativa à eliminação da DT no caso de correção de lucros entre empresas associadas (90/436/CEE)*, também conhecida pela *Convenção da Arbitragem* » sendo uma convenção extremamente importante e de carácter inovatório nos anos 90, na qual se previa a obrigatoriedade da eliminação da DT.

4.1.2. «Treaty Shopping»

Segundo Alberto Xavier, o «*Treaty shopping*» tem implícito uso impróprio dos tratados ou abuso das convenções. O domicílio das pessoas coletivas, tal como o das pessoas singulares, pode ser escolhido ou realocado com o propósito de se ter acesso a um regime fiscal mais vantajoso. Os tratados contra a dupla tributação aplicam-se às pessoas residentes dos Estados contratantes, sendo certo que essa residência pode ser obtida com a intenção de escolher os regimes fiscais mais favoráveis.³²⁰ (pág.306 Xavier; 1993)

Na verdade, o recurso feito às convenções fiscais também constitui uma forma comum de evasão fiscal internacional (no seu sentido amplo). Por norma, estes tratados têm como objetivo eliminar a DT, mas acabam por tentar reprimir acessoriamente a evasão e fraude fiscal internacional, uma vez que os mesmos podem ser utilizados para se fugir à tributação (isto claro, através da obtenção de vantagens que não se teriam obtido sem o recurso aos tratados DT).³²¹ (pág.322 Leitão; 1993)

Esta atividade pressupõe, por regra, um exame comparativo das vantagens que são concebidas nos diversos tratados para evitar a DT e a escolha da mais favorável (vantagem), beneficiando artificialmente da sua provisão e alcançado assim os benefícios que não lhe seriam, normalmente, destinados. Este fenómeno, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, aproxima-se do conceito fraude à lei previsto no seu art.21^o³²² do Código Civil (pág.322 Leitão; 1993).³²³

³²⁰ Elisão Subjetiva B) *Fraude ao domicílio das pessoas colectivas: « treaty shopping » e abuso das convenções.* Alberto Xavier

³²¹ Treaty Shopping (Livro Ministério das Finanças de 1993) 2. O uso abusivo das convenções para evitar a dupla tributação 2.1 Conceito « treaty shopping » Shopping dos tratados

³²² Fraude à lei «*Na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente.*».

³²³ Treaty Shopping (Livro Ministério das Finanças de 1993) 2. O uso abusivo das convenções para evitar a dupla tributação 2.1 Conceito « treaty shopping » Shopping dos tratados (pág.322)

Como podemos verificar, este tipo de elisão fiscal internacional faz-se mediante o recurso ao próprio direito internacional público, colocando o Estado que se considera prejudicado em dificuldades de resposta. (pág.326 Leitão; 1993)³²⁴

O método mais utilizado para reagir contra este tipo de abuso do direito internacional público encontra-se no âmbito desse mesmo direito, através da consagração de medidas específicas (antiabuso) destinadas a reagir contra este tipo de prática (pág.326 Leitão; 1993).³²⁵

A reação contra estas práticas já não era novidade nenhuma. Em 1993, manifestava-se pela inclusão em certos tratados de uma cláusula que limitava a sua aplicação se a pessoa residente não fosse o beneficiário efetivo do rendimento, isto era, as sociedades que fossem meros canais de transmissão de rendimentos sem objeto real. (pág 307 Xavier; 1993)

Os comentários da OCDE de 1992 sugeriam aos EM uma variedade de cláusulas alternativas para impedir a prática «*treaty shopping*», feita através da «*conduit companies*»³²⁶.

Porém estes comentários ainda sugeriam que não se penalizasse casos de boa fé, isto era, nas situações em que as operações fossem realizadas com razões económicas substâncias válidas e não com a intenção de se obter benefícios do tratado ou ainda quando a redução do imposto não fosse inferior ao imposto efetivamente pago pelo Estado contratante da sociedade que se considera residente (pág. 308 Xavier; 1993).

Houve quem a nível interno tipificasse negócios fiscalmente menos onerosos de forma a submetê-lo a regras preventivas ou repressivas³²⁷ (pág.308 Xavier; 1993).

³²⁴ Treaty Shopping (Livro Ministério das Finanças de 1993) 2. O uso abusivo das convenções para evitar a dupla tributação 2.1 Conceito «*treaty shopping*» Shopping dos tratados (pág.323)

³²⁵ 2.3 Medidas contra a utilização abusiva das convenções (pág.326) (Livro Ministério das Finanças de 1993)

³²⁶ «*limita a sua aplicação se a pessoa residente não for o beneficiário efectivo do rendimento, excluindo nominees, agentes ou conduit companies, ou seja, entidades que sejam meros canais de retransmissão de rendimentos, sem outro objeto real.*» Alberto Xavier «*Direito Tributário Internacional*» pp.307 B) Fraude ao domicílio das pessoas colectivas: «*treaty shopping*» e abuso das convenções. Alberto Xavier

Estas cláusulas podiam consistir em reservar a aplicação de tratados às sociedades que fossem controladas direta ou indiretamente por residentes em causa, ou ainda excluir certos tipos de sociedades que de acordo com as leis internas se tivessem estatuto similar aos dos não residentes, ou condicionar a aplicação das cláusulas dos tratados que concebiam isenções ou reduções de imposto num dos Estados quando tivesse sujeito a tributação no outro (subject-to-tax-approach) e por último excluir a aplicação de cláusulas do tratado que concebiam isenção ou redução de imposto a sociedades residentes nesse Estado, mas controladas por não residentes em que mais 50% do rendimento seja utilizado para pagar créditos de tais pessoas (juros, royalties, etc) (channel approach). (pág.307 e 308 Alberto Xavier; 1993)

³²⁷ «*(...) Os casos em que se utilizam subsidiárias estrangeiras, certos rendimentos, em virtude da aplicação combinada das normas da convenção e das disposições do direito interno do país em que se estabelecem.*»pág.308 Alberto Xavier; 1993

Como nos diz Paula Rosado Pereira, o princípio da residência tem sido acusado de facilitar a elisão fiscal e o uso abusivo dos CDT, nomeadamente, quanto à questão da mudança de residência de indivíduos ou sociedades para um Estado de tributação inferior, ou mediante uma sociedade intermediária residente noutra jurisdição com o propósito de beneficiar da aplicação de determinados CDT, a que se dá o nome de «*Treaty Shopping*». (pág.219 e 220, Pereira; 2015).

4.2. Diretivas da UE

As Diretiva ATAD 1 e 2 estão diretamente relacionadas com o combate às práticas elisivas feitas pelas sociedades (de grupo), porém não são as únicas importantes nesta matéria. As restantes Diretivas da UE também tentam restringir abusos por partes dos contribuintes para desta forma contribuírem para um mercado único competitivo, seguro, eficiente e eficaz.

Como contemplado no art.288º do TFUE, as Diretivas são atos jurídicos que os Estados da UE devem adotar, fazendo parte do Direito derivado³²⁸. Devem ser adotados pelas instituições da UE e transpostos pelos EM (em regra geral, num prazo de 2 anos, comunicando à sua incorporação à Comissão Europeia), passando a vigorar como lei. (Diretiva da União Europeia, do site da UE)

Quando um Estado não proceda à transposição de uma Diretiva, a Comissão Europeia pode iniciar um processo por infração junto do TJUE. (Diretiva da União Europeia, do site da UE)

A Comissão Europeia, em 2012, referiu que iria proceder a uma revisão das normas antiabuso presentes nas Diretivas Juros e Royalties; das Fusões e Cisões e das Sociedades Mães e Afiliadas para desta forma aplicar os princípios presentes na sua recomendação sobre o PF agressivo (COM(2012) 722 final³²⁹).

Estas últimas Diretivas que referimos davam a possibilidade de os Estados-Membros aplicarem mecanismos de salvaguarda antiabuso para evitarem situações de PF abusivo, respeitando o Direito da UE. (COM(2012) 722 final³³⁰)

³²⁸ A Diretiva diferencia-se do Regulamento, visto que este último tem aplicação imediata, também se diferencia da Decisão, porque a Diretiva é aplicada à todos os EM. (Diretiva da União Europeia, do site da UE)

³²⁹ 15. Revisão das disposições antiabuso da legislação da UE.

³³⁰ 8. Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo.

Relativamente a Diretiva troca de informações de 15 de Fevereiro 2011 (2011/16/EU), a Comissão aprovou em 2012 um regulamento de execução que estabelecia formulários normalizados de forma a promover eficazmente a troca de informações, disponibilizados aos EM e colocados em funcionamento em 2013.³³¹

A Lei portuguesa nº26/2020, sobre o planeamento fiscal agressivo que falaremos mais a frente, estabelece a obrigação de comunicação à AT de mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal para prevenir esquemas que poderão potenciar o risco de evasão fiscal, transpondo assim a Diretiva 2018/822 do Conselho de 25 de Maio de 2018 que altera a Diretiva 2011/16/UE do Conselho sobre a troca automática de informações obrigatória no domínio da Fiscalidade (art.1º da Lei nº26/2020).

A Diretiva relativa às sociedades-mães e sociedades afiliadas (2011/96/EU) necessitou de uma alteração, devido às diferenças de qualificação, relativamente a empréstimos e entidades híbridas. Esta diretiva tem como objetivo o não impedimento de medidas contra a não tributação, relativamente às estruturas de empréstimos híbridos³³², tendo sido alterada dando origem a Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho de 27 de janeiro de 2015 introduzindo a norma antiabuso no número 3 e 4 do seu artigo 1º³³³.

Nesta Diretiva, interessa-nos as regras contra a dedutibilidade de juros excessivos (subcapitalização) porque têm implícito a eliminação de impostos retidos na fonte, relativo a pagamentos de dividendos feitos por uma subsidiária à uma sociedade mãe, eliminando igualmente a DT aí presente. A importância desta diretiva também se encontra no facto da mesma prever que os juros excessivos possam ser requalificados como dividendos. (p.212 Ação 4 OECD 2016 (90 – Annex I.A.))

Relativamente à Diretiva da Cooperação Administrativa, na sua quinta revisão (DAC6), o Parlamento Europeu, no seu relatório de 2019, sobre crimes financeiros e elisão fiscal, incitou a Comissão e o Conselho Europeu a proporem e adotarem uma definição de PF

³³¹ 12. Formulários normalizados para a troca de informações no domínio da **fiscalidade** COM(2012) 722 final

³³² (4.1. Ações a desenvolver a curto prazo (em 2013) COM(2012) 722 final 4.1.1. Combater as disparidades e reforçar as disposições antiabuso 14. Revisão da diretiva relativa às sociedades-mães e sociedades afiliadas (2011/96/UE))

³³³ que nos diz, no art.1º nº «(...)Para efeitos do n.º 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.» e no nº4 “ A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.»

agressivo com indicadores específicos de forma a respeitarem esta Diretiva. (p.29 Relatório do parlamento Europeu sobre crimes financeiros e elisão e evasão fiscais (2018/20215INI))

4.2.1. Diretiva Fusões e Cisões

No contexto da cláusula geral antiabuso aplicável a Diretiva Fusões e Cisões, a Advogada Geral Julianne Kokkot diz que o simples facto do contribuinte escolher a solução mais vantajosa para ele em termos fiscais não basta como justificação para o acusar de evasão fiscal, nos termos do anterior art. no art.11º nº1 -a.)³³⁴ da Diretiva 90/434/CEE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.³³⁵

Segundo Ana Paula Dourado, a Diretiva 90/434/CEE (antiga Diretiva Fusões e Cisões) e algumas convenções Dupla Tributação estabeleciam a possibilidade da não aplicação das respetivas disposições sempre que os atos em causa tinham como objetivo principal a evasão fiscal (em sentido amplo). Admite-se que esta evasão fiscal fosse apreciada pelo objetivo prosseguido e que a ausência de razões económicas válidas constituía uma presunção válida a esta prática. (pág.126 Dourado; 1996)

Atualmente a cláusula antiabuso encontra-se presente no art.15º da Diretiva 2009/133/CE³³⁶ (atual Diretiva Fusões e Cisões que revogou a precedente).

³³⁴ Artigo 11º

1. **Qualquer Estado-membro poderá recusar aplicar**, no todo ou em parte, o disposto nos títulos II, III e IV **ou retirar o benefício de tais disposições sempre que** a operação de fusão, de cisão, de entrada de activos ou de permuta de ações:

- a) **Tenha como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais;** o facto de uma das operações referidas no artigo 1º **não ser realizada por razões económicas válidas**, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que essa operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais;

³³⁵ Capitulo IV Planeamento Fiscal Internacional Clotilde Celorico Palma; 2015.

³³⁶ que nos diz o seguinte no seu número 1. «Os Estados-Membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4.º a 14.º se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1.º:

a.) *Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais;*

4.2.2. Diretiva Juros e Royalties Art.5º (Fraudes e Abusos)

A Comissão Europeia apresentou em 2011 uma proposta de reformulação da Diretiva 2003/49/CE do Conselho relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties, efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes.

Esta Diretiva foi várias vezes alterada, sendo que esta proposta ([COM(2011) 714 final de 11 de novembro de 2011]) visou reformulá-la por razões de clareza. Além disso, a proposta iria introduzir algumas alterações substanciais na diretiva existente, nomeadamente: alargamento da lista das sociedades na aplicação da diretiva, redução (de 25 % para 10 %) dos limiares de participação a atingir pelas sociedades para que possam ser consideradas associadas com o introdução de um requisito “sujeição a imposto” para a isenção da tributação (p.14 (pág.6) Relatório Ecofin; 2015).

Na sua maioria os EM discutiram de forma positiva sobre a inserção de uma regra geral antiabuso na Diretiva Juros e Royalties, similar a da Diretiva Sociedade Mães e Filhas (DSMF).

Falou-se ainda na possível inserção da cláusula MET sobre o nível mínimo de tributação. Porém enquanto alguns EM eram a favor, outros eram contra, o que acabará por deixar a UE dividida. (p.17 e 18 (pág.6 e 7) Relatório Ecofin; 2015)

A presidência luxemburguesa do Conselho pediu aos Serviços Jurídicos um parecer sobre a questão da compatibilidade de uma possível MET com o direito da UE. (p.19 (pág.7) Relatório Ecofin; 2015)

Na reunião de Grupo, a presidência avançou com trabalhos técnicos em três domínios, notadamente, quais os principais elementos da cláusula MET, os aspetos processuais e a redação de uma eventual cláusula (p.20 (pág.7) Relatório Ecofin; 2015).³³⁷

b.) Tem por resultado que uma sociedade, quer participe ou não na operação, deixa de preencher as condições necessárias para a representação dos trabalhadores nos órgãos da sociedade de acordo com as disposições que estavam em vigor antes da referida operação.»

³³⁷ 20.Na reunião do Grupo de 29 de outubro de 2015, a Presidência fez avançar os trabalhos técnicos em três domínios principais:– principais elementos da cláusula MET (cálculo efetuado com base em "todos os rendimentos" ou com base em "rendimentos isolados"; determinação do valor da tributação efetiva de acordo com a abordagem de rendimentos isolados) e aspetos processuais (i.e., a eventual necessidade de alteração das disposições processuais da diretiva);– determinação de um nível de tributação que seja considerado reduzido, a fim de estabelecer um valor de referência nessa base (em termos absolutos ou relativos); e– redação de uma eventual cláusula MET (enquanto critério único ou combinado com um teste adicional da substância económica).

Sobre o facto de ser possível inserir-se uma cláusula MET, os EM que estavam de acordo encontravam-se divididos na forma como se iria reagir. Isto era, ou seria uma MET com um critério único ou iria-se combinar uma MET com o teste substantivo. (p.23 (pág.8) Relatório Ecofin; 2015)

No Relatório Ecofin de 2016, sobre a DJR, ficaram em aberto outras três questões relativas a inserção de uma cláusula MET³³⁸, nomeadamente, o método de cálculo da tributação efetiva, as suas exceções e o âmbito de aplicação desta Diretiva. Contudo as delegações continuavam divididas (p.26 (pág.7) Relatório Ecofin; 2016).

