

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



ISCAL

O PLANEAMENTO FISCAL E A
PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA
SOBRE A FORMA

Joana Lage da Silva

Lisboa, janeiro de 2019

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

PLANEAMENTO FISCAL E A
PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA
SOBRE A FORMA

Joana Lage da Silva

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 Jesuíno Alcântara Martins, Especialista.

Constituição do Júri:

Presidente _____ Doutor Paulo Jorge Nogueira da Costa
Vogal _____ Doutora Clotilde Celorico Palma
Vogal _____ Especialista Jesuíno Alcântara Martins

Lisboa, janeiro de 2019

Dedicatória

Aos que se disponibilizaram para ajudar, assim como a todos os que foram *obrigados* a tal.

Anyone may arrange his affairs so that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which best pays the treasury. There is not even a patriotic duty to increase one's taxes. Over and over again the Courts have said that there is nothing sinister in so arranging affairs as to keep taxes as low as possible. Everyone does it, rich and poor alike and all do right, for nobody owes any public duty to pay more than the law demands.

Learned Hand

Agradecimentos

Esta dissertação não teria sido possível sem o incentivo e apoio de algumas pessoas.

Uma palavra de agradecimento ao meu orientador, Professor Especialista Jesuíno Alcântara Martins, pelas orientações e correções, disponibilidade e motivação.

Ao meu pai, à minha mãe e à minha irmã que nunca duvidaram das minhas capacidades, sempre me apoiaram e me ajudaram a completar esta etapa.

As minhas amigas, que constantemente me perguntaram como ia a dissertação, lembrando-me do trabalho que ainda faltava fazer.

E por fim, um especial agradecimento às minhas companheiras de guerra, a Tereza e a Sara, que foram as melhores parceiras que poderia ter desejado.

Resumo

Atendendo ao constante aumento da carga tributária, os contribuintes têm vindo a incluir o fator fiscal nas suas decisões do quotidiano. Exercendo o seu direito ao planeamento fiscal, analisam as opções que estão à sua disposição para atingir um determinado objetivo, optando pela via que origina o menor imposto a pagar.

Porém, ao longo do tempo, estes têm vindo a optar por caminhos mais complexos que podem colocar em causa o bom funcionamento do ordenamento jurídico-tributário. Com vista a restringir e combater o comportamento abusivo dos contribuintes, as autoridades têm vindo a desenvolver diversos mecanismos de defesa.

Neste sentido, surge a presente dissertação, que versa sobre o tema «Planeamento Fiscal – a prevalência da substância sobre a forma», dado que, o princípio da prevalência da substância sobre a forma, estando subjacente na legislação tributária, é crucial aquando a reprovação dos comportamentos abusivos dos contribuintes.

Neste trabalho pretende-se, em primeiro lugar, efetuar uma análise do direito do planeamento fiscal, os direitos que este atribui aos contribuintes e as suas restrições. De seguida, visa-se definir e caracterizar a doutrina que versa sobre a temática da prevalência da substância sobre a forma, bem como as tendências doutrinárias que dela emergiram. E, por fim, iremos analisar um acórdão onde a doutrina anteriormente referida foi aplicada pela primeira vez na jurisprudência portuguesa.

Palavras-chave: planeamento fiscal, comportamento abusivo, prevalência da substância sobre a forma, figura jurídica

Abstract

With the constant increase of the tax burden, taxpayers have been including the «tax factor» in their daily decisions. By exercising their right to tax planning, they analyze the options at their disposal to reach a certain goal and opt for the route that gives rise to the lowest tax payable. However, over time, these have been carrying out increasingly complex ways that call into questioning the smooth functioning of the legal-tax system. In order to restrict abusive behavior of taxpayers, the authorities have been developing defensive mechanisms.

In this sense, the present dissertation on «Tax Planning - the substance over form» is presented, since the principle of substance over form, being underpinned by tax legislation, has a crucial role when determining whether we are confronted by an abusive behavior.

In this work we intend, firstly, to make an analysis of the right of fiscal planning, the rights that are assigned to the taxpayers and their restrictions. Next, we will define and characterize the doctrine of the substance over the form, as well as the doctrines that emerged from it. Finally, we will examine a case where the aforementioned doctrine was first applied in Portuguese case law.

Key words: tax planning, abusive behaviors, substance over form, legal figure

Índice

1. Introdução.....	12
2. O princípio da autonomia privada	14
2.1. A liberdade negocial e a neutralidade fiscal.....	14
2.2. A livre conformação económica e a eleição da forma jurídica	17
2.3. Os limites ao direito da liberdade negocial	19
3. A forma, a substância e a lei fiscal	21
3.1. A segurança jurídica e a construção da lei fiscal.....	21
3.2. Interpretação das normas fiscais.....	24
3.2.1. Particularismos da interpretação das normas fiscais	24
3.2.2. As regras de interpretação e aplicação da norma fiscal.....	26
4. A doutrina da prevalência da substância sobre a forma	31
4.1. Origem e principais marcos jurisprudenciais	31
4.1.1. Gregory v. Helvering.....	32
4.1.2. Higgins v. Smith.....	35
4.1.3. Commissioner v. Court Holding Co.....	36
4.2. Tipo de transações tipicamente afetadas pela doutrina da prevalência da substância sobre a forma	37
4.3. Como prever o resultado da aplicação da doutrina?.....	39
5. Aplicação específica do princípio da prevalência da substância sobre a forma: doutrinas emergentes	41
5.1. <i>The business purpose doctrine</i>	42
5.2. <i>The sham transaction doctrine</i>	45
5.3. <i>The step transaction doctrine</i>	47
5.3.1 The three alternative threshold tests	49
5.4. The economic substance doctrine.....	52
5.4.1 <i>The two-prong test: a substância económica e o business purpose</i>	53

6.	A Cláusula Geral Antiabuso e a prevalência da substância sobre a forma.....	58
6.1.	A CGAA no ordenamento jurídico português.....	58
6.2.	Elementos constitutivos da CGAA.....	60
6.2.1.	O elemento meio.....	61
6.2.2.	O elemento resultado.....	62
6.2.3.	O elemento intelectual.....	63
6.2.4.	O elemento normativo.....	64
6.2.5.	O elemento sancionatório.....	65
6.3.	Procedimento de aplicação da CGAA.....	66
6.3.1.	O procedimento específico da CGAA e o seu âmbito.....	66
6.3.2.	Do iter do procedimento de aplicação da CGAA.....	67
6.3.2.1	Audição prévia do contribuinte.....	67
6.4.	Análise do Processo n.º 04255/10, de 15 de fevereiro.....	70
6.4.1.	Apresentação do caso.....	71
6.4.2.	Como surgiu a problemática da <i>step transaction doctrine</i> no caso?.....	73
6.4.3.	Legitimidade da aplicação da <i>step transaction doctrine</i> : realização dos três testes.....	76
7.	Conclusão.....	80
8.	Bibliografia.....	83

Lista de Abreviaturas

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CC – Código Civil

CGAA – Cláusula Geral Anti Abuso

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

LGT – Lei Geral Tributária

TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

ZFM – Zona Franca da Madeira

1. Introdução

Num mercado cada vez mais internacional e competitivo, a adaptação e a evolução contínua são elementos chave que possibilitam o crescimento e desenvolvimento da atividade de qualquer contribuinte. Com vista ao aumento do rendimento da atividade prosseguida é normal que qualquer sujeito passivo recorra ao Planeamento Fiscal e que, através de estratégias ponderadas tente obter minimização dos seus encargos fiscais.

O direito de nortear as suas decisões em função do fardo fiscal associado não suscita qualquer problema, sendo mesmo, em certas situações, incentivado pelo próprio legislador fiscal. O problema surge quando o Planeamento Fiscal é realizado fora dos parâmetros legais de cada Estado, ultrapassando a linha de licitude desenhada pelo legislador. Este tipo de comportamento pode conduzir a inúmeras consequências negativas como, por exemplo, a perda de receitas, a desigualdade, o desencorajamento do cumprimento das obrigações tributárias por parte do contribuinte e a limitação da capacidade do governo em implementar políticas económicas através dos impostos.

O combate ao planeamento fiscal ilícito revela-se, todavia, uma tarefa difícil. Por um lado, por dificuldades terminológicas, o legislador é incapaz de prever todas as situações jurídicas possíveis e, deste modo, ser capaz de claramente definir e distinguir o planeamento fiscal lícito e ilícito. Adicionalmente, o equilíbrio entre o combate aos comportamentos abusivos, o princípio da igualdade e o princípio da autonomia privada é difícil de alcançar.