A presidência eslovaca do Conselho Ecofin centrou-se sobre algumas questões relativas à DJR³³⁹, tal como a norma mínima comum contra práticas abusivas que surgiu da análise procedente da Regra Geral antiabuso presente na Diretiva ATAD (no seu art.6º). Os EM mostraram apoio à presidência sobre a inserção de uma norma mínima comum contra práticas abusivas e não abusivas.

Temos contemplado na Diretiva Juros e Royalties a isenção sobre os pagamentos de juros e royalties que provenham dos EM da UE (por dedução na fonte ou liquidação). Nesta diretiva é possível considerar , como tributação de juros, a dedução de juros excessivos, o que causou dúvidas relativamente com a compatibilidade das regras da limitação da dedutibilidade de despesas com juros a nível da sociedade devedora, contudo o TJUE esclareceu que esta situação apenas diz respeito ao credor de juros (e não ao devedor). (parágrafo 212 /213 Ação 4; 2016)

4.2.3. Propostas de Diretiva MCCIS e MCCCIS: “Matéria coletável comum “consolidada” do imposto sobre as sociedades”

Em 2011, foi apresentada a primeira proposta de Diretiva sobre a MCCIS³⁴⁰, na qual estabelecia regras comuns de tributação das sociedades na determinação da matéria coletável das sociedades na UE. (p.7 (pág.4) Relatório Ecofin; 2019)

³³⁸ « *Minimum effective taxation* »

³³⁹ Diretiva Juros e Royalties.

A Comissão Europeia também apresentou uma proposta da Diretiva ao Conselho sobre a MCCCIS, completando a primeira, mas de forma consolidada. (p 18 Relatório Ecofin 2016)

As alterações às medidas feitas na sua proposta original foram a previsão do seu carácter obrigatório para as Grandes empresas, nomeadamente, através de «*uma nova dedução para o crescimento e o investimento destinado a lutar contra as distorções em matéria de financiamento da dívida*» e um desagravamento fiscal mesmo que temporário das «*perdas transfronteiras*». (p.15 (pág.5) Relatório Ecofin; 2016)

A “nova” proposta MCCCIS previa condições de existência do Grupo, tal como nas regras técnicas em matéria de consolidação, tendo presente o tratamento de perdas e ganhos de capitais não realizados, relativos às retenções na fonte e aos créditos fiscais por DT, ocorridos das transferências entre grupos e sociedades externas. Estas duas propostas foram apresentadas em conjunto como um só pacote. (p.19 e 21 (pág.6) Relatório Ecofin; 2016)

Os EM chegaram a falar da importância da proposta da MCCCIS, juntamente com o plano BEPS. Todavia, como estavam pendentes dos relatórios da OCDE, resolveram que os mesmos seriam analisados, à parte, por peritos. Acabou por se resolver separar a questão da MCCCIS do programa BEPS, surgindo deste último a Diretiva ATAD 1. (p.26 e p.27 (pág.8 e 9) Relatório Ecofin; 2015)

A Comissão referiu, no seu comunicado de 2016 (COM(2016) 682 final), ao Parlamento Europeu e ao Conselho que a proposta da Diretiva MCCCIS era favorável a um crescimento justo e eficaz no mercado interno. Poderia desta forma satisfazer o crescimento sustentável e a justiça social, proporcionando um aumento do investimento e um crescimento da economia na UE.³⁴¹

As disposições antiabuso, presente na MCCCIS, servem de proteção aos EM contra a erosão das bases fiscais e a transferência indevida de lucros entre a UE e países terceiros. As medidas antiabuso previstas na proposta MCCCIS são as mesmas que da Diretiva ATAD. («*Sobre as normas antiabuso Proposta MCCCIS e BEPS*» Ponto 5.2 Medidas antiabuso

³⁴⁰ Matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades. “*A proposta MCCCIS estabelece regras comuns de tributação das sociedades para determinação da matéria coletável das sociedades na UE.*” (p.15 Relatório Ecofin 2016)

³⁴¹ “*A UE necessita de um quadro positivo e orientado para o futuro para a tributação das sociedades. Este deve ser favorável ao crescimento, justo e eficaz, e apoiar plenamente as prioridades políticas mais amplas da UE, agora e no futuro. É este o princípio subjacente à proposta da Comissão para relançar a matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS). A MCCCIS pode satisfazer as duas principais exigências das empresas e dos cidadãos na Europa de hoje – crescimento sustentável e justiça social – e reforçar a agenda global económica e social da UE. Com efeito, a análise efetuada mostra que a MCCCIS pode aumentar o investimento na UE até 3,4 % e o crescimento até 1,2 %.*”

suplementares COM(2016) 682 final).³⁴² .³⁴³ A presidência romena do Conselho Ecofin iniciou um debate sobre a possível sobreposição da Diretiva ATAD e a MCCCIS relativamente às regras antielisão fiscal³⁴⁴. (p.13 pág.6 Relatório Ecofin; 2019)

Contudo o Parlamento Europeu disse que, enquanto as regras antiabuso previstas na Diretiva ATAD 1 e 2 abrangem o conceito de “empresa de fachada”, fictícia ou artificial, a MCCCIS e MCCCIS garantem que o rendimento seja imputado no local onde a atividade económica seja realmente efetuada. (p.126 Relatório sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

Segundo o Comunicado de 2016, da Comissão, a Diretiva MCCCIS traria melhorias fiscais para as sociedades da UE, pela sua simplicidade, segurança e equidade. Também serviria de apoio aos objetivos do mercado interno, tornando-o mais forte e competitivo, garantido uma tributação das sociedades em sintonia com uma economia moderna. (7. Conclusão COM(2016) 682 final)

A Proposta da Diretiva ATAD chegou a ter uma cláusula similar à da proposta de Diretiva da MCCCIS, apresentada pela Comissão Europeia, com o nome de «*switch-over*», que pretendia tributar os rendimentos normalmente “isentos” provenientes de países terceiros,

³⁴² «A UE necessita de um quadro positivo e orientado para o futuro para a tributação das sociedades. Este deve ser favorável ao crescimento, justo e eficaz (...) É este o princípio subjacente à proposta da Comissão para relançar a matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS). A MCCCIS pode satisfazer as duas principais exigências das empresas e dos cidadãos na Europa de hoje – crescimento sustentável e justiça social – e reforçar a agenda global económica e social da UE. Com efeito, a análise efetuada mostra que a MCCCIS pode aumentar o investimento na UE até 3,4 % e o crescimento até 1,2 %.»

³⁴³ «A MCCCIS contém disposições antiabuso destinadas a proteger os Estados-Membros contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros, tanto no interior da União Europeia como em relação a países terceiros. Estas reforçarão o impacto da MCCCIS enquanto instrumento para prevenir a evasão fiscal. As medidas antiabuso previstas no âmbito da MCCCIS refletem as previstas na Diretiva Antielisão Fiscal, que foram acordadas pelos Estados-Membros em julho de 2016. Garante-se assim que todas as empresas estão sujeitas às mesmas normas antiabuso, quer sejam ou não abrangidas pelo sistema da MCCCIS.»

³⁴⁴ A maioria chegou a acordo sobre o facto dos art.13º sobre a limitação de juros e os art.53º e 54º sobre a cláusula de switch-over, encontrarem-se diretamente relacionados com o cálculo da matéria coletável comum. Porém não houve consenso quanto ao nível de harmonização que se pretende alcançar no que diz respeito à limitação dos juros e algumas delegações. Algumas delegações continuam a opor-se à introdução de uma cláusula de switch-over. Também referiram que o nível de harmonização previsto na Diretiva ATAD sobre as outras regras antielisão fiscal pode ser considerado suficiente de momento, embora não haja consenso quanto à questão de saber se as regras correspondentes devem ser deixadas na Diretiva ATAD ou incluídas na MCCCIS. (p.13 – a) e b) Relatório Ecofin; 2019)

quando a taxa aplicada no estrangeiro fosse inferior a 40% da taxa aplicada no EM da UE.³⁴⁵. (pág.9 Proposta de Diretiva Antielisão)

Pretendia-se com esta regra que os rendimentos originários dos países terceiros fossem tributados antes de entrarem na UE, enquanto a proposta MCCCIS remete para a comparação das taxas legais médias do imposto sobre as sociedades aplicáveis na UE. A proposta da Diretiva Antielisão Fiscal, contrariamente a esta última, não estabelecia um sistema autónomo de imposto sobre as sociedades nem um mecanismo de consolidação das bases tributáveis das sociedades dos EM da UE, sendo lógico por esta razão que se usasse uma taxa de imposto legal sobre as sociedades no EM do contribuinte que recebesse rendimentos de países terceiros, pelo menos até ao relançamento da MCCCIS como referido pela Comissão Europeia. (pág.9 da Proposta de Diretiva Antielisão)

As presidências da Estónia e da Bulgária do Conselho Ecofin sugeriram que a proposta MCCIS fosse vista como uma resposta estratégica aos desafios da economia digital na fiscalidade direta. (p.10 pág.5 Relatório Ecofin; 2019)

O Parlamento recomendou ao Conselho Europeu à adoção das duas propostas de Diretiva (MCCIS/MCCCIS) e também a incluir o conceito “estabelecimento virtual estável” no correção de “falhas existentes” que podiam dar espaço à elisão fiscal, principalmente na fase de transição para a era da digitalização, lamentando ainda o facto de alguns EM se recusarem a encontrar soluções. (p.61 Relatório sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

A presidência austríaca propôs alargar o âmbito de aplicação da MCCIS de forma a incluir todos os sujeitos passivos de IRC, o que foi visto como um problema, uma vez que a maioria das delegações mostrou a sua oposição quanto a esta sugestão. (p.12 a) e p. 14 Relatório Ecofin 2019)

Sobre o projeto de Diretiva da MCCCIS, o PE congratulou a Comissão pelo relançamento da mesma e diz que quando implementada preencherá as lacunas existentes entre sistemas

³⁴⁵ Este regime tem noção que não há qualquer harmonização das taxas de imposto sobre as sociedades do EM. Com o intuito de combater a elisão fiscal, este limiar tinha de ser estabelecido tendo em conta que a tributação não fosse inferior a 50% em comparação com o Estado do contribuinte beneficiário. Convém igualmente que o limiar não fosse demasiado baixo, uma vez que visaria jurisdições fiscais mais agressivas. Esta é a razão pela qual a taxa de 40% assegurava um equilíbrio entre a concorrência fiscal leal e a evitação a práticas de elisão fiscal. (Página 9 da Proposta de Diretiva Antielisão)

fiscais, principalmente sobre a determinação de preços de transferência. (p.60 Relatório sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

O PE insistia sobre o facto de os países deverem pagar os impostos onde realmente se exerceu uma atividade económica real e onde o valor foi criado. Esta regra poderia ser alcançada através da adoção de uma MCCIS e de uma distribuição adequada e equitativa, incluído todos os ativos corpóreos e incorpóreos. (p.35 Relatório sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

De forma a acabar com a prática de transferência de lucros, as MCCIS e a MCCCIS deveriam ser introduzidas ao mesmo tempo nos EM. O Parlamento Europeu pediu ainda à Comissão que apresentasse uma nova proposta com base no art.116º do TFUE³⁴⁶. (p.63 Relatório sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

Contudo em maio de 2021, a Comissão Europeia referiu no seu Comunicado que irá propor um novo quadro de tributação do rendimento das sociedades na UE, conhecido como BEFIT «*Business in Europe: Framework for income taxation*».

O BEFIT é assente nos conceitos internacionais do Pilar 1 e 2 da OCDE sobre as soluções dirigidas aos desafios da tributação oriundos da digitalização e economia, composto por um conjunto único de regras na tributação das sociedades na UE que se baseia em aspetos fundamentais, tal como o valor tributável comum e a repartição dos lucros entre EM (com base numa fórmula de repartição dos lucros).

Pretende com isto que as empresas no mercado único possam funcionar sem barreiras fiscais. Assegurando que a existência de sistemas tributáveis diferentes não prejudica a capacidade de os EM gerarem receitas que financiem as despesas nacionais consideradas prioritárias. (pág.13 Com (2021) 251 Final)

Esta proposta substituirá as propostas pendentes sobre a MCCCIS (pág.13 Com (2021) 251 Final) e também será importante na determinação dos preços de transferência, através da

346 Artigo 116º (ex-artigo 96.o TCE) do TFUE

«Se a Comissão verificar que a existência de uma disparidade entre as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos Estados-Membros falseia as condições de concorrência no mercado interno, provocando assim uma distorção que deve ser eliminada, consultará os Estados-Membros em causa.

Se desta consulta não resultar um acordo que elimine a distorção em causa, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam as diretivas necessárias para o efeito. Podem ser adotadas quaisquer outras medidas adequadas previstas nos Tratados.»

utilização de uma fórmula na reafecção dos lucros, eliminando as regras complexas da determinação destes preços na UE. (pág.14)

A combinação da fórmula de repartição com a regra comum do valor tributável presente no BEFIT é considerado um marco importante na construção de um mercado único “mais robusto”. Apesar destes princípios já se encontrarem presentes na MCCCIS, o BEFIT trará mudanças positivas na economia e no quadro internacional desde 2011 (quando a MCCCIS foi inicialmente proposta). (pág.14 Com (2021) 251 Final)

4.3. Pacote Fiscal e o Plano de Ação para uma Tributação Justa e simples

O pacote fiscal representa um conjunto de iniciativas legislativas e não legislativas da UE para reforçar as regras contra a elisão fiscal, por parte das sociedades, com o intuito de uma tributação das sociedades na UE «*mais justa, simples e eficaz*». Tendo por base as recomendações da OCDE de 2015, relativas ao programa BEPS.³⁴⁷

Este pacote consiste numa comunicação que tem a pretensão de evitar o PF agressivo, de aumentar a transparência criando um ambiente societário mais justo no mercado interno sendo justificado por razões de política fiscal e económica.³⁴⁸

Teve como objetivo inicial a criação de uma Diretiva antielisão fiscal (que na sua proposta inicial continha a norma «*switch-over*», como art.6^{o349}) que estabelece diversas medidas juridicamente vinculativas contra o PF agressivo, tendo especial foco as entidades de grupo

³⁴⁷ Pacote Antielisão Fiscal do site Conselho Europeu e Conselho da União Europeia.

³⁴⁸ Pacote Antielisão Fiscal do site Conselho Europeu e Conselho da União Europeia.

³⁴⁹ Que nos dizia que « *Os Estados-Membros não devem isentar um contribuinte da tributação dos rendimentos gerados no estrangeiro recebidos pelo contribuinte sob a forma de distribuição de lucros de uma empresa situada num país terceiro, do produto da alienação de ações ou quotas detidas numa empresa situada num país terceiro ou de rendimentos provenientes de um estabelecimento estável situado num país terceiro, quando a empresa ou o estabelecimento estável estiver sujeito, no país de residência da empresa ou no país onde se situa o estabelecimento estável, a um imposto sobre os lucros a uma taxa legal do imposto sobre as sociedades inferior a 40 % da taxa legal de imposto que seria aplicada ao abrigo do regime do imposto sobre as sociedades aplicável no Estado-Membro do contribuinte. Nestas circunstâncias, o contribuinte deve ser tributado pelos rendimentos gerados no estrangeiro, podendo deduzir o imposto pago no país terceiro da sua carga fiscal no seu Estado de residência para efeitos fiscais. A dedução não deve exceder o montante do imposto, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que podem ser tributados. 2. O disposto no n.º 1 não se aplica aos seguintes tipos de perdas: (a) Perdas suportadas pelo estabelecimento estável de um contribuinte residente situado num país terceiro; (b) Perdas decorrentes da alienação de ações ou quotas numa empresa que seja residente para efeitos fiscais num país terceiro. ».* Esta norma não está prevista na Diretiva ATAD 1 e 2.

que retiram benefícios indevidos das disparidades existentes nos diversos sistemas fiscais através de vantagens fiscais indevidas.

Este pacote também pretendia garantir que as medidas do plano BEPS, da OCDE, fossem transcritas de forma coordenada.

O Conselho da UE adotou esta Diretiva ATAD 1 a 12 de julho de 2016, sendo que em 2017 corrigiu e introduziu novas regras sobre as AH com os países terceiros (Diretiva ATAD 2).

Os EM transcreveram esta Diretiva até 31 de dezembro de 2018 com a exceção das regras do «*Exit Tax*» que deveriam ser transpostas até o final de 2019. A Diretiva ATAD alterada pelas regras sobre as AH devia ser transposta até 2020 (com exceções de algumas normas³⁵⁰).

A Comissão Europeia pretende contribuir para um mundo mais ecológico e digital, tornando-o mais compatível com os princípios da UE. (pág.1 COM(2020)312Final)

Na “era digital” tornou-se indispensável a criação de mais ações na UE no reforço da luta contra a evasão fiscal (em sentido amplo) ajudando, desta forma, as AF no acompanhamento de uma evolução constante da economia moderna. (pág.6 COM(2020)312 Final)

A UE também fez progressos na simplificação da tributação através da criação de novas regras de forma a garantir resoluções mais rápidas aos litígios fiscais em matéria de impostos diretos, na interpretação ou aplicação de acordos convenções que preveem a eliminação da DT celebradas entre EM. (pág.6 COM(2020)312 Final)

A Comissão Europeia, no seu “Pacote fiscal de 2020”, teve como objetivo uma tributação justa e simples apoiada na estratégia de recuperação, composta pelos seguintes elementos, nomeadamente, um plano de ação com várias iniciativas futuras relativas à tributação direta e indireta e a comunicação relativa à «*boa governação fiscal dentro e fora da UE*», sendo que os principais domínios desta última são a reforma do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, a revisão das jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais e a melhoria da boa governação fiscal na UE e dos países parceiros. (pág.4 COM(2020)312 Final)

Para responder de forma eficaz à crise pandémica criou-se um plano de ação composto por 25 ações que pretendem responder a uma recuperação económica rápida e sustentável sem

³⁵⁰ «Os Estados-Membros que disponham de regras específicas cuja eficácia seja igual à das regras de limitação dos juros da diretiva antielisão fiscal podem aplicá-las até que a OCDE chegue a acordo sobre uma norma mínima ou, o mais tardar, até 1 de janeiro de 2024.» Do site Consilium Europa. E algumas normas da Diretiva ATAD 2 sobre as AH invertidas, por exemplo.

esquecer da garantia de receitas públicas consideradas suficientes. (pág.1 COM(2020)312Final)

Os EM devem contribuir para uma tributação justa, proporcional, eficaz e eficiente entre EM, através à redução de obstáculos fiscais nas sociedades pertencentes à UE, uma vez que a simplificação fiscal contribuirá para uma forte competitividade das empresas, tal como o seu crescimento económico. (pág.1 COM(2020)312Final)

Uma reforma dos sistemas fiscais empresariais ajustada a uma economia moderna e mais digital é essencial no apoio ao crescimento e na criação de receitas mais justas, estabelecendo-se um nível mínimo de tributação efetiva dos lucros das empresas. A Comissão disse estar pronta a agir mesmo se não fosse alcançado um acordo global (OCDE e G20). (pág.2 COM(2020)312 Final)

Com o intuito de facilitar a recuperação das sociedades, os EM devem garantir um acesso ao financiamento ficando, por isso, sujeitas às regras de os auxílios estatais, podendo-se conceber esses auxílios às sociedades pertencentes à UE e que não tenham ligação com empresas estabelecidas em jurisdições consideradas não cooperantes pela lista da UE. (pág.2 COM(2020)312 Final)

Nos dias que correm tornaram-se comuns entre EM da UE *«a troca automática de informações e ações conjuntas»* e, devido às novas regras da União sobre o Planeamento Fiscal (potencialmente) Agressivo, nomeadamente, a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018 - sobre a troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços - passou a ser necessário declarar as práticas de evasão fiscal (sentido amplo). (pág.4 COM(2020) 312 final)

As autoridades fiscais, nos dias de hoje, têm um grande conjunto de instrumentos para analisar e combater a evasão fiscal (em sentido amplo), através da cooperação com outras autoridades fiscais, tal como o acesso a informações antibrancamento de capitais (pág.4 COM(2020)312 Final)

Contudo, apesar de todos os esforços, estas práticas continuam a ser uma grande ameaça para os sistemas fiscais. A UE concentrou os seus esforços no controlo das ações elisivas, através do reforço à transparência. A Diretiva ATAD 1 e 2, a recomendação da Comissão à aplicação de medidas contra prática abusivas em matéria das convenções fiscais e regras de transparências nas decisões fiscais são exemplos de iniciativas legislativas que visam dificultar a evasão e elisão fiscal. (pág. 4 COM(2020)312 Final)

Num estudo feito em 2018 e segundo várias estimativas, a elisão fiscal das sociedades na UE foi superior a 35 mil milhões de euros em apenas um ano. Com a atual crise, estas perdas de receita são acentuadas e tidas como um grande problema. Em 2016 tinha-se concluído que mais de 75% dos europeus exigia mais ação neste combate a evasão/elição fiscal. (pág. 5 COM(2020) 312 final)

A UE tem um duplo objetivo para cumprir que passa por um lado, pelo combate à evasão e elisão fiscal e por outro, tornar a tributação mais simplificada, para isso, foram desenvolvidas 25 ações que a Comissão Europeia deverá executar até 2024. (pág.7 COM(2020) 312 final)

Das ações previstas as que achamos mais pertinentes temos a ação 2, prevista para os anos 2022 e 2023, que refere que a UE tem de estar preparada para a “era digital” através da modernização das Administrações Públicas com uma “AP em linha”, sendo necessário uma garantia na utilização eficiente dos dados dos contribuintes, em total conformidade com as regras de proteção de dados da UE. Segundo a Comissão tem de se aumentar a qualidade e utilização dos dados fiscais, através de uma cooperação administrativa em matéria de tributação direta. (pág.8 COM(2020) 312 final)

A ação 3, para os anos 2020 e 2021, previu que Comissão juntamente com os Estados-Membros desejavam criar uma iniciativa para facilitar e promover o cumprimento fiscal das empresas baseado numa maior cooperação e transparência entre as AF. (pág.9 COM(2020)312 Final)

A ação 7, prevista para os anos 2022 e 2023, pretende garantir uma determinação mais coerente da residência fiscal no mercado único. Esta iniciativa refere que os contribuintes devem saber onde pagam os seus impostos de forma clara e antecipada. Por essa razão, a Comissão pretende propor uma legislação para esclarecer onde devem «*os contribuintes ativos a nível transfronteiriço na UE*» ser considerados residentes para efeitos fiscais. Ainda não há uma harmonização na determinação de residente fiscal na UE porque os Estados-Membros utilizam critérios variados na determinação deste estatuto de residência fiscal, podendo originar riscos de dupla tributação ou ainda de dupla não tributação. (pág.11 COM(2020)312 Final)

Por regra os contribuintes devem apresentar as declarações fiscais e pagar os impostos pontualmente. Na sua maioria são cumpridores e nestes casos as Administrações Fiscais devem agir com conformidade e honestidade. Infelizmente, como alguns contribuintes não respeitam as regras, as AF têm o dever de controlar a situação tributária desses contribuintes

mediante a verificação e (por vezes) a realização de auditorias fiscais. As verificações passam por um grande conjunto de informações por via da troca de informações entre EM e países terceiros, principalmente nos casos internacionais, mantendo a confiança da justiça do sistema fiscal através de condições equitativas da tributação, evitando que sejam os contribuintes honestos que acabem por pagar mais por causa de outros que não foram cumpridores. Na verdade «*Um controlo fiscal eficaz pode impedir futuros incumprimentos.*». (pág.12 COM(2020)312 Final)

A tributação depende do cumprimento voluntário devendo-se basear numa relação cooperativa, positiva e harmoniosa entre as AF e os contribuintes. Contudo, por vezes, há discordâncias entre contribuintes e AF. O objetivo principal deste “plano de ação” passa por prevenir a possibilidade de litígios e proporcionar uma segurança jurídica aos contribuintes. Em caso de litígio «*os contribuintes devem ter a oportunidade de corrigir ou esclarecer possíveis mal-entendidos, a fim de evitar a escalada do litígio.*». (pág.14 COM(2020)312 Final)

A ação 8, prevista também para os anos 2022 e 2023, diz-nos que uma das prioridades da Comissão passa pelo melhoramento do enquadramento fiscal das empresas. Mesmo após a realização das ações nos anos 2016 a 2019, os obstáculos fiscais ao investimento transfronteiriço acabaram por persistir. A Comissão Europeia tem a intenção de apresentar uma iniciativa legislativa introduzindo uma isenção ou redução de taxa de retenção de fonte, num sistema comum e normalizado em toda a UE, acompanhado por um mecanismo de troca de informações e cooperação entre as AF. (pág.11 COM(2020)312 Final)

Além disso, a Comissão avaliará a necessidade de troca de informações e cooperação entre as autoridades fiscais e as autoridades de supervisão dos mercados financeiros. As opções consideradas incluirão intervenções legislativas e não legislativas e terão em conta a iniciativa da OCDE sobre o «*Desagravamento Fiscal com base em Convenções e do Reforço do Cumprimento Fiscal (TRACE)*», tendo como objetivo reduzir os custos de conformidade fiscal para os investidores transfronteiriços e evitar a evasão fiscal (sentido amplo). (pág.12 COM(2020)312 Final)

A iniciativa da ação 11 foi prevista nos anos 2020 e 2021, refere-se à iniciação por parte do Parlamento Europeu (PE) do Observatório Fiscal da UE³⁵¹, após um projeto piloto sobre a

³⁵¹ Relatório: «*New Forms of Tax Competition in the European Union: an Empirical Investigation.*».

tributação justa na UE. As tarefas deste Observatório consistem em monitorizar e quantificar as tendências «no nível e âmbito do abuso fiscal» e, assim, «contribuir ainda mais para a elaboração de políticas baseadas em factos e estimular um debate a nível europeu sobre questões fiscais internacionais». (pág.13 COM(2020)312 Final)

Financiado pela União Europeia, o Observatório Fiscal servirá de apoio à elaboração de políticas da UE graças à investigação de ponta e à análise/partilha de dados. O Observatório poderá conduzir a sua investigação em independência. O grupo é composto por académicos e o seu orçamento resultou de uma subvenção da UE no valor de 1,2 milhões de euros nos períodos de 2020 e 2021, tendo como objetivo o aprofundamento da investigação em matéria de elisão fiscal, evasão fiscal e planeamento fiscal agressivo, mediante o aconselhamento aos decisores políticos da UE.³⁵²

A vigésima primeira (prevista nos anos 2020 e 2021) tem presente a criação por parte da Comissão de um grupo de peritos em preços de transferência para resolver os problemas que advêm da mesma (as regras existentes dão o considerado mínimo de proteção, devendo ser completadas). (pág.16 COM(2020) 312 Final)³⁵³

As ações apresentadas concentram-se na aplicação diária de regras fiscais, por parte das autoridades fiscais, que devem simplificar as regras para o benefício dos próprios contribuintes.

Independentemente da escolha da medida de simplificação que as AF possam adotar, continua complicado administrar e cumprir a política fiscal. A maioria dos contribuintes quer pagar a sua parte, sendo inaceitável que a complexidade das regras possa desincentivar esses contribuintes ao pagamento dos seus impostos. De forma a tornar o imposto mais simples, tem-se como necessário a atualização e simplificação da legislação existente em determinadas áreas, restabelecendo-se condições equitativas entre sociedades da UE e concorrentes de fora da EU. (pág.15 COM(2020)312 Final)

As restantes ações que não referimos dizem respeito, na sua maioria, à tributação indireta.

³⁵² «Novo Observatório Fiscal da UE para apoiar a luta contra os abusos fiscais, graças à investigação de ponta» da Comissão Europeia (2021).

³⁵³ 21. A Comissão criará um grupo de peritos em preços de transferência, a fim de elaborar soluções pragmáticas e não legislativas para problemas práticos colocados por práticas de preços de transferência relevantes para a UE. O grupo será estruturado de forma a ter em conta as contribuições dos Estados Membros e das partes interessadas das empresas e da sociedade civil. Este grupo de peritos aumentará a segurança fiscal e reduzirá, ao mesmo tempo, o risco de dupla tributação. (3.6. Simplificar as regras fiscais da EU para aumentar a competitividade do mercado único pág. 16 COM(2020) 312 final)

4.4. Conselho Ecofin (Relatórios)

O Conselho Ecofin ou Conselho dos Assuntos Económicos e financeiros é uma das formações mais antigas do Conselho da União Europeia³⁵⁴.

Este Conselho é constituído pelos Ministros de Economia e Finanças de todos os EM. A presidência do Conselho Ecofin é rotativa, cada Ministro das Finanças dos EM correspondentes preside por 6 meses, juntamente com o seu Grupo de três “EM” que se dá o nome de “trio”, tendo sido introduzido pelo Tratado de Lisboa. O Grupo prepara em conjunto uma agenda com tópicos e problemas a resolver por um período de 18 meses onde cada EM prepara o seu programa por 6 meses.³⁵⁵

O relatório de 2015 incide sobre questões presentes nas conclusões do Conselho de 2012, nomeadamente, a que nos interessa, a luta contra a fraude e evasão fiscal. (p. 1 Anexo (pág.2) do Relatório Ecofin; 2015)

Como consta do relatório, umas das prioridades que o Conselho Europeu tinha para a UE, em 2015, era que nos cinco anos seguintes se fixasse de forma normativa o combate à evasão e fraude fiscal, tendo presente a justa contribuição da sua quota parte relativamente aos EM. Nas suas prioridades era igualmente urgente evoluir na luta contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, isto tanto à nível da UE como nos países terceiros. (p.4 Anexo (pág.2) Relatório Ecofin; 2015)

Durante a presidência eslovaca e em acordo com o Conselho, continuou-se a centrar os objetivos na luta contra a elisão fiscal e PF Agressivo isto à nível global (UE e países terceiros). Estes trabalhos foram realizados em sintonia com as ações do Programa BEPS. (p.3 Anexo (pág.2) Relatório Ecofin; 2015)

Foram adotadas medidas destinadas a reforçar a transparência e o combate a elisão e evasão fiscal, nomeadamente, a lista da UE das jurisdições não cooperantes e também as conclusões

³⁵⁴ Este último constituído em 1 de Julho de 1967.

³⁵⁵ The presidency of the Council of the EU. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/presidency-council-eu/>

do Conselho sobre «*Construir um sistema de tributação das empresas justo, competitivo e estável para a UE*»³⁵⁶. (p. 4 Anexo (pág.3) Relatório Ecofin; 2016)

Sobre a aprovação da Diretiva AntiElisão Fiscal de 2016, o Conselho pediu à Comissão para apresentar uma proposta relativa às Assimetrias Híbridas que envolvessem países terceiros (Diretiva ATAD 2) de forma a prever regras presentes na Ação 2 do BEPS. (p .9 Anexo (pág.4) Relatório Ecofin; 2016) A resposta foi positiva, apesar das reservas existentes quanto à mesma.

As partes interessadas consideraram importantes a resolução de litígios entre EM para desta forma obter uma economia mais justa, eficiente e competitiva. (p 23 Anexo (pág.7) Relatório Ecofin; 2016)

Foram ainda prosseguidos pela presidência eslovaca trabalhos em matéria de coordenação de políticas fiscais, notadamente, a lista da UE das jurisdições não cooperantes de países terceiros. (p.91 Anexo (pág.25) Relatório Ecofin; 2016).