Devido a tais entraves, os contribuintes são capazes de utilizar a letra da lei para evadirem ou reduzirem a sua carga fiscal. Optam por escolher uma figura jurídica ou incorrem por caminhos complexos que, apesar de não serem o modo mais apropriado para as suas circunstâncias, alcançam o mesmo objetivo económico com uma carga de imposto menor. Porém, apesar de em concordância com a linguagem da lei, este tipo de transações são consideradas abusivas, pois, consideram-se contra o espírito da lei. De modo a combater este tipo de comportamento, o legislador fiscal determinou princípios, implementou regras e procedimentos e cláusulas anti abuso. Estas, sendo mais difíceis de contornar, tornam-se mais eficazes contra este tipo de problema, desempenhando o legislador um papel proativo, em recusa de uma função meramente reativa.

Neste contexto, ao longo deste trabalho iremos analisar de que forma o princípio da prevalência da substância sobre a forma, subjacente à legislação fiscal, pode ser um instrumento crucial para determinar a legalidade do planeamento fiscal do sujeito passivo. Pretendemos determinar o que este princípio significa, as situações onde é pertinente a sua utilização e quais as consequências da sua aplicação.

O nosso estudo é dividido em cinco partes. Na primeira parte, procede-se à análise do direito ao planeamento fiscal, bem como ao seu significado para a atuação dos cidadãos e as suas limitações. De seguida, efetua-se uma análise incidente sobre a dificuldade de construção da lei fiscal e as suas implicações para o planeamento fiscal. Em terceiro lugar, é apresentada não só a evolução jurisprudencial sobre a doutrina da prevalência da substância sobre a forma, mas também as consequências da sua aplicação. Na quarta parte são analisadas e comparadas as tendências doutrinárias emergentes da doutrina da prevalência da substância sobre a forma. E, por último, é apresentada a Cláusula Geral Anti Abuso (CGAA) vigente no ordenamento português, sendo analisado o primeiro caso onde este mecanismo foi aplicado na jurisprudência nacional.

2. O princípio da autonomia privada

2.1. A liberdade negocial e a neutralidade fiscal

No ordenamento jurídico-fiscal português existe um propósito geral de neutralidade tributária no enquadramento dos negócios realizados pelo sujeito passivo na medida em que, em termos globais, pretende-se que sejam razões económicas e não motivos fiscais a comandar as opções negociais (Martins, 2009 citado por Costa, 2015)¹.

Tomemos como exemplo uma pessoa singular que decide exercer uma atividade comercial. Esta pode fazê-lo em nome individual, pode juntar-se com outros sujeitos e criar uma sociedade por quotas ou, ainda, optar por uma sociedade anónima.

Perante este vasto leque de opções podemos afirmar que, quando se pretende atingir um determinado resultado jurídico, tem-se (geralmente) à disposição diversas vias juridicamente relevantes e diversas técnicas jurídicas que permitem atingir esse resultado (Leite de Campos e Leite de Campos, 2000). A via a incorrer ganha importância devido à falta de uniformidade da tributação, isto é, o legislador não tributa todas as realidades de forma semelhante: realidades diferentes são tributadas de forma diferente e por isso ao contribuinte é apresentado uma via menos onerosa pela qual pode incorrer.

O princípio da neutralidade fiscal procura que o imposto não seja um fator decisivo num projeto de investimento, ou seja, que este tenha o mesmo impacto independentemente da decisão que o sujeito passivo tomar. Consequentemente, entende-se que o sistema fiscal é neutro sempre que «não interfere nem perturba a melhor afetação dos recursos na economia, tal como será feita pelo normal funcionamento do mercado» (Sousa Franco, 1992 citado por Fernandes, 2012)², isto é, quando permite ao contribuinte a escolha mais eficiente, conseguindo, independentemente da escolha económica, o mesmo encargo fiscal. Deste modo, pretende-se que as decisões empresariais sejam tomadas com base em critérios económicos e não no impacto fiscal, sendo que, contribuintes em situações semelhantes e que realizam transações equivalentes não devem estar sujeitos a níveis de

¹ Martins, A. (2009). A influência da lei fiscal nas decisões de reestruturar: uma perspectiva financeira. In *Reestruturação de Empresas e Limites ao Planeamento Fiscal* (pp. 13-37). Coimbra: Coimbra Editora.

² Sousa Franco, A. (2007). *Finanças Públicas e Direito Financeiro, Vol. II*. (4ªed.). Coimbra: Almedina.

tributação diferentes. Só assim é possível impedir que através de uma determinada figura jurídica seja possível alcançar uma redução de imposto a pagar que deveria, pressupostamente, acompanhar a obtenção de um determinado efeito jurídico.

Apesar do esforço feito pelo Estado para alcançar a neutralidade da tributação, são inúmeros os casos onde é possível manipular as figuras jurídicas de modo a alcançar um determinado objetivo acompanhado com uma poupança fiscal. Nestas circunstâncias, de acordo com Saldanha Sanches (2006, p. 158)

se a ausência de neutralidade do sistema se aplica apenas num pequeno número de casos, a falha legislativa, pela sua dimensão, é irrelevante porque não distorce as decisões de mercado. O mesmo não acontece se, pela maior dimensão, a falha de neutralidade pode ser explorada por um grande número de sujeitos passivos ou se permite importantes economias fiscais: se isto acontecer, serão sistematicamente utilizadas soluções sub-óptimas em que a vantagem fiscal compensa, individualmente, a perda da eficiência económica.

Esta tendência de incorporar o «fator fiscal» nas decisões – apesar de ser legítima e natural devido à falha de uniformidade da tributação – é uma fonte de «preocupação» para o Estado. Tendo este o dever constitucional de «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados»³, o Estado atua com o intuito de evitar que a poupança fiscal seja sobreposta às razões económicas, onde a opção menos eficiente é escolhida e são causadas distorções no mercado.

À luz desta realidade surge uma questão de extrema importância: «deverá o direito tributário interessar-se pelas escolhas com relevância fiscal, em termos de proibir ou limitar a escolha de uma via menos tributada? Escolha que **prevenirá** o preenchimento de um certo tipo legal de imposto?» (Leite de Campos e Leite de Campos, 2000, p. 154).

A resposta a este problema é não: a lei fiscal não pode agir de modo a poder fiscalizar as decisões de relevância fiscal tomadas pelos contribuintes.

As opções jurídicas à disposição do contribuinte, com consequências fiscais, «são possíveis pelo princípio da liberdade do sujeito passivo, com raízes na liberdade contratual e, ultimamente, no Direito à propriedade privada, que tem estatuto de direito fundamental na nossa sociedade» (Dias, 2015, p. 5).

Deste modo, Amaral Neto (1989, p. 215) afirma que o

³ Alínea f) do artigo 81º da CRP.

fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediante, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça. Corolário dessa concepção é o negócio jurídico como fonte principal de obrigações. [...] Sob o ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de fazer ou não fazer, ao arbítrio do sujeito, todo o acto não ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjectivos.

A importância desta liberdade é explicada por Leite de Campos e Leite de Campos (2000, p. 154) da seguinte forma:

[n]o Estado-de-Direito democrático a actividade das pessoas, singulares ou colectivas, orienta-se por formas jurídicas em princípio por si livremente criadas e dispostas. O «Direito» com carácter geral e abstracto é criado pelos órgãos competentes do Estado. Mas o «direito interno» dos particulares é criado por estes ao abrigo do seu poder de auto-regulamentação, também denominado liberdade negocial.

Segundo Casalta Nabais (2015, p. 205),

o princípio da livre disponibilidade (económica) dos indivíduos implica, por um lado, que a ordem jurídica da economia garanta uma economia de mercado (ou privada), em que o processo económico caiba primariamente à livre iniciativa individual, e que o estado desempenhe tarefas económicas supletivas ou subsidiárias, isto é, aquelas tarefas que só ele pode desempenhar, ou que ele pode desempenhar melhor do que os agentes económicos privados, em termos de optimização da actividade económica como da minimização do desaproveitamento das forças produtivas.

Devido a este princípio, a Administração Tributária e Aduaneira (AT) não pode limitar ou penalizar as opções fiscais tomadas pelo contribuinte – que são prévias às respectivas consequências fiscais – que resultem de forma involuntária ou voluntária numa menor carga fiscal. Torna-se assim possível aos indivíduos (singulares ou coletivos) celebrar atos jurídicos e não jurídicos segundo critérios de evitação de impostos ou de aforro fiscal, «desde que, por uma tal via, não se violem as leis fiscais, nem se abusem da (liberdade de) configuração jurídica dos factos tributários, provocando evasão fiscal ou fuga aos impostos através de puras manobras ou disfarces jurídicos da realidade económica (tax evasion)» (Casalta Nabais, 2010, p. 127).

2.2. A livre conformação económica e a eleição da forma jurídica

A relação jurídica fiscal desdobra-se em duas partes, que adotam posições opostas. De um lado, temos o sujeito ativo, a quem compete a definição, orientação, lançamento e a cobrança do imposto, por outro lado, encontramos o sujeito passivo, que tem como dever o pagamento do imposto e outras obrigações acessórias (Casalta Nabais, 2010).

Consequentemente, a obrigação de imposto resulta do princípio da legalidade, ou seja, nasce da lei. De forma a entender a natureza da obrigação de imposto e a relevância da vontade do contribuinte na formação da obrigação tributária é necessário analisar os elementos constituintes da norma tributária.

Segundo Alberto Xavier (1981), a lei fiscal é constituída por uma previsão ou hipótese e uma estatuição ou injunção. O primeiro elemento refere-se ao facto ou conjunto de factos de cuja verificação depende a constituição da obrigação de imposto. Por sua vez, a estatuição consiste na própria criação de uma obrigação tributária a cargo do sujeito a quem respeita o facto previsto na norma. O nascimento da obrigação tributária dá-se com a verificação do facto jurídico previsto na norma, e é este facto jurídico constitutivo da obrigação do imposto que denominamos de facto tributário.

O autor (p. 255-256) conclui que a natureza do facto tributário não pode ser restringida a um mero facto voluntário ou negócio jurídico, afirmando

[a]inda que a lei fiscal tenha designado como facto tributário um acto jurídico nunca o considera como tal, antes o valora como simples facto. E isto porque – continua – os efeitos tributários se produzem independente da vontade dos particulares, por força da pura vontade da lei. O mesmo acto jurídico produz assim duas ordens de efeitos paralelos e independentes: efeitos voluntários, enquanto negócio jurídico, nas relações entre particulares; efeitos tributários legais, enquanto mero facto, nas relações entre os particulares e o fisco.

Nesta esfera, a vontade do sujeito passivo não detém qualquer relevância na conformação da relação jurídica que se estabeleceu, ou seja, não tem influência no processo gerador, nasce do encontro do facto gerador ou tributário com a norma de incidência legal, de acordo com o n.º 1 do artigo 36.º da Lei Geral Tributária (LGT). Como resultado, as partes ou o contribuinte ficam impossibilitados de influenciar a formação do aspeto material da relação jurídica, isto é, no facto gerador da obrigação tributária.

Porém, isto não significa que a vontade das partes – do contribuinte em particular – fique totalmente afastada da esfera do tributo. A vontade do contribuinte é, na realidade, aquilo que determina a verificação do próprio facto tributário e aquilo que o configura, pelo que pode influenciar de forma decisiva, senão no processo gerador da obrigação tributária, na aplicação do tributo tal como ele aparece configurado na lei (Clarí, 2002 citada por Costa, 2015)⁴.

Nesta perspetiva, podemos falar da influência da vontade individual no sentido de que, embora a vontade dos particulares seja totalmente irrelevante para o efeito do nascimento da obrigação do imposto, a vontade do contribuinte manifesta-se, apesar disso, na eleição da forma jurídica e, nessa medida, da norma aplicável.

De acordo com o artigo 405.º do Código Civil (CC), quanto à relevância da vontade na formação do conteúdo do negócio, podemos distinguir dentro da liberdade contratual, três concretizações: a liberdade de celebração, a liberdade de estipulação e a liberdade de seleção do tipo negocial.

Conjugando o princípio do Estado fiscal e as liberdades económicas (sobretudo as liberdades de iniciativa económica e de empresa), podemos afirmar que a tributação das empresas se rege, também, pelo princípio constitucional de liberdades de gestão fiscal, consagrado nos artigos 60.º, 80.º, alínea c) e 86.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Segundo o n.º 1 do artigo 61.º da CRP «[a] iniciativa económica exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral». Adicionalmente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também prevê este princípio, estando consagrado no artigo 16.º da Carta que «[é] reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais».

A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido:

por um lado, consiste na liberdade de iniciar uma atividade económica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro, comporta a liberdade de organização, gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). No primeiro sentido, trata-se de um direito pessoal (a exercer individual ou colectivamente); no segundo

⁴ Clarí, M. L. C. (2002). *El problemas del fraude a la ley en el derecho tributario*. Valência: Tirant lo Blanch.

sentido é um direito institucional, um direito da empresa em si mesma (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007, p. 790).

Contudo, esta liberdade pode entrar em conflito com os outros princípios fundamentais. Levada ao extremo, a liberdade negocial tornar-se-ia um direito absoluto, o qual não seria aceitável à luz de uma repartição justa e igual dos tributos no ordenamento jurídico. Deparamo-nos assim com a necessidade de a limitar. Uma fronteira tem de ser fixada, respeitando sempre o princípio da proporcionalidade, de modo a impedir que a sua ação resulte em danos para a coletividade.

2.3. Os limites ao direito da liberdade negocial

Num ordenamento jurídico onde cabe ao contribuinte a interpretação e aplicação da lei, de modo a determinar e quantificar as suas obrigações tributárias, o planeamento fiscal tem um papel indispensável. Por um lado, porque a incorporação do fator fiscal nas decisões implica para o sujeito passivo a previsão antecipada da carga fiscal a que vai estar sujeito. Por outro lado, porque a falta de neutralidade faz com que as opções sobre a estrutura empresarial ou sobre as vias negociais escolhidas pelo contribuinte tenham consequências diversas, mais onerosas ou menos onerosas, do ponto de vista fiscal (Saldanha Sanches, 2006). Contudo, se as falhas de neutralidade forçam o sujeito passivo a considerar as várias opções a ele disponíveis, o princípio da justa distribuição dos encargos implica a existência de limites às suas escolhas e opções.

Segundo Leite de Campos e Costa Andrade (2008, p. 61) esta liberdade «é limitada e delimitada. Limitada internamente por valores ético-jurídicos; delimitada externamente pela esfera jurídica dos outros, nomeadamente do Estado».

Os autores (p. 64) afirmam que

[a] autonomia privada só pode ser exercida livremente como instrumento do livre desenvolvimento da personalidade. Mas só no âmbito desta personalidade e dos bens de toda a ordem que a integram ou lhe são afectos [desde a pessoa física, até aos bens materiais do sustento desta pessoa]. Nesta medida, a pessoa é competente [tem legitimidade “natural”] para se gerir [autogerir]. Gerir-se a si, pessoa e bens, mas não aos outros [pessoas e bens]. Usando uma expressão já bem gasta, diríamos que os limites à liberdade de cada um são os outros.

Como consequência desta invasão na esfera jurídica do «outro», os atos praticados, mesmo quando não são ilícitos, são ineficazes. Os atos praticados com incompetência não produzem os efeitos jurídicos pretendidos na medida em que o seu autor não estava a gerir a sua esfera jurídica, mas sim a de outrem⁵.

De forma a definir os limites desta liberdade, o Estado incorreu por duas vias:

[a] primeira foi a via legislativa: a criação da cláusula geral anti-abuso na Lei Geral Tributária (LGT) introduziu no ordenamento tributário a possibilidade do juízo administrativo sobre a natureza do negócio jurídico escolhido pelo sujeito passivo e sobre a intenção que presidiu a escolha do mesmo. (...) A segunda foi por via judicial: quando o Tribunal Constitucional rejeitou a concepção da tipicidade fechada pronunciando-se sobre o grau de densificação exigível para as normas de previsão, veio permitir o uso pelo legislador de tipos suficientemente abertos para neutralizar as formas mais elementares da fraude à lei fiscal ou de comportamentos abusivos (Saldanha Sanches, 2006, p. 40).

Vivemos numa realidade onde o clima social é dominado por finalidades egoísticas, no sentido que cada contribuinte, apesar de reconhecer a importância do pagamento dos impostos, procura sistematicamente reduzir a sua carga fiscal. Os sujeitos passivos incorrem assim em negócios que, legalmente, mais se adequam aos seus interesses. Servem-se de preceitos que o legislador conscientemente estabeleceu, dado as próprias leis fiscais conterem normas de desagravamento fiscal, exclusões tributárias, deduções específicas, abatimentos à matéria coletável, reporte de prejuízos, isenções fiscais, benefícios fiscais e zonas francas de baixa tributação.

O problema surge quando o contribuinte recorre a expedientes fraudulentos e artificiosos pondo em causa os princípios estruturantes do Direito Fiscal. As consequências destas atitudes «serão distintas quanto maior ou menor for a relação entre a vontade e os meios utilizados pelos contribuintes na elaboração de um determinado esquema, e a sua (des)adequação com a letra da lei ou o seu espírito» (Costa, 2015, p.10).