O Conselho Europeu apoiou o desenvolvimento do plano BEPS e acrescentou a importância de uma estreita cooperação entre a OCDE³⁵⁷ e o G20 para o desenvolvimento das normas. Desejou igualmente que se prosseguissem os trabalhos sobre a luta contra a fraude e evasão fiscal tanto a nível da UE como internacional, no PF Agressivo, nos relatórios BEPS e no Branqueamento de Capitais (p. 92 e 93 Anexo (pág.25 e 26) do Relatório Ecofin; 2016).

Durante os debates sobre o plano BEPS, a presidência letã «*promoveu e levou por diante um roteiro UE-BEPS concreto que definiu uma série de prioridades para o seu mandato*» (p. 94 do Relatório Ecofin 2016), sendo esta a presidência que concluiu os trabalhos sobre a Diretiva ATAD 2 (p. 95, alínea d.) Anexo (pág.26) Relatório Ecofin; 2016.)

4.5. Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas

³⁵⁶ Conclusões sobre "Construir um sistema de tributação das sociedades justo, competitivo e estável para a UE" e COM(2016) 682 final

³⁵⁷Ponto 93 do Relatório Ecofin 2016 « (...) *O Conselho Europeu saúda o trabalho desenvolvido pela OCDE e outros fóruns internacionais para responder ao desafio da fiscalidade e assegurar a equidade e eficácia dos sistemas fiscais, em particular o desenvolvimento de uma norma mundial para o intercâmbio automático de informações, de modo a assegurar a existência de condições equitativas.* »

O Grupo do Código de Conduta foi criado pelo Conselho Ecofin, sendo representado pela Comissão Europeia e também por representantes de alto nível dos EM.³⁵⁸ Aplica-se apenas ao ramo da fiscalidade direta das pessoas coletivas, abrangendo normas legais administrativas no seio da UE que visam combater práticas de concorrência fiscal prejudiciais ao mercado interno.³⁵⁹

Como nos diz Clotilde Celorico Palma, a competitividade é uma moeda de duas facetas, uma vez que é pretendida (dentro dos limites legais) e ao mesmo tempo interfere com o princípio da neutralidade, podendo levar a erosão das receitas fiscais (pág.130 Palma; 2015).³⁶⁰

Foi em 1996 que o Conselho Ecofin propôs um debate sobre a concorrência fiscal, ideia que surgiu do relatório da Comissão Europeia sobre a fiscalidade da UE.

Este Código surgiu de uma reunião entre o Conselho e os representantes do EM e foi aprovado em 1997. É importante salientar que o Código de Conduta não é um instrumento jurídico vinculativo, constituiu antes um compromisso político.

Pode-se verificar no ponto B³⁶¹ do Código as medidas consideradas prejudiciais, tal como a tributação inexistente ou relativamente baixa, não estando incluídas taxas gerais (como no caso da Irlanda) mesmo que possa ser considerado prejudicial. (pág.131 Palma; 2015).

A forma de avaliar, se estamos perante uma medida prejudicial ou não, é através dos critérios de avaliação presentes neste ponto B, nomeadamente, se as vantagens foram concebidas aos não residentes ou se as operações envolvam transações com não residentes, também nos casos em que a vantagem não tenha incidência na base fiscal nacional ou ainda se for concebida quando não exista atividade económica real e substancial, como na determinação dos lucros, quando as empresas de grupo tentam escapar aos princípios normalmente aceites

³⁵⁸ « Em 9 de março de 1998, tal como previsto na resolução, o Conselho (Assuntos Económicos e Financeiros) criou um Grupo do **Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas)** no âmbito do Conselho. Cabe ao grupo avaliar as medidas fiscais suscetíveis de serem abrangidas pelo âmbito de aplicação do Código de Conduta. » do Site do Código de Conduta das Empresas. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/>

³⁵⁹ « Em 1 de dezembro de 1997, o Conselho e os representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, adotaram uma resolução relativa a um **Código de Conduta no domínio da Fiscalidade das Empresas**, com o objetivo de combater a concorrência fiscal prejudicial. » do Site do Código de Conduta das Empresas.

³⁶⁰ « 3.2 O Controlo da concorrência fiscal prejudicial na UE e na OCDE» e Despacho n.º 6328/2002 (2.ª série) **Parágrafo I - O pacote fiscal Ponto 3 -**

³⁶¹ da Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, Reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas.

a nível internacional, tal como as regras da OCDE nas suas «*Guidelines*» e a falta de transparência.³⁶²

A forma de agir contra as medidas prejudiciais são através do congelamento³⁶³ (standstill) e do desmantelamento³⁶⁴ (rollback).

Em 1998 foi criado um grupo para satisfazer o trabalho do Código (que ultimamente tem sido associado ao programa BEPS) nomeadamente quanto aos meios de ação no combate às práticas prejudiciais e alargando os princípios do Código aos países terceiros.³⁶⁵

No ponto L, encontramos a análise da aplicação de cláusulas antiabuso, dando especial importância às assimetrias híbridas.

Temos presente no ponto K o convite do Conselho Econfin aos EM sobre uma maior cooperação na luta contra a fraude e evasão fiscal, através da partilha de informações.

Mais recentemente foram prosseguidos, pelo Grupo de Conduta, trabalhos importantes sobre a coordenação das políticas fiscais e sobre o congelamento e desmantelamento dos regimes

³⁶² « Ponto B: (...) »

Na avaliação do carácter prejudicial dessas medidas, deverá nomeadamente ter-se em conta (5 medidas):

1. Se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transacções realizadas com não residentes; ou 2. Se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional; ou 3. Se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer actividade económica real nem qualquer presença económica substancial no Estado-membro que proporciona essas vantagens fiscais; ou 4. Se o método de determinação dos lucros resultantes das actividades internas de um grupo multinacional se afasta dos princípios geralmente aceites a nível internacional, nomeadamente das regras aprovadas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE); ou 5. Se as medidas fiscais carecem de transparência, nomeadamente quando as disposições legais sejam aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente a nível administrativo. »

³⁶³ Ponto « C. Os **Estados-membros comprometem-se a não introduzir novas medidas fiscais prejudiciais** na acepção do presente código. Por conseguinte, os Estados-membros respeitarão os princípios subjacentes ao código ao elaborarem futuras políticas e terão devidamente em conta a avaliação descrita nos pontos E a I infra, na apreciação que fizerem do carácter eventualmente prejudicial de quaisquer novas medidas fiscais. »

³⁶⁴ Ponto « D. Os **Estados-membros comprometem-se a reanalisar as disposições existentes e as práticas em vigor com base nos princípios subjacentes ao código** e na avaliação descrita nos pontos E a I infra. Os **Estados-membros alterarão, quando necessário, essas disposições e práticas, com o objectivo de eliminar o mais rapidamente possível quaisquer medidas prejudiciais, tendo em conta os debates havidos no Conselho na sequência do processo de avaliação. »**

³⁶⁵ Algo que já se falava no Ponto M da Resolução do Conselho Econfin relativo ao Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas de 1997.

« M. O Conselho considera que seria benéfico que os princípios destinados a eliminar as medidas fiscais prejudiciais fossem adoptados num quadro geográfico tão amplo quanto possível. Para o efeito, os Estados-membros comprometem-se a promover a sua adopção nos países terceiros; do mesmo modo, comprometem-se a promover a sua adopção nos territórios a que não se aplica o Tratado. »

fiscais prejudiciais, passando este último a ser debatido nas suas relações com países terceiros. (P.47, 49 e 50 Anexo (pág. 13 e 14) Relatório Ecofin; 2015)

O Conselho Ecofin convidou o Grupo do código de conduta das Empresas à realização de uma lista das jurisdições não cooperantes a determinar com base na seleção feita pela Comissão Europeia³⁶⁶ (p.63 Anexo (pág.19) Relatório Ecofin; 2016), tendo sido adotado em 2017 pelo Grupo, uma lista da UE sobre jurisdições não cooperantes a nível fiscal. Também foram iniciados pelo Subgrupo antiabuso do Código de Conduta trabalhos sobre as assimetrias híbridas, isto durante a presidência irlandesa. (p.55 Relatório Ecofin; 2015)

O Grupo do Código de Conduta prosseguiu trabalhos sobre o Congelamento e Desmantelamento relativamente às patentes dos regimes fiscais preferenciais. Concluíram em 2014 que estes Regimes Preferenciais da UE não eram compatíveis na forma como abordavam a questão das patentes e por isso tinham de ser modificados. (p.71 Anexo (pág.20) Relatório Ecofin; 2016)

O Grupo do Código de Conduta adotou um novo pacote de trabalho em 2015 onde passou a analisar os problemas que surgiam dos pagamentos à saída quando eram efetuados pagamentos entre UE e países terceiros. (p.73 Anexo (pág.21) Relatório Ecofin; 2016)

O Conselho Ecofin, nas suas conclusões de Maio de 2016 relativas à «*estratégia externa para a tributação e medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais*»³⁶⁷, referiu a necessidade de atualizar os princípios da boa governação fiscal para futuras negociações com países terceiros. Convidou, por este motivo, o Grupo do Código de Conduta para proceder a verificação dos elementos-chave que deveriam ser incluídos numa cláusula a inserir dos acordos realizados entre a UE e os países terceiros (p.89 Relatório Ecofin; 2016.).

O Grupo do Código de Conduta deu seguimento à continuação da elaboração dos trabalhos sobre congelamento e desmantelamento dos regimes fiscais prejudiciais, bem como a lista

³⁶⁶ 67. Até ao final de 2017, na sequência das fases preparatórias necessárias no Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), em coordenação com o Grupo de Alto Nível, o Conselho deverá aprovar a lista da UE de jurisdições não cooperantes.

³⁶⁷ (doc. 9452/16 FISC 85)

das jurisdições não cooperantes³⁶⁸ para efeitos fiscais. (p.119 Anexo (pág.33) Relatório Ecofin; 2019)

A presidência finlandesa do Conselho Ecofin ajudou o Grupo a chegar a acordo sobre as orientações dos regimes de isenção para rendimentos provenientes de fontes estrangeiras, sobre os regimes de dedução dos juros nacionais e sobre medidas defensivas no domínio fiscal contra as jurisdições não cooperantes. (p.120 Anexo (pág.33) Relatório Ecofin; 2019)

4.6. Planeamento Fiscal Abusivo ou Agressivo (alterações legislativas) Medida preventiva

O DL n.º29/2008 aprovou a legislação contra o planeamento fiscal abusivo ou agressivo. Este diploma surgiu do OE de 2007, tendo como finalidade a prevenção de práticas de evasão fiscal (sentido amplo) e PF agressivo.

Recentemente foi objeto de alteração, mediante proposta de Lei n.º11/XIV que deu origem à Lei n.º26/2020, revogando desta forma o DL supramencionado.

Esta lei estabelece a obrigação de comunicação à AT de mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, transpondo a Diretiva 2018/822 do Conselho de 25 de Maio de 2018 que altera a Diretiva 2011/16/UE do Conselho sobre a troca automática de informações obrigatória no domínio da Fiscalidade (art.1º da Lei n.º26/2020).

Desta lei resulta um novo regime jurídico que, tal como o DL de 2008, prevê a obrigação de comunicação à AT de esquemas que poderão potenciar o risco de evasão fiscal.

O anterior DL colocava Portugal num pequeno grupo de países que tinham regimes jurídicos próprios de comunicação obrigatória às respetivas autoridades tributárias de atos com elevada potência evasiva.

Este pioneirismo foi reconhecido pela OCDE e pela UE, quando em 2015 através do plano BEPS na publicação da Ação 12 sobre «*Mandatory Disclosures Rules*», Portugal surge como

³⁶⁸ «A lista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais é um instrumento que visa combater: a fraude ou evasão fiscais, ou seja, o não pagamento de impostos ou o pagamento abaixo do valor devido, em violação da lei;

a elisão fiscal, ou seja, o recurso a meios legais para minimizar a dívida fiscal;

o branqueamento de capitais, ou seja, a ocultação da origem de capitais obtidos ilegalmente.»

Composta por uma «(...) lista enumera países não pertencentes à UE, que encorajam (as sociedades) a **práticas fiscais abusivas**, comprometendo as receitas dos Estados-Membros (...)

Disponível no site: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

exemplo juntamente com outros sete países. Esta ação 12 do BEPS está intrinsecamente ligada à Diretiva sobre a troca de informações automática do ano 2018.

No Comunicado da Comissão Europeia de 2012, tínhamos presente o facto de que alguns contribuintes recorrem a montagens complexas (*por vezes artificiais*) com a intenção de transferir lucros ou prejuízos para outras jurisdições, dentro e fora da UE. Tirando proveito das diferenças nas legislações nacionais, esta foi a razão para o planeamento fiscal agressivo ser considerado contrário aos princípios da responsabilidade social das empresas. (COM(2012) 722 final³⁶⁹)

Em Portugal, a lei não define evasão fiscal, elisão fiscal ou PF agressivo, como podemos verificar na proposta de lei suprarrefira, «*mais do que definir conceitos compete ao legislador enunciar realidades factuais*». (p.6 da proposta de Lei n°11/XIV). A anterior e única definição de planeamento fiscal, presente no anterior DL no art.3°, desapareceu.

Contudo, na verificação de um «*potencial risco de evasão*», necessita-se de uma breve referência a estes conceitos, sendo que fraude fiscal em sentido amplo abrange a ilicitude fiscal traduzindo-se em Infrações Tributárias enquanto as outras realidades (evasão e elisão fiscal), segundo a proposta de lei, encontram-se na área da licitude (não concordamos relativamente a evasão fiscal, a nosso ver estamos perante o domínio da ilegalidade). (p.7 da proposta de Lei n°11/XIV) Ainda equipara evasão e elisão fiscal ao PF agressivo.

Contrariamente ao DL de 2008, o intermediário tem um dever subsidiário e solidário de comunicação às autoridades fiscais, isto significa que o intermediário notifica o contribuinte para que este comunique à AT o mecanismo utilizado e, se o contribuinte não comunicar no prazo legalmente estabelecido, cabe ao intermediário fazê-lo. (p.9 da proposta de Lei n°11/XIV)

Este tipo de legislação é importante porque serve de meio de controlo para as autoridades fiscais por intermédio dos envolvidos.

Apesar das evoluções positivas, o Parlamento Europeu convidou a Comissão a assegurar um acompanhamento claro ao fim das práticas de PF agressivo, através de recomendações formais, se necessário. (p.31 Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais (2018/2121(INI))

³⁶⁹ 8. Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo COM(2012) 722 final

4.7. Últimas Iniciativas Antiabuso

O Parlamento Europeu falou da importância de defender os orçamentos nacionais e da UE contra perdas resultantes de impostos não pagos, só assim os Estados podiam prestar serviços de qualidade a todos os níveis. (p.11 (2018/2121(INI)³⁷⁰) Verificou-se, no relatório do PE, que as taxas de evasão fiscal (em sentido amplo) mais elevadas são praticadas pelos mais ricos (p.12 (2018/2121(INI)³⁷¹), referindo-se que uma melhoria na cobrança de impostos na UE poderia ser a solução para se reduzir a criminalidade associada à evasão fiscal e também ao branqueamento de capitais. (p.26 (2018/2121(INI)³⁷²)

Alguns países tinham adotado medidas unilaterais contra práticas fiscais prejudiciais, tal como o RU³⁷³ (no caso dos impostos sobre os lucros desviados e rendimentos pouco tributados) resultado da reforma fiscal da EUA.

Para se garantir que sejam aplicados ao rendimento estrangeiro das multinacionais uma taxa efetiva mínima de imposto no país de residência da sociedade mãe, o PE dizia-nos que tem de se dar prioridade às soluções multilaterais e consensuais (tal como verificamos nas soluções propostas pela UE) para uma repartição equitativa dos direitos fiscais. (p.41 (2018/2121(INI)³⁷⁴)

Em Outubro de 2021, 136 dos 140 países membros do «*Inclusive Framework*» pertencentes ao Plano BEPS da OCDE chegaram a acordo sobre a tributação dos lucros provenientes das multinacionais - composto por dois pilares - que provocaram modificações significativas na tributação das sociedades. (OCDE³⁷⁵; 2021)

O primeiro pilar (Pilar 1) aplica-se às multinacionais com rentabilidade superior a 10% e um volume de negócios superior a 20 mil milhões de euros, alocando as vendas onde as mesmas

³⁷⁰ Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais.