Esta atitude evasiva conduz à perda de receitas para o Estado, distorções na concorrência e, especialmente, injustiças e desigualdades. Por um lado, quem possui a capacidade de «fugir aos impostos» é menos onerado do que quem, em situação semelhante, não possui

⁵ É esta falta de legitimidade que justifica a aplicação da CGAA nos atos e negócios previstos no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

os mesmos mecanismos. A fuga em massa aos impostos conduz ao aumento de tributação de quem os suporta de modo a compensar a porção não cobrada. Deste modo as receitas públicas são comprimidas, privando o Estado dos meios necessários à execução dos serviços a ele competentes, é violado o princípio da igualdade tributária e a distribuição dos encargos tributários segundo a capacidade contributiva do indivíduo não se verifica.

Concluimos assim, que a liberdade negocial não pode ser uma liberdade irrestrita do cidadão. Devem ser estabelecidos limites tendo em conta a solidariedade, pois, caso contrário, a autonomia privada absoluta conduziria à eliminação dos mais fracos e à eliminação da própria autonomia privada.

3. A forma, a substância e a lei fiscal

3.1. A segurança jurídica e a construção da lei fiscal

O princípio da segurança jurídica, «no seu plano material, determina que os cidadãos devem poder confiar no poder legislativo e na vinculação do Estado aos deveres de boa-fé, de cumprimento substantivo das normas, de lealdade e respeito pelos particulares» (Ferreira, 2015, p. 6).

A questão da segurança jurídica não é um problema apenas recorrente no Direito Fiscal, mas sim, «um problema do conjunto da ordem jurídica na relação comunicativa que estabelece com os cidadãos e que permite a estes tomarem as suas decisões com possibilidade de previsão das consequências» (Saldanha Sanches, 2007, p. 169). A única especificidade que pode ser associada ao Direito Fiscal é apenas uma manifestação mais intensa desta necessidade, devido à intromissão deste ramo de Direito na esfera privada dos sujeitos passivos.

De acordo com Canotilho (2003, p. 257), a segurança jurídica exige que as normas fiscais sejam providas de fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência de modo a que «o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos». Porém, o princípio de segurança jurídica ultrapassa este preceito constitucional, continuando a ser necessário «tutelar a confiança dos contribuintes depositada na actuação dos órgãos do Estado» (Casalta Nabais, 2011, p. 145).

Este princípio está interligado com a legitimação democrática da lei, pois, os cidadãos só concordarão com uma norma se lhes for possibilitado saber os resultados práticos que ela vai produzir, dependendo a democracia «de um consenso estável e comunitariamente partilhado acerca dos resultados proporcionados pelo direito» (Hespanha, 2009, p. 203). Estes princípios convergem para um único sentido – assegurar a racionalidade dos comportamentos privados – tendo como condição «a previsibilidade da lei fiscal e das decisões administrativas e judiciais que vão aplicar e a calculabilidade dos encargos tributários» (Saldanha Sanches, 2007, p. 170)⁶.

Porém, atualmente, as leis fiscais são um dos setores onde mais intensamente se verifica a variabilidade estrutural do ordenamento jurídico e um dos setores do ordenamento jurídico onde estas alterações podem criar profundos problemas de adaptação para a atividade dos agentes económicos. Uma das causas para esta inconstância é a crescente complexidade do inter-relacionamento entre a realidade económica e a lei fiscal, nomeadamente a intensa revolução da realidade económica e as mudanças induzidas pelas tentativas de usar de forma positiva as oportunidades produzidas pela norma fiscal. Adicionalmente, o surgimento de lacunas – como, por exemplo, a oneração mais intensa de certos indivíduos, certas empresas ou certos ramos de atividade económica – e de incertezas de aplicação conduzem à necessidade de uma mudança legislativa.

Devido à importância da determinabilidade da lei no direito fiscal, anteriormente, a doutrina defendeu que o direito tributário deveria ser guiado por uma tipologia normativa, sendo que o facto tributário deveria ajustar-se em absoluto, ao tipo abstrato, só assim havendo lugar à tributação (Xavier, 1978).

Para a obtenção da segurança jurídica por esta via, necessitaríamos de normas que descrevessem todos os possíveis factos tributários, pois, só teríamos segurança jurídica se o modo como a lei fosse redigida e o modo como ela fosse aplicada assegurassem uma absoluta predeterminação da decisão administrativa. Como consequência,

⁶ A justiça tributária tem, assim, uma vertente económica, dado o ordenamento jurídico integrar e exprimir uma certa ordem económica, sendo um resultado direto do grau e da intensidade da intervenção do Estado na economia (Saldanha Sanches, 2007). As decisões são assim dependentes do grau de estabilidade que os princípios sobre a produção de normas fiscais e os princípios constitucionais sobre a conformação do legislador conferem ao sistema fiscal.

teríamos o princípio da aplicação literal da lei fiscal e o princípio da tipicidade fechada articulados num todo coerente que permitiria garantir a integral predeterminação administrativa na aplicação da lei fiscal. A interpretação literal seria tornada possível e necessária porque, no trabalho de previsão normativa, o legislador havia procedido a uma prévia descrição das situações susceptíveis de produção de uma obrigação tributária. A lei conteria uma descrição prévia, pormenorizada e inequívoca dos negócios jurídicos ou das peculiares circunstâncias que se pretende ver tributadas (Saldanha Sanches, 2006, p. 30).

A obtenção de segurança na aplicação da lei fiscal seria feita por «mera decisão da norma, limitando-se o órgão de aplicação de direito a nela subsumir o facto tributário» (Xavier, 1978, p. 37).

Porém, a defesa da tipicidade fechada, que impunha uma absoluta e inviolável clareza às normas, foi superada por dois argumentos essenciais. Por um lado, o nível de segurança jurídica que o princípio impõe é impossível. Zippelius (1997, p. 388) explica que a exigência de normas claras e precisas encontra «um limite no facto de a maioria dos conceitos jurídicos não ser exactamente determinável em termos semânticos». Por outro lado, o legislador é incapaz «de pré-determinar exactamente, por normas gerais, uma decisão justa para todos os momentos da vida» (p. 388-389).

Assim, podemos afirmar que um ordenamento jurídico caracterizado pelo princípio da tipicidade fechada levaria à insegurança jurídica, dado que

a aplicação efectiva deste princípio no Direito Fiscal exigiria mudanças constantes na lei fiscal, com o legislador a procurar perpetuamente, e sem nunca o conseguir, acompanhar as evoluções formais e materiais dos negócios jurídicos, verificadas quer por razões legítimas, quer por acrescidas razões de redução da carga fiscal. Ou, em alternativa, levaria a uma aceitação resignada, por parte do legislador fiscal, de uma não aplicação da lei pelo recurso sistemático a construções negociais que impediriam a sua vigência efectiva (Saldanha Sanches, 2006, p. 40).

Zippelius acrescenta (1997, p. 389), que «[o] esforço de regulamentar tudo e mais alguma coisa até aos pormenores, conduz à inflamação normativa, que diminui também a transparência e, desta forma, a eficácia do direito. Um direito já não inteiramente compreensível converte-se inevitavelmente em direito já não inteiramente observado».

Atualmente, o processo de construção da norma

é elaborado com base na experiência passada e procura realizar a representação, num juízo de prognose, de um conjunto de factos que servem para a predeterminação possível do conteúdo da lei, nomeadamente de situações que poderão conter uma substância idêntica – no sentido de identidade ou equivalência de efeitos jurídicos – e que podem ter formas jurídicas muito variadas, sempre com a consciência de que jamais poderá prever todas as formas e situações possíveis (Saldanha Sanches, 2006, p. 38).

É necessário ressaltar que esta abrangência da lei tem um limite. Devido à sua função no ordenamento jurídico-tributário, a lei, mesmo quando recorre a conceitos dotados de um grau de indeterminação, terá imperativamente de ser suficientemente determinada para permitir o apuramento do seu sentido e, conseqüentemente, a sua aplicação.

Quanto à admissão de conceitos indeterminados no Direito Fiscal, o Tribunal Constitucional (TC)⁷ decidiu que a exigência de densificação e descrição das leis fiscais deve ser pormenorizada o suficiente para conferir previsibilidade à atuação tributária, tendo concluído que

o emprego de conceitos amplos e por vezes indeterminados – os únicos que garantem a plasticidade que possibilite a adaptação ao constante aparecimento de novas situações que, substancialmente iguais a outras já tributadas, não sejam ainda formalmente descritas com precisão, não deixa [...] de se poder louvar no cumprimento do mandato de igualdade em sentido material, não permitindo o aparecimento constante de refúgios de evitação fiscal.

Deste modo, o emprego de conceitos gerais por parte do legislador não compromete necessariamente a compreensão dos factos sujeitos a imposto por parte do destinatário normal, nem viola o princípio da legalidade tributária, desde que a atuação da AT seja controlada pelo competente tribunal administrativo e tributário (Ferreira, 2015).

3.2. Interpretação das normas fiscais

3.2.1. Particularismos da interpretação das normas fiscais

Quando abordamos o tema da interpretação da lei fiscal somos deparados com algumas problemáticas, nomeadamente se é possível «um sistema que dispensaria a interpretação da lei como uma parte integrante do processo da sua aplicação» (Saldanha Sanches, 2007, p.

⁷ No acórdão n.º756/95, de 27 de março de 1996.

133). Adicionalmente, «[p]õe-se a questão de saber se a natureza, as características, das normas fiscais, ou de algumas delas, não imporão regras próprias de interpretação que a cada ramo de Direito hão-de caber sempre, em maior ou menor medida, regras próprias de interpretação» (Martinez, 2003, p. 132).

Quanto à primeira questão, Saldanha Sanches (2007, p. 134) afirma que a resposta tem de ser negativa, pois entende que

a recusa da interpretação como pretensa homenagem à segurança jurídica não é metodologicamente sustentável: a interpretação da norma jurídica está estritamente ligada à sua aplicação, à aplicação de qualquer norma jurídica, pois a sua aplicação não é possível sem que haja uma qualquer interpretação. E se isto é exacto para o conjunto da ordem jurídica, ainda o é de forma mais intensa num domínio como o da aplicação da lei fiscal, que deverá ter como alvo factos tributários integrados numa sociedade e numa economia cada vez mais complexas.

Por isso, se desejamos ter um ordenamento jurídico-tributário que não seja facilmente defraudado por qualquer habilidade do sujeito passivo,

ou aceitamos a interpretação das normas sem a falsa segurança jurídica atribuída pela interpretação literal ou, alternativa, temos um sistema constituído por normas fiscais com um grau de abertura na previsão normativa tão elevado que [...] acarretarão consequências juridicamente inaceitáveis (Saldanha Sanches, 2006, p. 49).

Concluimos assim, que a interpretação da norma, segundo os padrões de interpretação em vigor no ordenamento jurídico, é o modo mais adequado para a concretização dos princípios que devem estruturar o ordenamento jurídico.

Quanto à necessidade de regras especiais de interpretação no âmbito do Direito Fiscal, parecemos ter chegado a um consenso. A interpretação das leis fiscais constituía, tradicionalmente, um dos pilares do Direito Fiscal, com regras próprias de interpretação, de forma a proteger os contribuintes da intromissão do Estado, sob a forma de imposto, no património dos cidadãos. Atualmente, esta capacidade de intromissão é condicionada não só pelos direitos humanos, como também pelas liberdades fundamentais e pelo objetivo da justa repartição dos encargos tributários. Porém, Saldanha Sanches (2007, p. 44) ressalva que,

o Direito Fiscal, concebido como um conjunto de regras que têm como objectivo conseguir a correcta distribuição dos encargos tributários, carecerá necessariamente de princípios de interpretação que não se encontram apenas funcionalmente orientados

para a mera defesa do cidadão face ao Estado: a obtenção da justiça social concebida principalmente como uma relação inter-cidadãos – o problema jurídico-constitucional da distribuição dos encargos tributários – obriga-nos a colocar de forma diversa os princípios da lei fiscal. E aqui encontramos o limite para a especificidade do Direito Fiscal nos mecanismos de aplicação da lei.

E, assim como em qualquer outra área do Direito que adquiriu alguma autonomia, encontramos problemas específicos da aplicação da lei no Direito Fiscal. De modo a atingir um equilíbrio entre as teses favoráveis ao Estado e aos contribuintes, parece prevalecer na doutrina, na jurisprudência e até nas legislações o entendimento segundo o qual as normas devem ser interpretadas como quaisquer outras normas. Este entendimento «baseia-se na ideia de que o Direito Fiscal não é limitativo das liberdades, nem de carácter excepcional, mas sim um ramo de Direito como qualquer outro, e, por isso, constituído por normas que deverão ser interpretadas como quaisquer outras também» (Martinez, 2003, p. 140). A negação de regras especiais conduz a uma «uniformidade» do ordenamento jurídico, permitindo concluir que a unidade do sistema jurídico e a natureza fundamentalmente comum dos problemas que surgem no Direito Fiscal, e em outros ramos do Direito «fazem com que a adopção de princípios interpretativos com a aplicação apenas nas relações tributárias dificilmente seja compatível com a unidade sistemática que deve ser procurada para este ramo de Direito» (Saldanha Sanches, 2007, p. 135).

3.2.2. As regras de interpretação e aplicação da norma fiscal

Como dito anteriormente, a ideologia dominante na doutrina é que a interpretação da lei fiscal não reveste qualquer especificidade, sendo regida pelos critérios tradicionais constantes no artigo 9.º do CC. Vasques (2011, p. 307), aponta que «[o] intérprete não deve, assim, cingir-se à letra da lei fiscal, mas reconstituir aqui também, a partir dos textos, o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada». Ou seja, «[t]ambém o intérprete das lei fiscais, como o de quaisquer outras normas jurídicas, terá de fixar o respectivo sentido, conjugando o “elemento gramatical” com o “elemento lógico”, ou “teleológico”, incluindo os aspectos racional, sistemático e histórico». (Martinez, 1993, p. 132).

Com a edição da LGT, foram fixadas pela primeira vez as regras gerais de interpretação da lei fiscal, dispondo o seu artigo 11.º o seguinte:

1. Na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e princípios gerais da interpretação e aplicação das leis.
2. Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei.
3. Persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários.
4. As lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva da lei da Assembleia da República não são suscetíveis de integração analógica.

O que se encontra estabelecido no referido n.º1 do artigo 11.º é a reafirmação da aplicação ao Direito Fiscal dos princípios gerais de interpretação consagrados no CC, e corresponde ao que já era, como referido anteriormente, a corrente dominante da doutrina e da jurisprudência.

Relativamente ao princípio de que os termos próprios de outros ramos de Direito devem manter o seu sentido originário salvo quando as razões do Direito Fiscal imponham outra solução, «determinando num outro sentido, a chamada prevalência do Direito Civil» (Saldanha Sanches, 2007, p. 142), já era a conceção predominantemente defendida pela doutrina e, por isso, Vasques (2011, p. 308) afirma que «talvez dispensasse explicitação na LGT».

Nesta temática existe consenso, pois, como explicado por Saldanha Sanches (2007, p. 142),

[d]o ponto de vista metodológico, procurar que os conceitos jurídicos possam ter o mesmo sentido nos diversos campos de Direito é esquecer que os conceitos jurídicos são construídos com um “tecido normativo”, exprimem valorações jurídicas próprias, têm funções ordenadoras e, por isso, o seu significado é relacional, dependendo do contexto em que estão inseridos. Além de que, se a previsão normativa fosse construída com base em contratos típicos, com o rigor de precisão que conhecemos no Direito Civil, de modo a que qualquer negócio jurídico pudesse ser integrado com toda a precisão no conjunto daqueles negócios jurídicos previstos na lei fiscal ou no conjunto daqueles que não são objecto de previsão normativa, bastaria recorrer a estes últimos para evitar a tributação. Por isso, o legislador fiscal procura utilizar conceitos formulados de forma mais ampla.

O n.º 3 deste artigo trata-se de um comando interpretativo excecional, baseado na ideia geral na LGT de que

o Direito fiscal visa realidades económicas e não factos jurídicos. Concepção com base na qual o intérprete da norma podia contrapor uma configuração jurídica (resultante da definição jurídica de um factos económico), a um facto económico, considerando este como complemento originário da “realidade” extranormativa. Esquecendo deliberadamente o “instrumento” através do qual o facto económico se transforma em elemento do tipo legal tributário. E conduzindo ao “enquinhamento” económico da pesquisa e, assim, da interpretação da norma (Leite de Campos, Rodrigues, Lopes de Sousa, 1998, p. 56).

De acordo com a letra da lei, após o uso dos critérios normais de interpretação, e «persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar», só aqui se deverá atender «à substância económica dos factos tributários».

Podemos concluir, em primeiro lugar, que «embora se possa inserir esta norma dentro da perspectiva de “predomínio da substância económica”, a sua aplicação, apenas em casos limite, não determina que a substância económica se sobreponha sempre à forma jurídica. Se não persistirem dúvidas, será esta última a que prevalecerá» (Freitas Pereira, 2013, p. 201).⁸ Deste modo, no ordenamento português não se tem «em conta apenas, e sem restrições, o resultado económico de certas operações, sem atender à forma jurídica, mesmo quando essa diferença de forma corresponde à diferença de natureza de certas relações jurídicas» (Saldanha Sanches, 2007, p. 144).