³⁷¹ Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais.

³⁷² Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais.

³⁷³ Todavia foi assinado em 2020 um acordo de Comércio e Cooperação entre o RU e a UE de forma a «*preservar a amizade e cooperação de longa data*», este acordo estabelece regimes preferenciais no comércio de bens e serviços, comércio digital, propriedade intelectual, cooperação temática e participação em programas da UE, entre outros. (Acordo de Comércio e Cooperação UE- RU)

³⁷⁴ Relatório do Parlamento Europeu sobre crimes financeiros e a elisão e a evasão fiscais.

³⁷⁵ «*International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age*»

foram realizadas. Esta realocação irá corresponder a 25% do lucro acima de 10% do resultado antes de impostos. (pág.1 e 2 OCDE; 2021)³⁷⁶

Este Pilar 1 diz respeito à reafecção parcial do direito de tributação, fazendo referência à capacidade que as empresas têm em desenvolver a sua atividade sem presença física. Este Pilar visa integrar regras internacionais sobre a tributação dos lucros das sociedades refletindo a natureza mutável das atividades “virtuais”³⁷⁷. (pág.8 Com (2021) 251 Final)

O Pilar 2 prevê a tributação mínima efetiva à taxa de imposto de 15% das multinacionais com um volume de negócios global acima dos 750 milhões de euros, sendo que aqui os Estados poderão optar por um volume de negócios inferior. (pág.3 e 4 OCDE; 2021)³⁷⁸

Uma vez acordada a aplicação do Pilar 1 da OCDE será obrigatória a todos os participantes. A Comissão de forma a garantir a coordenada implementação entre EM pretende propor uma Diretiva assente neste Pilar 1, tal como aconteceu com a proposta de Diretiva aplicada ao Pilar 2 da OCDE em dezembro de 2021. (pág.9 Com (2021) 251 Final)

O Conselho Europeu referiu a sua preferência por um compromisso com uma solução global em consenso com a OCDE. (pág.5 p.6 alínea g.) SN 18/21 “Statement of Members of the European Council- Brussels, 25 March 2021)

Segundo a Comissão Europeia, no seu Comunicado de maio de 2021, o Pilar 2 tem previsto um nível mínimo de tributação da «concorrência fiscal excessiva» com o intuito de garantir que as multinacionais sejam sujeitas a um determinado limiar mínimo de imposto sobre os lucros das sociedades. (pág.8 Com (2021) 251 Final) Este pilar dá a permissão dos países aplicarem uma tributação mínima efetiva às multinacionais, concebendo a liberdade individual dos Estados decidirem as características dos seus sistemas fiscais. (pág.8 Com (2021) 251 Final)

Como já referimos, a Comissão no seu Comunicado sobre “*Uma tributação das empresas para o século XXI*” disse que iria propor um novo quadro de tributação do rendimento das sociedades na UE, denominado de BEFIT «*Business in Europe: Framework for income taxation*». (pág.13 Com (2021) 251 Final)

³⁷⁶ «Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy»)

³⁷⁷ Sem presença física.

³⁷⁸ «Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy»

Este novo quadro de tributação do rendimento das sociedades tem implícito um conjunto único de regras na tributação das sociedades na UE, tal como a repartição dos lucros entre EM e o valor tributável comum, apoiando-se nos conceitos internacionais do Pilar 1 e 2 sobre soluções dirigidas aos desafios da tributação oriundos da digitalização e economia. (pág.13 Com (2021) 251 Final)

Pretende-se, com este quadro de tributação para as sociedades, um sistema fiscal mais justo através de uma maior transparência pública relativamente aos impostos pagos pelos grandes contribuintes, uma vez que a exigência por parte dos contribuintes para uma tributação mais transparente e justa das sociedades é cada vez mais crescente. (pág.10 Com (2021) 251 Final)

A Comissão previu duas ações para garantirem uma tributação justa e eficaz, a taxa de imposto mínima efetiva baseada no Pilar 2 da OCDE (ação 1), inicialmente prevista para o ano 2022 e a proposta legislativa para a UE que neutraliza a utilização indevida de empresas de fachada (ação 2), prevista para o fim do ano de 2021. (pág.11 Com (2021) 251 Final)

A 22 de dezembro de 2021 a Comissão Europeia acabou por apresentar as duas propostas de Diretiva: uma direcionada ao mínimo de tributação efetiva para as multinacionais e outra direcionada às «*Shell Companies*»³⁷⁹.

A primeira baseada no Pilar 2 propõe um mínimo de tributação efetiva de 15% para as multinacionais.³⁸⁰ A taxa efetiva de imposto sobre as sociedades da proposta da Comissão Europeia (baseada na fórmula de cálculo do Pilar 2) dá-nos informações sobre a proporção do imposto pago pelas sociedades relativamente aos lucros que geraram e aos lucros tributáveis que podem ser reduzidos mediante deduções fiscais. (pág.10 Com (2021) 251 Final)

A segunda pretende que as empresas de fachada que não tenham qualquer substância económica ou que não respeitem os mínimos fixados, não tenham acesso às vantagens fiscais, visto que há uma grande probabilidade destas empresas serem utilizadas para PF agressivo ou evasão fiscal (em sentido amplo).³⁸¹

³⁷⁹ Também referida como Diretiva ATAD 3, presente no Site Garrigues (2021) «*The European Commission presents its proposed directives to ensure a 15% minimum global tax rate and to counter the misuse of shell companies*»

³⁸⁰ «*Fair Taxation: Commission proposes swift transposition of the international agreement on minimum taxation of multinationals*» site da Comissão Europeia; dezembro de 2021.

³⁸¹ «*Questions and Answers on the Commission's proposal to end the misuse of shell entities*» site da Comissão Europeia; dezembro de 2021.

A UE pretendia intensificar o combate abusivo às empresas de fachada (empresas com uma substância económica real nula ou inexistente) com o objetivo de se neutralizar a utilização indevida destas empresas para fins fiscais (pág.10 Com (2021) 251 Final), visto que as mesmas podem ser usadas como PF agressivo, evasão fiscal ou branqueamento de capitais. (pág.10 Com (2021) 251 Final)

Segundo o Comunicado da Comissão Europeia, o Pilar 2 também terá implicações nas regras da Diretiva ATAD, principalmente nas normas das SEC (regra de inclusão de rendimentos). Para além de também ser útil para a aprovação da pendente proposta de Diretiva Juros e Royalties de 2011. Esta proposta de Diretiva já tinha presente que, quando os juros estavam sujeitos a imposto no Estado de destino, deveria ser negada a entrega de benefícios fiscais que eliminam obstáculos à retenção na fonte dos pagamentos transfronteiros de Juros e Royalties dentro de um grupo de empresas. (pág.9 Com (2021) 251 Final)

V- Conclusão

A. Relativamente às terminologias usadas, temos a fraude e a evasão fiscal que são tidas como ilegais, ou seja, «*contra legem*». A primeira encontra-se tipificada na lei, sendo tida como um ato ilegal, tipificado e doloso, previsto no RGIT e punido através de contraordenação ou crime nas versões multa ou prisão (no caso das pessoas singulares).

A evasão fiscal também é tida como ilegal, diferencia-se da fraude por não estar tipificada na lei, porém também se prevê sanção para quem a pratique. Um exemplo de evasão fiscal é a entrega da declaração de impostos com dados falsos com intenção de obter vantagens fiscais (pagar menos impostos).

A elisão fiscal conceito mais recente, também tratada como evitação fiscal por alguma doutrina, tem previsto um ato legal ou conjunto de atos, porém efetuados através de operações artificiais que visam a obtenção de vantagens fiscais indevidas.

A evasão e elisão fiscal inicialmente surgiam associadas ou eram utilizadas como sinónimos, com exceções de alguma doutrina, porém têm sido cada vez mais afastadas como conceitos.

O planeamento fiscal «*stricto sensu*» é uma prática legal visto ser um direito do contribuinte que surge dos princípios constitucionais da iniciativa económica, da liberdade contratual dos indivíduos, da autonomia privada e da dignidade humana.

Ainda é pretendida pelo legislador, como forma de incentivo fiscal para as empresas ou pessoas individuais, podendo ter como intenção uma mudança de hábitos ou um impulso económico em áreas menos desenvolvidas.

O planeamento fiscal sofre restrições, tal como a justa repartição da riqueza presente no art.103º nº1 da Constituição. Tal como dissemos, os sujeitos passivos têm direito de gerir a sua situação fiscal de forma a pagar menos impostos, essa poupança não deve, contudo, constituir um bloqueio ao princípio da igualdade e da capacidade contributiva uma vez que pode ter como resposta um resultado negativo na justiça social, fiscal e também do ponto de vista económico (prejudicando a concorrência e o acesso aos bens económicos).

O planeamento fiscal ultrapassa o limite do legal quando os contribuintes violam os princípios constitucionais, fiscais e as normas antiabuso.

O planeamento fiscal abusivo e agressivo surgiram inicialmente ligados, porém estas terminologias acabaram por ser afastadas, principalmente com o programa BEPS.

Enquanto o PF abusivo abrange, normalmente, comportamentos «*extra legem*», ou seja, comportamentos que respeitam formalmente a Lei mas não têm validade económica, o PF agressivo já pode ter presente comportamentos «*intra legem*» e «*extra legem*».

B. A norma geral AA diferencia-se das específicas ou especiais visto que estas últimas podem ser tidas como rígidas, sendo aplicadas a situações concretas e tipificadas como a tributação à saída, as normas SEC, a regra da subcapitalização no caso das assimetrias híbridas, os preços de transferência ou o regime de neutralidade aplicado às fusões, cisões, troca de ativos e permuta de ações, entre outros. Enquanto a CGAA é aplicada de forma geral, isto é, quando a ação elisiva não caiba noutra norma AA prevista, podendo ser vista como uma medida “SOS”. Esta norma surgiu pelo facto de o legislador não conseguir tipificar todas as práticas elisivas possíveis.

As finalidades da CGAA são comuns nos diversos Estados, estas passam pela verificação se um negócio, transação ou montagem são artificiais ou verdadeiros. Para análise desta cláusula utiliza-se um teste da substância ou propósito negocial por forma a validar a realidade das operações. Se não se conseguir provar que estes esquemas são baseados com substância económica real, podem as autoridades fiscais desconsiderá-los, não concebendo as vantagens solicitadas por parte dos contribuintes.

Como medidas preventivas, para além da aplicação destas cláusulas, temos ainda um conjunto de princípios de interpretação que ajudam na análise a práticas elisivas, tal como, «*substance governs form*» que envolve um conjunto de testes de apreciação, consistência e finalidade do negócio, sendo a operação analisada através do «*step by step transaction*» que tem implícito a avaliação de um conjunto de atos - que não podem ser analisados de forma individual - tidos como complexos com vista a uma redução fiscal indevida e o «*business purpose real*» que, como o próprio nome indica, passa pela verificação das motivações da operação, tendo de ser válidas e reais.

Ainda temos o princípio do “abuso das formas” que fornece a possibilidade de os sistemas fiscais reconstituírem a operação do ponto de vista económico real, que se distingue do abuso de direito, uma vez que este tem implícito a intenção por parte do contribuinte de evitar o pagamento do imposto.

A doutrina sobre «*fraus legis*» utilizada para se comprovar quais foram as montagens ou operações que foram artificiais.

O «*bona fide purpose*» tem previsto a desconsideração das transações quando as mesmas não têm uma finalidade comercial real.

O «*sham transactions*» dá a possibilidade das autoridades fiscais reconhecerem a invalidade dos atos praticados quando os mesmo são considerados simulados, tendo como consequência a restituição da realidade que visavam encobrir.

As doutrinas supramencionadas têm em comum a justificação da desconsideração das operações e a falta de substância económica real³⁸².

A fraude à lei, a simulação e o abuso de direito previstos no Código Civil e na LGT são doutrinas menos utilizadas desde do aparecimento da CGAA e também das normas especiais AA.

Relativamente às consequências previstas, temos por um lado a invalidade aplicada aos atos ilegais, como a evasão fiscal, aqui temos implícito o vício do ato praticado ao abrigo da norma cuja finalidade passa pela obtenção de uma vantagem fiscal, desdobrando-se em anulabilidade «*Ex Nunc*» e nulidade «*Ex Tunc*».

A primeira tem de ser suscitada e só produz efeitos a partir do momento que é declarada, enquanto a segunda tem previsto a total inaptidão dos atos, podendo ser declarada por qualquer interessado.

O ato nulo é um ato invalido que não pode valer. Por sua vez, o ato anulável é um ato normalmente válido que não pode ser aceite - ou não pode valer - a partir da altura que é declarado.

Por sua vez, nos casos «*extra legem*», temos como consequência a ineficácia ou desconsideração jurídica, estando contemplada no art.38º nº2 da LGT, prevendo que um ato é ineficaz sempre que não produza efeitos na categoria a que pertence. Por esta razão, não pode ser considerado um vício visto serem válidos para todos os efeitos exceto os fiscais.

A prática de evasão fiscal (sentido estrito) pode ser vista como nula ou anulável visto ser a validade do ato que está em causa. No caso da elisão fiscal, esta apenas pode ser considerada ineficaz para efeitos fiscais, visto não ter efeito sancionatório.

³⁸² Conforme autores citados, principalmente a Professora Doutora Clotilde Celorico Palma.

No caso Jerónimo de Martins estávamos perante uma sucessão de negócios coordenados em tempos diferentes que tinham como intuito a obtenção de vantagens fiscais indesejadas por parte do legislador. O sistema fiscal português resolveu por isso aplicar a CGAA.

Esta sucessão de atos jurídicos, em momentos temporais diferentes, com a pretensão de benefícios fiscais ilícitos, foi analisada através do «*step by step transaction*».

A regra de aplicação da CGAA segue o previsto no art.38º nº2 da LGT e também no art. 63º do CPPT tendo presente 4 elementos, nomeadamente, o meio (o método que o contribuinte usou na sua prática), o resultado (a obtenção da vantagem fiscal como fim), o intelectual (a vontade do contribuinte) e o normativo (baseado no abuso das formas jurídicas) que têm como consequência um quinto pressuposto (sancionatório ou desconsideração). Também se defende a presença de 3 pressupostos (vontade, método e fim) que a nosso ver são os mesmo que representados nos cinco primeiro, só que representados de forma mais compacta onde o elemento vontade tem implícito o “intelectual” do primeiro: a intenção do contribuinte; enquanto o “método” tem implícito o meio, isto é, a forma como o contribuinte atuou e por último, o elemento “fim” que tem implícito o resultado: a obtenção da vantagem fiscal através do abuso das normas (elemento normativo) tendo como consequência (elemento sancionatório) a desconsideração.

C. A tributação à saída tal como o próprio nome indica traduz-se na tributação das potenciais mais valias, provenientes da transferência de sede ou direção efetiva ou dos ativos para outra jurisdição. Esta medida é tida como uma ação antiabuso preventiva que, para além de combater atos elisivos, serve de proteção às soberanias dos Estados que têm implícito a soberania fiscal.

Nos acórdãos que analisamos sobre a tributação à saída, verificamos que o problema passava por determinar se as normas dos Estados Membros eram contra a liberdade de estabelecimento pela sua discriminação arbitrária entre residentes e não residentes.

Em Portugal, no Caso República Portuguesa contra Comissão Europeia, os primeiros artigos sobre a tributação à saída que estavam presentes no art.76º-A e 76º-B do CIRC (que correspondem aos atuais 83º e 84º) foram considerados discriminatórios pelo TJUE tendo sido alterados. O art.76º-C (relativo aos sócios) não foi logo considerado contrário à liberdade de estabelecimento por falta de fundamentação da Comissão Europeia, porém

acabou por sê-lo no orçamento de Estado de 2013, tendo como consequência a sua revogação.