Adicionalmente, é necessário referir que a consideração da substância económica nem sempre significa o favorecimento do Fisco. Pode resultar ou não, tudo dependendo dos casos em questão, sendo que os contribuintes a podem invocar. Vasques (2011, p. 309) entende que o legislador faz alusão à «substância económica dos factos tributários», procurando chamar à atenção do intérprete «o elemento finalístico da lei fiscal, em particular, para o objectivo prototípico de todas as normas de incidência que é o de levar a cabo uma repartição dos encargos tributários em conformidade com o princípio da igualdade». Ou seja, o intérprete deve ter em consideração o princípio da igualdade e o

⁸ Freitas Pereira (2013, p. 201-202) ressalva que o legislador português «não consagrou aqui, diretamente, o predomínio da substância sobre a forma (“substance over form”), princípio bem conhecido de outros ordenamentos jurídicos e, em alguns casos, já consagrado no direito fiscal português», como por exemplo, o n.º 10 do artigo 49.º do CIRC e o n.º 8 do artigo 5.º do CIRS.

facto de que os propósitos da igualdade tributária podem atribuir à norma um significado diferente do que a sua letra.

Freitas Pereira (2013, p. 202) acrescenta, explicando que,

[é] certo que, tendo em conta a realidade das coisas, em que através de uma roupagem formal jurídica fiscalmente menos onerosa se acobertam realidades económicas que são visadas pelo imposto de acordo com o princípio da igualdade tributária, será talvez mais frequente o contrário, ou seja que a consideração da “substância económica” seja reclamada pelo Fisco. Mas insiste-se, ao abrigo desta norma, ele só o poderá fazer em casos de, aplicados os princípios gerais de interpretação das leis, persistirem dúvidas.

Considera-se por isso, que o n.º 3 do artigo 11.º da LGT não funciona como uma norma geral anti abuso, não podendo, por isso, substituí-la nem às cláusulas especiais com o mesmo propósito vigentes no ordenamento jurídico português. Nessas cláusulas não estamos perante dúvidas de interpretação, mas sim de normas que estabelecem, em determinados casos, determinadas qualificações ou requalificações, com as consequências fiscais associadas.

A proibição da aplicação analógica das normas, à qual se refere o n.º 4 do artigo 11.º da LGT, «é matéria relativamente à qual se compreende que a Lei Geral Tributária faça algo mais do que a mera remissão para os princípios gerais do direito civil» (Vasques, 2011, p. 309)⁹.

Quanto à aplicação da analogia no âmbito do Direito Fiscal, a aplicação de uma norma tributária a um caso omissis na lei fiscal suscita questões de grande delicadeza, dado incidir na tensão entre dois interesses subjacentes ao princípio da legalidade: a igualdade tributária e a segurança jurídica.

Porque, enquanto o princípio da igualdade tributária recomenda a integração da lei fiscal por recurso da analogia,

⁹ O CC enuncia no seu artigo 10.º que os casos não previstos pela lei «são regulamentados segundo a norma aplicável aos casos análogos», considerando-se haver analogia «sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei». Caso não haja caso análogo, a situação deve ser resolvida «segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema».

pois, se o legislador, baseando-se na capacidade contributiva, determinou expressamente a tributação do rendimento A mas exprimiu-se em termos quais deixou de onerar o rendimento B, sendo que um e outro são reveladores da mesma riqueza, existe uma clara lacuna na lei e a analogia surge como o método apropriado para colmatá-la e dar concretização à igualdade tributária (Vasques, 2011, p. 309)

o princípio da segurança jurídica defende que

o carácter ablativo dos tributos públicos confere especial relevo aos valores da segurança e da previsibilidade, a tal ponto que choca as mais das vezes admitir que os titulares do rendimento A ou da mercadoria B sejam tributados com mero fundamento em lei que pelas mesmas razões onera os titulares do rendimento C ou a mercadoria D (p. 310).

Porém, porque o princípio da segurança jurídica se impõe sobre o princípio da igualdade, a integração de lacunas por meio de analogia resulta vedada no domínio tributado. Esta sobreposição legitima uma interpretação mais ligada ao texto, o que «evitará, na conjuntura portuguesa, alargamentos abusivos do sentido das normas. Alargamentos dirigidos à luta contra a fraude fiscal que nada mais será do que a luta contra aqueles cujos comportamentos a Administração reprova, porque não servem os “seus interesses” auto-definidos» (Leite de Campos, 1999, p. 25).

Após esta análise podemos concluir que o constante desenvolvimento económico traz inúmeros problemas na esfera na previsão e construção normativa. Sendo o legislador incapaz de prever taxativamente todas as situações possíveis, surgem (compreensivamente) dúvidas quanto ao sentido e alcance de conceitos jurídicos quando: os mesmos são transversais a vários ramos de Direito e, em cada um deles adquire um sentido próprio; a sua conceção é doutrinariamente controversa, ou; o seu emprego usual não é coincidente.

Aproveitando-se destas incertezas, o contribuinte utiliza figuras jurídicas que tradicionalmente não são empregues na sua situação mas, porém, lhe permitem atingir o objetivo económico pretendido e lhe possibilitam um tratamento fiscal favorável.

A interpretação das leis fiscais atendendo à substância económica torna-se um meio de combate ao planeamento fiscal abusivo pela possibilidade de mobilização «como elemento corretivo da tributação em caso de violação do princípio da igualdade, por manifestações idênticas de capacidade contributiva ser tratadas discriminatoriamente pela lei fiscal» (Guerreiro, 2000, p.66).

4. A doutrina da prevalência da substância sobre a forma

4.1. Origem e principais marcos jurisprudenciais

A doutrina (ou princípio) da prevalência da substância sobre a forma surgiu nos Estados Unidos da América e é uma ferramenta interpretativa judicial que permite à autoridade tributária e aos tribunais exigirem mais do que o cumprimento literal da lei (Jellum, 2014, p. 595). Esta doutrina procura que seja a substância das transações, e não a forma legal adotada, que determine a incidência do imposto e, conseqüentemente, a carga tributária do contribuinte.

A prevalência da substância sobre a forma é, maioritariamente, aplicada pelo Estado (Administração Tributária) quando o contribuinte escolhe uma forma que não só difere daquela que seria consentânea com a substância do negócio jurídico, mas, outrossim, possibilita a obtenção de uma vantagem fiscal que, normalmente, não seria possível se a forma adotada fosse consistente com a substância económica da transação. No seu relatório sobre *tax shelters* de 1999, o Departamento do Tesouro americano indicou:

[g]enerally, the tax results arising from a transaction (or series of transactions) are obvious, uncontroverted, and based on the “form” of the transactions the taxpayer has chosen, in some rare (but important) cases, however, the “substance” of a particular transaction produces tax results that are inconsistent with its “form” as embodied in its underlying documentation... under the substance-over-form doctrine, the IRS and the courts may recharacterize a transaction on accordance with its substance, if the substance of the transaction is demonstrably contrary to the form.

Com efeito, a aplicação desta doutrina é desencadeada quando a substância económica da transação difere da sua forma, estando os tribunais habilitados a «re-characterize a transaction in accordance with its true substance if such substance is demonstrably contrary to its outward form» (Keinan, 2007, p. 52).

A doutrina da prevalência da substância sobre a forma é entendida como sendo *the most common law doctrine*, de onde quatro outras doutrinas emergiram: a *business purpose doctrine*, a *sham transaction doctrine*, a *economic substance doctrine* e, por fim, a *step transaction doctrine*.

No início da década de 1920, o Supremo Tribunal americano refletiu acerca da superioridade da substância sobre a forma pela primeira vez e estabeleceu-a como sendo um princípio fulcral do direito fiscal:

[w]e recognize the importance of regarding matters of substance and disregarding forms in applying the provisions of the Sixteenth Amendment and income tax laws enacted thereunder». In a number of cases we have under varying conditions followed the rule.¹⁰

Questions of taxation must be determined by viewing what as actually done, rather than the declared purpose of the participants [...] [and w]hen applying the [provisions of the] Sixteenth Amendment and income tax laws enacted [thereunder] we must regard matters of substance and not mere form.¹¹ (Knight e Knight, 1961, p. 91)

A partir deste momento podemos encontrar todos os marcos-históricos quanto ao desenvolvimento, expansão e integração da prevalência da substância sobre a forma na lei fiscal nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal americano: Gregory v. Helvering¹², Higgins v. Smith¹³, Commissioner v. Court Holding¹⁴ e muitos mais.