O TJUE referiu que não se deve exigir uma tributação imediata das mais valias latentes nem exigir qualquer garantia ou representante fiscal porque estas medidas são consideradas desproporcionais. Deve se, por isso, dar sempre a possibilidade do contribuinte escolher entre o pagamento desfasado ou imediato da mais valia. Esta solução também resulta do facto de as mais valias só serem tributadas quando realizadas.

Como exemplo de um caso tido como proporcional e não discriminatório ao ver do TJUE, temos o Caso Verder no qual o sistema fiscal Alemão decidiu tributar as mais valias latentes de forma diferida por um período de 10 anos onde o cálculo das mais valias era feito em sintonia com o princípio da plena concorrência no momento da transferência dos ativos. Referindo que o facto de não se proceder à tributação das potenciais mais valias constituía um risco de as mesmas nunca virem a ser cobradas.

Conforme alguns autores³⁸³, a Convenção Modelo da OCDE contribuiu na resolução destas decisões do TJUE porque tem previsto no seu art.4º que o direito de tributar é “da exclusividade do país de residência” e visto que ,no momento da cessação da atividade (mediante transferência de sede ou Direção efetiva) ou da transferência de ativos, o Estado de residência é o de partida, cabe a este a tributação das mais valias presentes até a data da cessação ou transferência.

Como problemas que surgem da tributação à saída referidos na Ação 6 do BEPS, temos a utilização de empresas intermediárias através do aproveitamento de ADT feitos com países terceiros de forma a terem acesso a isenções de retenção na fonte de Royalties e Dividendos, não sendo requerido tributação sobre as mais valias. O facto desses bens corpóreos e incorpóreos entrarem na UE sem qualquer tributação prejudica uma concorrência sã e uma tributação justa.

Apesar do sucesso das normas antiabuso introduzidas e modificadas pela Diretiva ATAD 1, estás apenas dão um mínimo de proteção às jurisdições, sendo necessário alterações a certas regras, tal como no caso da Diretiva Juros e Royalties de forma a serem mais completas contra eventuais abusos e isenções indesejadas.

³⁸³ De Menezes Leitão , conferencia IDEFF.

A Dupla Tributação também é tida como um problema que se pretende solucionar (não só nos casos de tributação à saída mas também nas restantes normas AA), visto que a mesma afasta as empresas multinacionais (e outras empresas grupo) de se estabelecerem nos locais onde ocorre essa DT.

D. A prática da subcapitalização prevê um endividamento excessivo comparativamente ao capital próprio da sociedade, considerado um meio artificioso que os sócios encontraram para se financiarem a custo fiscal menor (por comparação à distribuição de dividendos).

É uma prática internacional já antiga e muito utilizada pelas multinacionais, considerada como uma forma de elisão fiscal que a lei pretende limitar.

Esta regra surgiu em Portugal nos anos 90 (mais precisamente no ano de 1996) estando agora prevista no art.67º do CIRC e a nível da UE, no art.4º da Diretiva ATAD 1.

No acórdão português da Turbogás tratava-se de forma diferenciada sociedades residentes de não residentes, sendo considerada, aos olhos do STA, uma discriminação arbitrária.

Neste acórdão o contribuinte disse ter conseguido provar que os empréstimos obtidos da relação especial que tinha com a outra sociedade poderiam ter sido obtidos em outras sociedades financeiras (sem relações especiais) e que os valores praticados pelas taxas de juros não fugiam à normalidade. Porém a AT não aceitou esta prova porque concluiu que a mesma não era suficiente.

A este respeito a Comissão Europeia afirmou que a prova não deve recair unicamente sobre os contribuintes e que a mesma deveria respeitar o princípio da proporcionalidade por parte das Administrações Fiscais.

Mesmo que se diga que as normas da subcapitalização vão contra a liberdade de estabelecimento, temos contemplado no acórdão português da sociedade Turbogás que para além de restringir esta liberdade, também causava entrave à liberdade de capitais.

Ora relativamente a este assunto explica-nos o Advogado Geral L. A. Geelhoed do famoso caso «*Thin CAP*» que apenas apreciou este relativamente a liberdade de estabelecimento porque a liberdade de capitais apenas é aplicável cumulativamente a esta primeira. Tanto a liberdade de estabelecimento como a de prestação de serviços dizem respeito aos EM da UE e a operações entres estes, enquanto a livre circulação de capitais diz respeito a operações entre EM e também a operações entre EM com países terceiros.

Como a prestação de serviços tem um carácter temporário e não permanente, não se aplica ao caso «*Thin CAP*», nem ao Caso Turbogás, por nós analisado.

Por sua vez, segundo o relatório da Ação 4 do BEPS, as liberdades da UE que necessitam de verificação quanto à discriminação das normas em caso de limitação da dedutibilidade juros são a liberdade de estabelecimento e a liberdade de capitais.

A primeira aplica-se quando os acionistas têm uma influência significativa sobre a sociedade. Enquanto a análise feita à liberdade de capitais acontece quando o acionista compra ações com o propósito de um investimento de capitais sem querer ter uma influência direta nas decisões da sociedade investida.

Relativamente à liberdade de prestações de serviços, a Ação 4 do BEPS diz-nos que a mesma pode ser aplicada, porém tal como já referimos tem de ter previsto um carácter temporário.

A justificação dada pelo Advogado Geral L.A. Geelhoed leva-nos a concluir que a decisão do Supremo Tribunal poderá não estar correta quando os mesmos alegaram que a antiga norma portuguesa restringia também a liberdade de capitais.

Segundo este relatório da Ação 4 pertencente ao programa BEPS, o método mais eficaz na verificação de quais os gastos de financiamento líquidos que concorram para a determinação do lucro tributável é o EBITDA.

Todavia os Estados são livre de aplicarem outros métodos que vinculam as deduções de juros líquidos ao seu nível de atividade, tal como o EBIT ou ainda um rácio fixo efetivo com base nos valores dos ativos.

E. Os preços de transferência são uma forma mais antiga de elisão fiscal que apesar de não estar implementada nas Diretivas ATAD 1 e 2, interessa-nos pelo seu conceito “relações especiais”. Esta encontra-se prevista no nosso Código de IRC e também nos relatórios BEPS (8,9,10 e 13). A ação 3 do BEPS relativamente às SEC tem ligação com os preços de transferência, completando as suas regras.

Esta prática, prevista no art.63º do CIRC, traduz-se na manipulação dos preços de bens ou serviços feitos de forma indireta, ou seja, através da utilização de uma sociedade intermediária que foi muito utilizada pelas multinacionais de forma a minimizar os custos das sociedades de grupo, isto internamente ou internacionalmente.

Este problema, tal como referimos antes, é combatido através do princípio da plena concorrência contemplado na Portaria n.º 268/2021 de 26 de Novembro que revoga a Portaria n.º 1145-C/2001.

Inicialmente associado à subcapitalização, acabou por ser desassociado legislativamente porque a regra da limitação de juros passou a ter como limites o quantitativo um dos seguintes limites 1 000 000€ ou os 30% antes do EBDITA (tal como previsto no art.67º do CIRC e 4º da Diretiva ATAD 1).

F. Relativamente às normas sobre as SEC, estas têm como intenção eliminar o possível benefício que surge da transferência de rendimento, considerado indevido para países de tributação inferior ou nula.

Estas medidas surgiram em Portugal, relativamente cedo, em 1995 e desde daí sofreram várias alterações. Nos dias de hoje estão contempladas no art.66º do CIRC e no art.7º e 8º da Diretiva ATAD 1.

A própria Comissão Europeia referiu que um dos problemas das SEC encontrava-se na facilidade que as mesmas tinham em se estabelecer em outras jurisdições com o intuito de “fugir a alçada dos seus sistemas fiscais”. Esta visão não deveria ser confundida com o direito à livre transferência de resultados, tal como previsto no arts.14º e 51º (A,B,C) do Código IRC.

No caso Cadbury Schweppes, temos presente uma legislação do Reino Unido aplicável às sociedades controladas que tinham como resultado uma redução de imposto prevendo como exceções o facto do montante não poder exceder determinado limite, tendo ainda que se provar que essa redução não tinha como principal ou um dos principais motivos a obtenção de uma vantagem fiscal.

A sociedade mãe CS interpôs recurso por achar que às normas das SEC iam contra as liberdades dos tratados previstos nos atuais art.49º, 56º e 63º e do TFUE.

Tal como já dissemos na regra da subcapitalização, as liberdades sobre a livre prestação de serviços e de capitais têm uma repercussão no direito de estabelecimento, sendo esta, a razão pela não foram analisadas.

Na verificação da restrição à liberdade de estabelecimento, importava saber se esta legislação aplicada às SEC podia ser justificada por motivos imperativos de interesse geral,

tal como a luta contra a evasão fiscal e se as mesmas eram proporcionais, nomeadamente, quanto ao facto das sociedades poderem ser isentadas quando provassem que as suas operações eram genuínas, mediante a resposta positiva ao teste da intenção presente nesta legislação do RU.

O TJUE deliberou que o facto de uma sociedade se constituir noutra EM, com a pretensão de obter uma legislação fiscal mais vantajosa, não era suficiente para se concluir que estamos perante um abuso da liberdade de estabelecimento.

O conceito de estabelecimento da UE tem presente o exercício efetivo de uma atividade económica ou comercial nesse Estado através da prestação real e efetiva de atividade, sendo certo que tal ação não pode ser considerada como evasão fiscal por si só, mesmo que haja uma vantagem fiscal aí presente. As disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento impedem que o EM de origem coloque obstáculos ao estabelecimento de uma sociedade nacional noutra EM.

A legislação nacional sobre as normas SEC não se deve limitar em termos gerais às situações, mas antes, exigir uma análise caso a caso.

O preço das transações presentes entre a filial e a sociedade mãe deve respeitar o princípio da plena concorrência.

Estas transações apenas podem ser consideradas de elisão fiscal se tiverem presente montagens artificiais destinadas a evitar a legislação interna, sendo certo que a conduta artificial por parte da sociedade não deve surgir de uma presunção que a criação da nova filial apenas sirva para se obter vantagens fiscais.

Concluindo-se que a liberdade de estabelecimento é contra a incorporação do lucro da SEC estabelecida noutra EM sujeito à uma tributação inferior comparando com a sociedade residente, se a mesma pressupõe uma montagem genuína e com substância económica real, sendo aceite se se verificar que estamos perante expedientes artificiais.

O Conselho da União Europeia numa recomendação «*soft law*» em 2010 informou que as regras «*CFC*» poderiam constituir uma restrição ao mercado único europeu, presente na diferença de tratamento entre residentes e não residentes. Estas restrições às liberdades do mercado único podem ser sempre justificadas e aceites, desde que proporcionais, em situações de combate à elisão fiscal, feita mediante montagens económicas artificiais.

No acórdão português do TCA do Sul, uma sociedade Comercial O..., S.A deduziu uma impugnação judicial pela liquidação adicional de IRC e os respectivos juros compensatórios, relativo ao ano 2001, alegando que as subsidiárias que se encontravam nas Ilhas Cayman angariaram vários recursos, externos e internos (tal como pessoal, técnicos, administrativos, etc) suportando diversos gastos de naturezas distintas.

Temos previsto na ação 3 do BEPS que muitas das regras de controlo existentes sobre as SEC têm algum tipo de análise à substância, combinando-a com uma abordagem “categórica”. Estas análises podem utilizar uma variedade de “proxies” tal como pessoas, instalações, ativos, riscos, entre outros, conseguindo-se observar se a SEC teve a capacidade de obter por si mesma aqueles rendimentos.

Neste último acórdão referido acabou-se por concluir que não estava comprovada o exercício de atividade comercial nas Ilhas Cayman, uma vez que não se provou os mínimos indispensáveis como é o caso das instalações e rendas (na verdade a prova não foi considerada suficiente, por uma questão de técnica processual, visto que a prova deve ser analisada no tribunal de origem e não em sede recurso).

Em 2006, o TJUE já referia que às normas nacionais das SEC que restringiam as liberdades dos Tratados da UE, sem uma justificação plausível e proporcional ao objetivo pretendido, deveriam ser alteradas.

Com a adaptação e aceitação destas recomendações na UE pretendeu-se um equilíbrio na aplicação das mesmas, isto dentro e fora da União de forma a causar menos distorções relativamente às «*CFC Rules*».

Na verdade, todas as recomendações que causem bloqueios aos princípios dos Tratados da UE devem ser rejeitadas porque podem dar origem à uma desigualdade entre as regras aplicadas aos EM da UE (incluído os Estados da EEE) e aos Estados que não pertencem à União. Um facto que afetaria todas as jurisdições, principalmente, os países terceiros porque acabariam por aplicar todas as recomendações previstas, contrariamente ao Estados da UE.

Segundo este relatório seria da responsabilidade de cada EM a aplicação das *normas «CFC»*, porém a UE criou uma Diretiva Antielisão (Diretiva 2016/1164:UE) de aplicação obrigatória em todos os EM até 2019 que incluiu medidas do plano BEPS, entre elas as regras relativas às SEC.

As regras das SEC deveriam conter uma análise à substância na qual apenas se aplicaria se envolvesse atividades económicas artificiais. Sendo que em 2015 alguns EM já tinham alterado as suas normas com a limitação «*das montagens artificiais ou não genuínas*».

O facto de se passar a aplicar estas normas de forma mais harmonizada deveria deixar de restringir às liberdades dos tratados.

É importante ter em conta que as regras SEC que restrinjam a liberdade de estabelecimento através de uma montagem artificial, parcial (isto é em parte artificial) ou total, são aceites se tiverem uma justificação válida, nomeadamente, por razões imperativas de interesse comum.

A recomendação fornecida para perceber quais os “tipos” de entidades consideradas SEC são a verificação de um controlo considerado significativo sobre a outra sociedade, designada de sociedade controlada.

A Diretiva da UE Antielisão Fiscal apenas tem previstas como tipos de entidades os EE ou sociedades controladas quando os lucros destes tiverem isentos ou não estejam sujeitos a imposto no Estado onde estão fixados e desde que estejam reunidas as condições da Diretiva.

É importante abranger todos os contribuintes sujeitos a IRC (ou imposto similar), as regras devem ser igualmente aplicadas aos EE colocados em países terceiros, desde que sejam controlados por sociedades estabelecidas em um ou mais EM.

A SEC deve ser tratada como tal quando os “residentes” controlem no mínimo 50% da sociedade estrangeira, direta ou indiretamente. Há, contudo, países - tal como Portugal - que utilizam uma percentagem de controlo inferior para a prevenir a elisão fiscal.

O cálculo dos rendimentos a incluir na base tributável, previsto no art.8º da Diretiva ATAD 1 deve ser feito em proporção à participação do contribuinte na entidade.

G. Uma prática evasiva (e elisiva) muito comum encontra-se presente no recurso aos paraísos fiscais mediante a criação de sociedades «*caixas de correio*».

O recurso a paraísos fiscais pode-se traduzir no estabelecimento de uma entidade nesse território sendo conhecidas como sociedades bases. Estas sociedades eram utilizadas pelas multinacionais que achavam conveniente colocar sociedades pertencentes do grupo na titularidade de uma holding situada num paraíso fiscal para que os dividendos obtidos fossem acumulados sem tributação significativa para depois servirem de investimento noutro lugar escapando à tributação no país onde se encontrava sediada.

O processo mais utilizado na elisão fiscal internacional sempre foi o recurso a paraísos fiscais, consistindo na criação de estruturas jurídicas que têm como função prevenir através de normas internas a liquidação de imposto das transferências de bens ou rendimentos para o estrangeiro.

Devido a concorrência fiscal desleal existente no mundo, a UE iniciou trabalhos para uma melhor governação fiscal internacional. Sendo esta a razão para a criação de uma lista da UE das jurisdições não cooperantes em termos fiscais, tendo como intenção o combate à fraude e evasão fiscal.

Em 2015, temos presente que o Grupo de Alto Nível debateu a lista de jurisdições fiscais não cooperantes de países terceiros, apresentada e publicada pela Comissão.

Nesta lista, temos enumerados os países que se encontram fora na UE e encorajam práticas abusivas comprometendo as receitas fiscais dos EM, relativamente ao imposto sobre as sociedades e outros.

Pretende-se com esta lista incentivar estes países a uma mudança positiva nas suas práticas fiscais e respetivas legislações através de uma maior cooperação administrativa, troca de informações e revelação de crimes fiscais de natureza internacional.

O Conselho Europeu colocou em prática a primeira lista da UE em 2017 e após, a mesma sofreu várias modificações/atualizações.

O Conselho da UE sublinha a importância de uma tributação justa e de uma transparência global na luta contra a fraude, a evasão e elisão fiscal, tanto a nível da UE como internacional.

Apesar de lamentar que algumas jurisdições pertencentes a lista não se esforçam para implementar os compromissos presentes nos documentos da lista das jurisdições não cooperantes devido a sua injusta concorrência, convidando uma vez mais estes países a se comprometerem com o pedido pelo Código de Conduta de forma a resolver o problema.

H. As regras para limitarem as AH são as mais recentes do nosso ordenamento jurídico, previstas nos arts.68º-A ao 68º-D do CIRC. O conceito de AH tem em vista uma situação que abrange um sujeito passivo ou um desagravamento fiscal, podendo se considerar que as mesmas revestem duas realidades: uma dedução sem inclusão (Direta ou Indireta) ou duplas deduções.

Nas assimetrias híbridas encontramos um problema de qualificação, ou seja, a sujeição na qualificação efetuada por um ordenamento jurídico a um outro, o que coloca em perigo as soberanias fiscais.

A redação final da Diretiva ATAD 1 afigura-se mais clara que a proposta de Diretiva ATAD 1 que teve em análise. No caso específico das dupla deduções: a dedução era concebida ao EM de origem desse pagamento ou nos casos de dedução sem inclusão o EM do pagador deveria recusar a dedução desse pagamento (art.9º Diretiva (UE) 2016/1164).

Com a entrada da Diretiva ATAD 2 o art.9º da primeira Diretiva ATAD foi alterado, as normas AA relativas às AH tornaram-se mais completas, tendo previsto o pretendido pela Ação 2 do BEPS, nomeadamente: uma regra principal (a mesma que presente na Diretiva ATAD 1) e uma segunda regra considerada defensiva (introduzida com a Diretiva ATAD 2), aplicadas de forma automática.

Nos casos das DD temos previstos que os Estados devem negar o pagamento dedutível quando também seja dedutível no outro Estado. A primeira regra diz-nos que seja negada a dedução considerada duplicada ao “investidor” e a regra defensiva apenas será aplicada pelo “pagador” se não houver neutralização da mesma pelo Estado do investidor.

Em Portugal como regra principal a evitar a DD temos a desconsideração dos gastos dos sujeitos passivos com sede ou direção efetiva em Portugal, quando são considerados residentes noutro Estado e que esses gastos sejam aí dedutíveis.

Nos casos de dedução sem inclusão direta, como primeira regra, temos previsto que a dedução seja negada pelo Estado do contribuinte pagador e quando tal não aconteça a regra defensiva tem previsto que pagamento seja incluído como rendimento original do Estado do beneficiário.

Nos casos de deduções sem inclusão indireta temos presente uma dedução do Estado pagador provenientes de um pagamento considerado híbrido ou realizado mediante uma entidade híbrida. Esta inclusão indireta tem normalmente implícita uma terceira entidade.

Esta dedução sem inclusão indireta pode ocorrer quando há uma distinção entre a transparência e opacidade das entidades híbridas.

A Diretiva ATAD 2 também introduziu dois novos artigos o 9º-A e o 9º-B, relativas às AH inversas e AH de residência fiscal que deram origem aos artigos 68º-C e o art.68º-D do CIRC.

Um dos grandes problemas das AA sempre foi a falta de comunicação e cooperação entre Estados. Nos casos de uma dedução sem inclusão, enquanto um EM podia considerar a operação como “injeção de capital” tratando como lucros e isentado esse rendimento, a outra jurisdição podia considerar a mesma operação como um empréstimo, permitindo a dedutibilidade de juros pagos à entidade que financiou o empréstimo.

Há dois tipos de elisão fiscal presente nas AH - nos instrumentos de financiamento híbrido – as sociedades aproveitam-se do comportamento dual destes instrumentos para obter uma vantagem fiscal, sendo o esquema mais comum a dedução sem inclusão e ainda, a elisão fiscal prevista nas entidades híbridas. Aqui as formas mais comuns são a dupla dedução ou a criação de crédito de imposto por dupla não tributação.

As AH constituem igualmente um problema para as SEC relativamente ao facto de se saber quais as SEC que são verdadeiramente consideradas sociedades estrangeiras controladas noutros Estados.

I. Os princípios regentes na aplicação destas normas antielisivas que vinculam a conduta da AT podem ser definidos como três: proporcionalidade, neutralidade e plena concorrência.

O princípio da proporcionalidade implica que a conduta da AT seja proporcional, ou seja, as normas antiabuso não devem ir além do necessário para atingir os objetivos pretendidos.

O princípio da neutralidade define-se como a não perturbação por parte dos Estados nas decisões jurídico-económicas dos contribuintes a nível fiscal, por isso, quanto maior for a neutralidade à nível da fiscalidade direta (apesar de não ser fácil devido à proteção da soberania dos Estados), melhor será a forma de combate a estas práticas.

E por último o princípio da plena concorrência - também presente em todas as normas antielisão fiscal - utilizado como forma de comparação dos preços praticados no mercado e na verificação das relações especiais existente entre os sujeitos passivos.

J. A ideia do plano de ação BEPS passa por tributar os lucros onde os mesmos sejam gerados por forma a não ocorrerem situações de DT jurídica internacional e dupla não tributação. Tem também como intenção restringir o PF agressivo originado, em grande medida, na política das multinacionais ou entidades de grupo, visto serem estas que mais se aproveitam das lacunas e assimetrias presentes entre os Estados.

Uma das conquistas deste programa BEPS encontra-se no facto da OCDE e todos os países que a englobam juntamente com os países da G20 trabalharem em conjunto para obterem um conjunto de respostas comuns e sólidas aos desafios presentes na tributação internacional, limitando e encontrando respostas para situações de distorção de PF agressivo.

As 15 ações foram realizadas pela OCDE a pedido da G20 e com a aderência da Comissão Europeia dando origem à implementação da Diretiva ATAD 1 e posteriormente da Diretiva ATAD 2 tornando estas medidas antielisão fiscal mais eficazes e aplicáveis ao espaço europeu.

As medidas antiabuso unilaterais são menos eficazes que as pretendidas no plano BEPS visto que aqui os governos cooperam entre eles, embora por vezes sejam a única forma possível de ultrapassar limitações constitucionais ou de regime.

K. A prática do «*Treaty Shopping*» tem implícito o abuso das convenções DT. Os CDT têm a pretensão de eliminar a DT, porém não devem facilitar a dupla não tributação. O método mais indicado para combater este abuso passa pela adoção de normas AA. Nesta prática recorre-se ao uso de uma entidade intermediária com o intuito de se aproveitar os benefícios fiscais de tratados bilaterais.

Na ação 6 do BEPS temos previsto o aproveitamento por parte dos contribuintes através de entidades intermediárias com o objetivo de obterem vantagens fiscais provenientes dos tratados. Os contribuintes são obrigados a provar que são residentes num dos Estados Contratantes para terem acesso aos benefícios fiscais previstos, se não o conseguirem fazer pode significar que podemos estar perante um abuso de direito – «*Treaty Shopping*».

Este relatório de ação identifica duas situações diferentes por um lado, o recurso a CGAA - normalmente doméstica ou se possível prevista no acordo bilateral -quando o contribuinte pretende contornar as regras dos tratados para evitar a DT e por outro, temos as situações de elisão fiscal nacional que requerem o uso das regras AA domésticas.

L. A Ação 15 dá a permissão, através do seu Instrumento Multilateral, dos Estados alterarem os seus acordos bilaterais de forma a implementar as recomendações das ações do programa BEPS.

O MLI pode ser visto como um instrumento paralelo aos tratados bilaterais para prevenir a DT que não deseja os seus fins, mas apenas as suas alterações para desta forma acentuar a prevenção a situações de elisão fiscal para além do seu objetivo principal - evitar a DT.

Este instrumento é composto por regras imperativas (requisitos mínimos) e regras facultativas e pretende que os lucros sejam tributados onde realmente foram criados.

M. A Convenção Modelo para além de evitar a DT, algo também pretendido pelo programa BEPS e pelo mercado único da UE, tem previsto o impedimento da evasão e elisão fiscal. A ação 6 do BEPS refere que mesmo que os tratados bilaterais não sejam responsáveis pela elisão fiscal, acabam por facilitar a mesma.

A ação 2 do BEPS diz-nos que os Estados aproveitam-se das AH previstas nos acordos bilaterais para retirarem benefícios fiscais indevidos.

A importância do conceito empresas associadas no art.9º da Convenção Modelo surgiu inicialmente ligado à regra contra a subcapitalização e aos preços de transferência. Contudo, podemos verificar que é igualmente importante nas restantes normas AA, principalmente no caso das AH e das SEC.

Este artigo diz-nos que as transações realizadas entre empresas com relações especiais que não respeitem o princípio plena concorrência podem sofrer ajustamentos aos lucros por parte das autoridades fiscais.

N. Para além da importância das Diretivas ATAD 1 e 2, as Diretivas Sociedades Mães e Filiais; Juros e Royalties; Fusões e Cisões e; Cooperação Administrativa são igualmente importantes no combate à elisão fiscal.

A proposta de diretiva da MCCCIS surgiu em 2011 como MCCIS. Esta última propunha regras comuns de tributação das sociedades na UE na determinação da matéria coletável, sendo posteriormente implícita regras em matéria de consolidação (MCCCIS), tal como a previsão de perdas e ganhos não realizados (mesmo que temporários).

Esta proposta chegou a estar associada ao programa BEPS e à proposta de Diretiva ATAD 1 tendo prevista cláusulas antiabuso, tal como na Diretiva AntiElisão.

A proposta da Diretiva ATAD 1 continha uma cláusula «*switch over*» que previa a tributação de lucros provenientes de países terceiros. Esta tributação era aplicada quando os lucros provenientes desses países não respeitavam um limiar de taxa de imposto mínimo considerado aceitável comparativamente às taxas aplicadas na UE. Porém, visto que não há uma harmonização nas taxas de IRC e equivalentes aplicadas na UE, esta proposta foi considerada de difícil aplicação na prática, acabando por não estar presente na Diretiva ATAD 1.

Tanto a Comissão Europeia como o Parlamento diziam que a MCCCIS era ideal para o respeito de uma tributação justa, simples e segura, satisfazendo o crescimento sustentável e uma justiça social de forma a ir de encontro aos objetivos pretendidos pelo Mercado Único. A MCCCIS serve de proteção a erosão das bases fiscais e a sua transferência indevida de lucros.

Apesar de alguns EM terem dúvidas quanto ao facto da mesma sobrepor as regras das Diretivas ATAD 1 e 2, o Parlamento Europeu disse que as Diretivas ATAD têm implícito o controlo de comportamentos elisivos mediante a aplicação das normas AA, por sua vez, a MCCCIS ajudaria a garantir que os lucros fossem tributados onde realmente foram realizadas as atividades.

Todavia, a Comissão Europeia no Comunicado de maio de 2021 referiu que irá criar um quadro de tributação para as sociedades do século XXI conhecido como «*BEFIT*», assente nos Pilares 1 e 2 da OCDE, completando e substituindo a proposta pendente da Diretiva da MCCCIS.

O. O pacote fiscal é composto por um conjunto de iniciativas legislativas e não legislativas da UE que têm por base teórica o programa BEPS que deram origem às Diretivas ATAD 1 e 2 e também à comunicação automática de informações.

A Comissão Europeia quer contribuir para um mundo mais digital, por esta razão, foi criado um plano de Ação - composto por 25 ações - com vista à recuperação do UE e do mercado, combatendo a evasão fiscal (em sentido amplo).

Como a maioria dos contribuintes pretendem pagar os seus impostos, é inaceitável que as complexidades das regras os desincentivem. Estas iniciativas pretendem uma tributação justa e simples contribuindo para uma recuperação económica sustentável e rápida, tendo

como intenção fornecer mais ferramentas às autoridades fiscais dos EM para se conseguir cumprir estes objetivos.

As crises económicas acentuam a elisão fiscal e as suas consequências por esta razão e devido à crise pandémica foram criadas 25 ações a serem cumpridas pela Comissão Europeia até 2024.

P. O trabalho do código de conduta foi criado pelo Conselho Ecofin que pertence ao Conselho da União Europeia sendo representado pela Comissão e os representantes de Alto Nível dos EM. Os trabalhos deste grupo visam apenas as sociedades e tem presente no seu código um conjunto de medidas prejudiciais que devem ser congeladas e desmanteladas.

Q. Portugal foi pioneiro na legislação contra o planeamento fiscal abusivo ou agressivo contra as práticas de evasão fiscal. Este Diploma foi recentemente alterado e revogado dando origem à lei n.º 25/2020. Esta lei segue as regras da última Diretiva Troca de Informações que, por sua vez, está ligada à Ação 12 do BEPS. A UE concentrou os seus esforços no controlo ao PF agressivo através de um reforço à transparência.

Apesar de se ter perdido o conceito de planeamento fiscal, o legislador referiu que é mais importante a apresentação de realidades factuais que a definição de conceitos.

Esta lei estabelece a obrigação de comunicação à AT, mesmo que subsidiariamente, por parte do intermediário, de mecanismos internos ou transnacionais com relevância fiscal, transpondo a mais recente Diretiva da Troca de Informações obrigatório de 2018.

R. Os orçamentos dos Estados devem-se defender contra perdas resultantes da elisão fiscal, sendo que uma melhoria na cobrança de impostos através da sua simplificação pode ser uma possível solução para reduzir estas práticas.

A OCDE chegou a acordo sobre um novo regime de tributação dos lucros provenientes das multinacionais composto por dois pilares. O primeiro prevê a alocação das vendas onde realmente foram realizadas e o segundo prevê uma taxa mínima de 15% aplicada às grandes sociedades (multinacionais).

Destes conceitos internacionais surgiram duas propostas de Diretiva da UE: uma direcionada à taxa mínima efetiva de tributação para as multinacionais e outra direcionada às empresas de fachada.