4.1.1. Gregory v. Helvering

«The Gregory case, which is undoubtedly the most cited in the entire field of taxation, means “all things to all men”» (Donaldson, 1964, p. 43).

Neste caso, Evelyn Gregory possuía uma empresa chamada «United Mortgage Corporation» («United Mortgage»), que, por sua vez, possuía um bloco de 1.000 ações de uma outra entidade, «Monitor Securities Corporation» («Monitor»).

Em 1928, tornou-se possível alienar os títulos da «Monitor» a um preço bastante elevado. Porém, se esta fosse feita diretamente, a «United Mortgage» seria tributada pelo rendimento auferido, e a contribuinte, se quisesse receber o rendimento que a ela lhe pertencia, teria de o fazer sob a forma de dividendo que iria ser tributado também.

¹⁰ United States v. Phellis, 257 U.S. 156, 168 (1921).

¹¹ Weiss v. Stearn, 265 U.S. 242, 242, (1924).

¹² Helvering v. Gregory, 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934).

¹³ Higgins v. Smith, 308 U.S. 473 (1940).

¹⁴ Commissioner v. Court Holding Co., 324 U.S. 331 (1945).

De modo a reduzir a tributação ao máximo possível, o seguinte plano foi elaborado: Evelyn Gregory criou uma terceira empresa denominada «Averill Corporation», para a qual a «United Mortgage» transferiu todas as suas ações da «Monitor» emitidas no nome da contribuinte. Três dias depois da transferência Gregory liquidou a Averill Company, recebeu como dividendo da liquidação as ações da «Monitor» e procedeu à alienação das mesmas.

Tornou-se claro que todas estas «manobras» tinham um único propósito – a redução dos impostos – e que «Averill Corporation», que apenas existiu durante três dias, não realizava nem nunca se esperou que realizasse nenhuma atividade económica exceto receber e transferir estas ações.

Aquando da declaração dos seus impostos, Evelyn Gregory invocou que a transferência das ações da «Monitor» para a «Averill Corporation» era uma reorganização de acordo com a seção 12 do *Revenue Act* de 1928, dado ser «a transfer by a corporation of a part of its assets to another corporation [onde] the transferor or its stockholders or both are in control of the corporation to which the assets are transferred». Sendo a transferência dos títulos uma reorganização empresarial, a contribuinte defendeu que o seu ganho não deveria ser tido em conta na contabilização dos seus rendimentos porque as suas ações da «Averill Corporation» foram distribuídas no contexto de uma reorganização societária. As ações da «Monitor» foram por ela recebidas sob a forma de um dividendo de liquidação e, por isso, apenas podiam ser taxadas sobre a diferença de valor entre estas e o custo das ações da «Averill Corporation».

O Internal Revenue Service, autoridade tributária norte-americana, considerou que não existiam propósitos comerciais legítimos para a reorganização comercial, tornando esta vazia de substância económica. Entendeu, então, que a contribuinte deveria ser tributada como se a «United Mortgage» lhe tivesse pago dividendos – os quais consistiam no montante resultante da alienação das ações desta – ignorando assim a transferência dos títulos de uma entidade para outra.

Evelyn Gregory reagiu contra a decisão, vendo a sua posição apoiada pela Board of Tax Appeals de primeira instância, que, defendendo uma interpretação literal da lei, entendeu que não verificada a violação das normas fiscais, deveria ser aplicado o estatuto de isenção da reorganização empresarial.

O United States Court of Appeals for the Second Circuit, chamado a pronunciar-se em segunda instância, rejeitou a interpretação literal da lei e reviu a decisão anterior.

Apesar de não concordar com a posição tomada pelo Internal Revenue Service, afirmando que as transações e a empresa criada eram reais e por isso não poderiam ser consideradas nulas, o juiz Hand entendeu que o estatuto pressupunha a continuação da atividade empresarial, o que não é verificado no caso em estudo.

Hand determinou que o Congresso nunca teve a intenção de abranger este tipo de reorganização empresarial na isenção e, por isso, Evelyn Gregory recebeu um dividendo sujeito a tributação.

O juiz tendo em consideração a intenção do Congresso, aplicou o *business purpose test* e determinou que os requisitos implícitos na lei não eram verificados. Esta foi a primeira vez que um juiz apresentou a ideia de *business purpose test* e advogou contra uma interpretação literal da lei fiscal.

Porém Hand justificou que a sua posição não era baseada no facto de estarmos perante um esquema de planeamento fiscal, afirmando que

[a] transaction, otherwise within an exception of the tax law, does not lose its immunity, because it is actuated by a desire to avoid, or, if one choose, to evade, taxation. Anyone may so arrange his affair that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the treasury; there is not even a patriotic duty to increase one`s taxes.

Continuando inconformada com a deliberação a contribuinte levou o caso para o Supremo Tribunal, onde este concordou com as considerações tomadas pelo Court of Appeals of the Second Circuit, reafirmando que «[t]he legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted. But the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended».

Comparando o intuito por detrás da legislação com a reorganização empresarial realizada por Gregory, foi claro ao Tribunal que estávamos perante uma operação empresarial vazia de substância económica.

Em consequência deste entendimento o Tribunal proferiu o seguinte:

[t]he whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate

reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose.

Comparando a realidade e o artifício formal, o Tribunal considerou que a interpretação deste caso apenas poderia ser uma: o único objetivo do negócio, embora conduzido nos limites da lei, seria a transposição dissimulada da reorganização societária de uma forma elaborada e errônea, não podendo assim ser aceite.

Esta decisão é considerada como um marco histórico na concepção jurisprudencial das limitações ao planejamento fiscal. Não obstante reconhecer o direito do contribuinte de planejar a sua atividade de modo a diminuir a sua carga tributária, as figuras jurídicas escolhidas pelo contribuinte para atingir essa meta devem respeitar o sentido e função originários, condenando-se o abuso da forma que vise apenas considerar a arrecadação fiscal em detrimento da repartição justa dos encargos do Estado social de Direito.

4.1.2. Higgins v. Smith

Cinco anos após a decisão de Gregory, o Supremo Tribunal voltou a pronunciar-se acerca da problemática da prevalência da substância sobre a forma em Higgins v. Smith.

A questão em apreço era se um contribuinte poderia deduzir uma menos-valia resultante da venda de ações a uma entidade, o qual era o único acionista, e, conseqüentemente, possuía o total controlo da entidade.

A autoridade tributária americana, defendendo a impossibilidade de deduzir a perda, sustentou a sua posição arguindo que o caso Gregory defendia a «natural conclusion that transactions, which do not vary control or change the flow of economic benefits, are to be dismissed from consideration».

Em oposição, o contribuinte invocou o caso Burnet v. Commonwealth Improvement Co., onde o tribunal proferiu que uma empresa totalmente controlada pelo contribuinte era tributada no ganho obtido na venda das suas ações ao seu único acionista, apoiando também a dedução da menos-valia.

O Supremo Tribunal concordou que à luz do caso Commonwealth Improvement era necessário reconhecer o acionista e a empresa como duas figuras distintas, porém, quando

surge uma vantagem fiscal, o Estado não é obrigado a aceitar a forma escolhida pelo sujeito passivo. Isto é, «[t]he Government may look at actualities, and, upon determination that the form employed for doing business or carrying out the challenged tax event is unreal or a sham, may sustain or disregard the effect of the fiction, as best serves the purposes of the tax statute». Realçando que «the command of income and its benefits [...] marks the real owner of property», o Tribunal confirmou a ilegitimidade da dedução da perda sofrida pelo contribuinte.

4.1.3. Commissioner v. Court Holding Co.

Decisões subsequentes encontraram em Gregory um dever de combater *bad features* de certas transações, por mais firmes que estejam ancoradas na legislação fiscal.

O caso Commissioner v. Court Holding Co. envolveu o uso dos acionistas como meio de realizar a alienação de um ativo pertencente à empresa.

Em 1934, Minnie Miller e o seu marido fundaram uma empresa, tendo esta como única atividade a compra de um edifício. No período compreendido entre outubro de 1939 e fevereiro de 1940, estando o edifício sob o domínio da empresa, as negociações da sua alienação ocorreram entre a entidade e os locatários, bem como a irmã e o cunhado dos mesmos.

Assim, um contrato oral foi elaborado onde foram estabelecidos os termos e condições da venda e, a 22 de fevereiro de 1940, as partes elaboraram o contrato por escrito. O vendedor foi então informado pelo advogado da empresa que a venda naqueles termos não poderia ocorrer, dado que acarretava um imposto de grandes dimensões a ser suportado pela entidade. No dia seguinte, a empresa liquidou todos os seus ativos, sendo o edifício transferido para os seus acionistas.