Referências Bibliográficas

Fontes periódicas:

- ◆ Caldas, M.(2015).Conceito de Abuso no Direito Internacional, Europeu e Comparado.*O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal.*(págs.17-63)
- ◆ Caldas, M.(2015).Conceptualização do Planeamento Fiscal Agressivo.*O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal.*(págs.67-107)
- ◆ Campos,D.L.(1999)Simulação dos Negócios Jurídicos.*Problemas Fundamentais do Direito Tributário.*(págs.189-224)
- ◆ Catarino,J.R. &Guimarães,V.B.(2018)Novos Rumos da Fiscalidade.*Lições de Fiscalidade.*vol.(I)(págs.639-643)
- ◆ Dourado, A.P. (1996).A distribuição de poderes fiscais territoriais entre os Estados Membros da Comunidade Europeia e regime jurídico aplicável aos factos tributários interestaduais.*A Tributação dos Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Europeia.*(págs.87- 139)
- ◆ Faria, M.T.V.(1993)Preços de Transferência-Problemática Geral. *A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade.*(págs.397-440)
- ◆ Leitão, L.M.T.M.(1993)*Evasão e Fraude Fiscal. A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade.*(págs.299-330)
- ◆ Martins,H.P.(2018)o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.*Lições de Fiscalidade.*vol.(I)(págs.293-374)
- ◆ Martins,H.P.(2017)o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.*Lições de Fiscalidade.*vol.(I)(págs.353-356)
- ◆ Palma, C. C.(2015)Planeamento Fiscal Internacional. *Lições de Fiscalidade.*vol(II) (págs.125-155)
- ◆ Pereira, P. R.(2015)Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal internacional. *Lições de Fiscalidade.*vol(II)(págs.205-249)

- ◆ Sá Gomes, N.(1999)Os Benefícios na Lei Fiscal Tributaria e na Legislação Complementar. *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*. (págs.79-120)
- ◆ Sousa, M. P.R.(1993)*Preços de Transferência Problemática Geral*.(págs.443-480)
- ◆ Silva, I.M.(2010)Crimes Fiscais e Crimes contra a Segurança Social.*Regimes Geral das Infracções Tributárias*.(págs.199-209)
- ◆ Silva,H.F.(2017)O Regime das Invalidades e da Revogação do novo CPA e o seu impacto no Procedimento Tributário.*Temas de Direito Tributário*.(pág.11-36)
- ◆ Xavier, Alberto (1993)Evasão Fiscal Internacional. *Direito Tributário Internacional*(pág.44)
- ◆ Xavier, Alberto (1993)Fraude à lei fiscal internacional. *Direito Tributário Internacional*(págs.291-328)

Fontes Não Periódicas:

- ◆ Caldas, M. (2015).*O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal*.(ed.) Coimbra: Almedina
- ◆ Catarino,J.R. &Guimarães,V.B.(2018) *Lições de Fiscalidade*.vol.(I)(6ºed.)Coimbra:Almedina
- ◆ Direcção dos Serviços de Formação (2016).*Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas: Manual de IRC*(ed.) Lisboa: Autoridade Tributária e Aduaneira
- ◆ Ministério das Finanças(1993) *A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*.(ed.) Lisboa: Centro de Estudos Fiscais
- ◆ OCDE(2015) Modelo da Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património(ver-são condensada)Cadernos de Ciências e Técnica Fiscal
- ◆ Xavier, Alberto (1997) Direito Tributário Internacional. *Tributação das Operações Internacionais*. Almedina: Coimbra

Fontes Eletrónicas:

Artigos:

- ◆ Abreu. C. P. & Milagres e Sousa L. *PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO E ABUSIVO – as novas regras e os novos deveres*. Disponível em: https://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=501&idsc=21852&ida=66750
- ◆ Almeida. C. F.(2017) *Invalidade, Inexistência e Ineficácia*. Católica Law Review. Disponível em: <file:///Users/rosaguimaraes/Downloads/1980-article-4249-1-10-20191020.pdf>
- ◆ Eversheds Sutherland (International) LLP. “Exit taxes and Europe - where are we now?” Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=964fa36c-71eb-468f-adcb-7852dcd768b5>
- ◆ Diretivas da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114527>
- ◆ Meneses. A. S. (2016) “Hybrid mismatch arrangements” e a influência de tributação na decisão de financiamento: Os velhos problemas e as novas soluções. Revista do Direito das Sociedades 2. Disponível em: [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-02%20\(427-450\)%20-%20Doutrina%20-%20%20C3%81lvaro%20Silveira%20de%20Meneses%20-%20"Hybrid%20mismatch%20arrangements"%20e%20a%20influ%20%C3%A7%C3%A3o%20na%20decis%20%C3%A3o%20de%20financiamento%20-%20os%20velhos%20problemas%20e%20as%20novas%20solu%20%C3%A7%C3%B5es.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-02%20(427-450)%20-%20Doutrina%20-%20%20C3%81lvaro%20Silveira%20de%20Meneses%20-%20)
- ◆ PWC(2020)IRC-Assimetrias híbridas: Transposição das Diretivas Anti Evasão Fiscal. Disponível em: <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/flash/irc/pwc-flash-fiscal-irc-assimetrias-hibridas-transposicao-das-diretivas-anti-evasao-fiscal.html>
- ◆ PWC (2021)Acordo político para um novo regime de Tributação sobre os Lucros das Sociedades, Disponível em: <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/flash/outros/pwc->

[flash-fiscal-acordo-politico-para-um-novo-regime-de-tributacao-dos-lucros-das-sociedades.html](#)

- ◆ Santos, A.C.S.(2009) *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu labirinto*. Revista Fiscalidade. Disponível em: <https://antoniocarlosdossantos.files.wordpress.com/2016/10/fiscalidade.pdf>
- ◆ Santos, Anabela(2020) O Instrumento Multilateral.Jornal:Vida Económica. Disponível em: https://www.occ.pt/fotos/editor2/ve_anabelasantos10julho2020.pdf
- ◆ Silva, J. N. Calvão(2006)*Elisão Fiscal e a Clausula Geral Anti-Abuso*. Ordem dos Advogados. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/joao-nuno-calvao-da-silva-elisao-fiscal-e-clausula-geral-anti-abuso/>
- ◆ Site Action 2. Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. BEPS/OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>
- ◆ Site Action 3. Controlled Foreign Company. BEPS/OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/>
- ◆ Site Action 4. Limiting Base Erosion Involving Deductions on Other Financial Payments. BEPS/OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action4/>
- ◆ Site Action 15. Multilateral Instrument.BEPS/OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action15/>
- ◆ Site European Council of the EU. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/presidency-council-eu/>
- ◆ Site NewCO(2020)Preços de Transferência. Disponível em: <https://www.newco.pro/pt/investir-em-portugal/informacao-contabilistica-e-fiscal-em-portugal/regras-anti-abuso-e-tributacao-autonoma/precos-de-transferencia>
- ◆ TJUE (2021) Tribunal de Justiça da União Europeia do site Curia. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt
- ◆ UniversityofVirginia(2021) *Bona Fide Business Purpose*. Disponível em: <https://uvapolicy.virginia.edu/glossary-terms/bona-fide-business-purpose>

Conferências:

- ◆ Leitão, J.M.(2012) “*The National Grid Indus Case: Exits to Exit Taxes on Companies within the EU*”. IDEFF. Disponível em: https://www.ideff.pt/en/ini_detail.php?zID=26&aID=380

Documentação Oficial:

- ◆ Comissão Europeia(2006)._Comunicação sobre:_Tributação à saída e necessidade de coordenação das políticas fiscais dos Estados Membros. COM(2006) 825 final Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52006DC0825>
- ◆ Comissão das Comunidades Europeias (2007). Comunicação sobre a aplicação de medidas Antiabuso na área da Tributação Directa – na UE e em relação a países terceiros. COM(2007) 785 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:52007DC0785>
- ◆ Comissão Europeia(2012)._Comunicado da Comissão ao Parlamento e ao Conselho. COM(2012)722 final. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0722_/com_com\(2012\)0722_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0722_/com_com(2012)0722_pt.pdf)
- ◆ Comissão Europeia (2016)._Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu ao Conselho. COM(2016)682final. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13729-2016-INIT/pt/pdf>
- ◆ Comissão Europeia(2016)._Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece as regras de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno. COM(2016)26 Final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1454056979779&uri=COM:2016:26:FIN>
- ◆ Comissão Europeia(2020)._Plano de ação para uma tributação justa e simples que apoie a estratégia de recuperação. COM(2020)382 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0312&from=PT>

- ◆ Comissão Europeia(2020).*Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho*. COM(2020)383 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0383&from=FR>
- ◆ Comissão Europeia(2021) *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e Conselho Uma tributação das empresas para o século XXI*. COM(2021) 251 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0251&from=EN>
- ◆ Comissão Europeia(2021) *Questions and Answers on the Commission's proposal to end the misuse of shell entities*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_6968
- ◆ Comissão Europeia(2021) *Fair Taxation: Commission proposes swift transposition of the international agreement on minimum taxation of multinationals*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_7028
- ◆ Conselho Europeu.Conselho da UE(2021).*Fiscalidade:Lista da UE de Jurisdições não cooperantes*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>
- ◆ Conselho Europeu.Conselho da UE.(2021).*Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas)*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/> & <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998X0106>.
- ◆ Conselho da UE(2017). *Matéria Coletável Comum do Imposto Sobre as Sociedades – Proposta de Diretiva MCCIS = Debate de orientação*. 9010/17.em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9019-2017-INIT/pt/pdf>
- ◆ Conselho da UE(2015).*Relatório ECOFIN ao Conselho Europeu sobre questões fiscais – Aprovação*. 15187/15. Disponível em : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15187-2015-INIT/pt/pdf>
- ◆ Conselho da UE (2016).*Relatório ECOFIN ao Conselho Europeu sobre questões fiscais – Aprovação*. 15254/16. Disponível em : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15254-2016-INIT/pt/pdf>

- ◆ Conselho da UE(2019).*Relatório ECOFIN ao Conselho Europeu sobre questões fiscais – Aprovação.* 14349/19. Disponível em : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14349-2019-INIT/pt/pdf>
- ◆ Conselho da UE(2021) Statement of the Members of the European Council SN 18/21. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/48976/250321-vtc-euco-statement-en.pdf>
- ◆ Council Resolution of 8 June 2010 on coordination of the Controlled Foreign Corporation (CFC) and thin capitalisation rules within the European Union. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010G0616\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010G0616(01)&from=EN)
- ◆ OCDE(1998)*Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue.* Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf>
- ◆ OCDE/G20(2015). *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Base Erosions and Profit Shifting Project. Action 3: Final Report.* Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241152-en.pdf?expires=1637708743&id=id&accname=guest&checksum=184161648AE60CE05A625651BBD95F54>
- ◆ OCDE(2016) MLI: Instrumento Multilateral. *Convenção Multilateral para aplicação das Medidas relativas às Convenções Fiscais destinadas a prevenir a Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros.* Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>
- ◆ OCDE(2021) International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm>
- ◆ OECD/G20(2016). *Limiting Base Erosion Involving Deductions on Other Financial Payments. Action 4 – Inclusive Framework on BEPS.* Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268333-en.pdf?expires=1637709692&id=id&accname=guest&checksum=8AB99486B3BD4B09932C457BBEA9127A>
- ◆ OECD/G20(2015). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. Base Erosions and Profit Shifting Project. Action 2: Final Report.* Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138->

[en.pdf?expires=1637708964&id=id&accname=guest&checksum=399C46BBC2F7C559440E6159D2455ACA](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264278790-en.pdf?expires=1637708964&id=id&accname=guest&checksum=399C46BBC2F7C559440E6159D2455ACA)

- ◆ OECD/G20(2017). Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. *Base Erosions and Profit Shifting Project*. Action 2: Inclusive Framework on BEPS. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264278790-en.pdf?expires=1637708873&id=id&accname=guest&checksum=06F442B60C08BDE675821303D2800F8D>
- ◆ OECD/G20(2015). Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances. *Base Erosions and Profit Shifting Project*. Action 6: Final Report. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#page19
- ◆ OCDE(2021) Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>
- ◆ Parlamento Europeu(2015) *Evasão Fiscal vs Elisão Fiscal: explore o nosso glossário sobre fiscalidade*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/economy/20150529STO61068/evasao-fiscal-vs-elisao-fiscal-explore-o-nosso-glossario-sobre-fiscalidade>
- ◆ Parlamento Europeu(2019) *Relatório sobre crimes financeiros e elisão e evasão fiscais*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0170_PT.html
- ◆ Parlamento Europeu(2021) *Novo Observatório Fiscal da UE para apoiar a luta contra os abusos fiscais, graças à investigação de ponta*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_21_2714
- ◆ Projet OCDE/G20 sur l'Érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficies. Rapports Finaux 2015 Résumés OCDE. Disponível em : <https://www.oecd.org/fr/ctp/beps-resumes-des-actions-2015.pdf>
- ◆ Proposta de Diretiva Juros e Royalties(2011) Tributação dos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:131039>

- ◆ Proposta de Lei n.º 11/XIV. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977634777784d533159535659755a47396a65413d3d&fich=ppl11-XIV.docx&Inline=true>
- ◆ Síntese Contexto da Tributação à saída e necessidade de coordenar as políticas fiscais dos Estados-Membros COM(2006) 825 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l31060&from=EN>

Jurisprudência:

- ◆ AcórdãoTCANorte(2018)Processo 00917/13.3BECBR. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/a01bf00020809369802583c1004e18ff?OpenDocument>
- ◆ AcórdãoTCASul(2020)Processo 227/07.4BELSB. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/208df6694e303dcc8025859300569d61?OpenDocument&Highlight=0,227%2F07.4BELSB>
- ◆ AcórdãoTCASul(2011)Processo 04255/10. Caso Jerónimo Martins. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/717922be4ecb14e1802578490059ddf7?OpenDocument>
- ◆ AcórdãoSTA(2008) Processo n.º 275/08-30. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-sta/32220-2008-4026533>
- ◆ Geelhoed. L.A.(2006).Conclusões do Advogado Geral L.A. Geelhoed. Caso Thin CAP.ProcessoC-524/04. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CC0524&from=EN>
- ◆ Léger P.(2006).Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger. Caso Cadbury Schweppese. Cadbury Schweppes Overseas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CC0196&from=EN>
- ◆ Kokkot J.(2006).Conclusões da Advogada Geral do Caso “A OY”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CC0231&from=EN>

- ◆ TJUE(1990) Processo C-175/88. *Caso Biehl*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d536828d-9e7d-4f5d-a712-c497c11b644a.0009.02/DOC_1&format=PDF
- ◆ TJUE(2000)Proc. C-324/00. *Caso Lankhorst-Hohorst*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbab79e33931474dd983888646ebb555b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLa310?text=&docid=86106&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=731664>
- ◆ TJUE(2010) Processo C-371/10 *National Grid Indus BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0371_SUM&from=FR
- ◆ TJUE(2010)Processo C-38/10 : Comissão Vs. Portugal. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=76B92E0BAC1578EDF8434603F47342EB?text=&docid=126426&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2967578>
- ◆ TJUE(2015).*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation Contra Commissioners of Ireland Revenue*.Processo C-524/04. Disponível em:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0524_SUM&from=FR
- ◆ TJUE(2013) Comissão Europeia contra Países Baixo;Processo C-301/11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0301>
- ◆ TJUE(2015)Caso Verder. Processo C-657/1. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF4D75E8521BA401E23EE3A00FD2E7CC?text=&docid=164355&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3071457>

Legislação:

- ◆ Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas. *Última alteração Lei nº36/2021, de 14/06*. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/Cod_download/Documents/CIRC.pdf

- ◆ Diretiva(UE)2016/1164doConselhode12deJulhode2016.*Diretivaantielisãofiscal(AT ADI)*.Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164>
- ◆ Diretiva(UE)2017/952doConselho29demaio.Diretivaantielisãofiscal(ATAD2).Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0952>
- ◆ Directiva(CE)2009/113doConselho19deoutubro.DiretivaFusões,Cisões,EntradadeAtivosePermutadeAções.Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0133>
- ◆ Diretiva (UE) 2015/121doConselho27deJaneiro. Diretiva sociedades mães e sociedades filiais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0121>
- ◆ Lei Geral Tributária, *última atualização n.º7/2021, de 26/06*. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/Cod_download/Documents/LGT.pdf
- ◆ Lei n.º26/2020 de 21 de julho. Obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, transpondo a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, e revogando o Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/26-2020-138461836>
- ◆ Portaria n.º 1446-C/2001. *Regula os preços de transferência nas operações efectuadas entre um sujeito passivo do IRS ou do IRC e qualquer outra entidade*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/1446-c-2001-319769>
- ◆ Portaria n.º268/2021. *Procede à revisão da regulamentação dos preços de transferência nas operações efetuadas entre um sujeito passivo do IRS ou do IRC e qualquer outra entidade, ao abrigo do artigo 63.º do Código do IRC*. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2021/11/23000/0002100043.pdf>
- ◆ RGIT - Lei n.º15/2001 de 5 de junho. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=259&pagina=1&ficha=1
- ◆ UE(2008).Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.*União Europeia Tratados.Alterados pelo Tratado de Lisboa*.(págs.71-241)