O contrato de venda foi elaborado, apontando os Millers como vendedores e a irmã dos locatários como a compradora e, incluindo de forma substancial, os mesmos termos e condições anteriormente estabelecidos. Três dias depois, a propriedade foi transferida para a irmã dos arrendatários.

O tribunal fiscal analisando os factos, concluiu que apesar da declaração da liquidação da empresa e a posterior transferência do título legal, esta entidade não abandonou o processo de negociação da venda do ativo. Estas foram meras formalidades «to make the transaction appear to be other than what it was» de modo a evitar a incidência do imposto.

Em oposição, o tribunal de recurso ao ser chamado a pronunciar-se acerca do caso, entendeu que os factos levavam à conclusão que a empresa cancelou a venda e que a alienação realizada pelos acionistas era independente das negociações anteriores.

Em última instância, o Supremo Tribunal entendeu que perante as evidências apresentadas, o tribunal fiscal teve razão em atribuir o rendimento da venda do edifício à empresa. Com vista a justificar a sua decisão, foi proferido o seguinte:

[t]he incidence of taxation depends upon the substance of a transaction. The tax consequences which arise from gains from a sale of property are not finally to be determined solely by the means employed to transfer legal title. Rather, the transaction must be viewed as a whole, and each step, from the commencement of negotiations to the consummation of the sale, is relevant. A sale by one person cannot be transformed for tax purposes into a sale by another by using the latter as a conduit through which to pass title. To permit the true nature of a transaction to be disguised by mere formalisms which exist solely to alter tax liabilities would seriously impair the effective administration of the tax policies of Congress.

As decisões judiciais tomadas mais tarde, onde estes três casos são citados não elaboram (inovam) no seu conteúdo, porém, apoiam-se neles de forma a justificar certos aspetos. Assim, invocam o princípio da substância sobre a forma como princípio fundamental e depois implementam-no através de doutrinas mais específicas (Sancilio, 2013).

4.2. Tipo de transações tipicamente afetadas pela doutrina da prevalência da substância sobre a forma

A doutrina da substância sobre a forma é frequentemente invocada em transações realizadas entre *related parties*, dado que estas são, por norma, estruturadas como um mero mecanismo para evitar a tributação. Como proferido por Bitker (1978, p. 707),

the substance-over-form doctrine is invoked by the government with greatest success when the transaction under examination entails self-dealing, since in these circumstances the form used often has minimal, if any, nontax consequences and is therefore often chosen solely because it is expected to reduce taxes.

Um exemplo deste tipo de transação, com características semelhantes a *Higgins v. Smith*, é o caso *McWilliams v. Commissioner*¹⁵. Neste caso, um casal de contribuintes realizaram

¹⁵ *McWilliams v. Commissioner* 331 U.S. at 454.

um conjunto de transações com o único objetivo de criar menos-valias. Enquanto um membro do casal vendia as suas ações a um comprador independente, o outro comprava o mesmo montante de ações a outro vendedor independente. Apresentando declarações de rendimentos separadas, os contribuintes deduziram as suas perdas resultantes da alienação das ações, não tendo o governo aceite esta dedução. O Supremo Tribunal americano entendeu que a venda de *stock* a terceiros foi feita de boa-fé. Contudo, concluiu que a substância das transações era uma venda indireta entre membros da família e assim negou o direito de dedução das menos-valias. O Tribunal também salientou que «*securities transactions have been the most common vehicle for the creation of intra-family losses*».

Com efeito, as transações *at arm's length*¹⁶ entre o contribuinte e outros sujeitos passivos são menos subjetivas à aplicação da doutrina da prevalência da substância sobre a forma por parte do Estado. Por razões não fiscais, ambas as partes (geralmente) expressam os seus interesses nos documentos, de modo a que a figura legal escolhida corresponda à substância da sua transação. Este encontro entre forma e substância é promovido pelos diferentes interesses das partes envolvidas. Assim, quando uma empresa paga a um colaborador pelo seu serviço, o desejo de deduzir o pagamento como despesa da empresa levará o empregador a resistir às sugestões do destinatário que o pagamento seja disfarçado como um presente isento de impostos em vez de salário tributável.

Esta oposição de interesses não significa que a forma adotada pelas partes numa transação *at arm's length* seja sempre a correta. Uma negociação mais complexa pode ocorrer quando as partes esperam ser taxadas de forma diferente, caso onde podem escolher a figura legal que permita atribuir a vantagem fiscal ao sujeito que melhor poderá usá-la e, em seguida, dividem a poupança fiscal alcançada. Desta forma, o valor pago numa pensão de alimentos é frequentemente influenciado pelo facto de que o direito de um dos membros em deduzir o pagamento irá reduzir os seus impostos mais do que receber esse montante irá aumentar o imposto do outro membro; companhias ferroviárias e aéreas com uma longa história de prejuízos normalmente alugam equipamento em vez de o comprar, permitindo assim ao locador usufruir das depreciações associadas.

Assim, Bitker (1978, p. 710) afirma

¹⁶ Em *Campana Corp, v. Harrison* (114 .2d 400 (7th Circ. 1940)), o tribunal definiu uma venda «*at arm's length*» como sendo uma «*sale between parties with adverse economic interest*».

[i]f a transaction as consummated is clothed in a form that fairly reflects its substance, however, it will ordinarily pass muster despite the conscious pursuit of tax benefits; in this respect, it resembles an individual taxpayer's isolated decision to pursue a tax-minimizing route rather than a taxable one. On the other hand, if the form of the transaction does not coincide with its substance, the fact that was negotiated at arm's length by unrelated taxpayers will not protect it against attack by the government, since the assumption of opposing tax interests is inapplicable.

O Estado pode então invocar legitimamente a doutrina da substância sobre a forma, por exemplo, de modo a tratar um suposto *leasing* de equipamento com opção de compra como uma venda, se o preço final não for significativo, se o prazo do leasing coincidir com a vida útil do equipamento ou se outros aspetos do contrato forem inconsistentes com a sua forma.

A presença de uma terceira pessoa com quem o sujeito passivo negociou *at arm's length* também não protege um ato de planeamento fiscal, se as formalidades seguidas pelo contribuinte não tiverem nenhum impacto significativo no outro partido e se são toleradas e aceites com uma acomodação em vez de vistas como uma parte integral da transação. Este fenómeno é característico de casos onde o contribuinte «engages in preliminary mumbo-jumbo to prepare assets for an impending sale of affects the transfer through a conduit rather than directly» (p. 711).

4.3. Como prever o resultado da aplicação da doutrina?

Apesar do recurso a esta doutrina ser usualmente entendido como sendo mais confuso do que útil, é difícil aceitar uma jurisprudência madura que pudesse consistentemente aderir a formalidades em todas as circunstâncias (Bitker, 1978).

Consistentemente, os tribunais proferem a sua decisão de forma *ad hoc*, atingem uma conclusão e depois sustentam-na através da citação de outros casos semelhantes (Knight e Kight, 1991). Se um tribunal respeitar a forma escolhida pelo contribuinte, cita casos onde é respeitado o direito do contribuinte em organizar os seus negócios de modo a realizar uma poupança fiscal. Em oposição, se um tribunal ignorar a forma da transação, este cita decisões onde é defendida a prevalência da substância sobre a forma, afirmando que a transação não respeitou o princípio de *arm's-length*, não era verificado um *business purpose* ou fazia parte de um conjunto de etapas de uma única transação.

Apesar da natureza ad hoc das decisões tomadas no âmbito desta doutrina não poder ser ignorada. Moore (Moore, 1987 citado por Knight e Knight, 1991)¹⁷ afirma que os analistas fiscais podem prever se um tribunal irá respeitar a forma de uma transação se considerarem a inter-relação de três fatores: a potencial caracterização da substância da transação, a existência de um *business purpose* e qual dos sujeitos da relação tributária (AT ou contribuinte) está a pôr em causa a forma da transação.

Tendo em conta estes fatores, o autor (p. 106) aponta para a emergência de quatro princípios gerais:

1. If the substance of the transaction agrees with its form and no alternative substance for recharacterizing the transaction exists, the courts will respect the form of the transaction.
2. If the substance of the transaction cannot be reconciled with its form, the courts will not respect the form of the transaction.
3. If the substance of the transaction agrees with its form, but the transaction could with equal or less force be recharacterizing as having another substance, the courts will respect the form of the transaction.
4. If the substance of the transaction arguably agrees with its form, but more reasonably does not agree with its form, the courts will not respect the form of the transaction in the face of an IRS challenge, unless the taxpayer has a business purpose for the form of the transaction. If the taxpayer, rather than the IRS, challenges the form of the transaction, the courts are not likely to ignore the form unless the taxpayer provides strong proof to the contrary.

Todavia, infelizmente, é quase impossível deduzir generalizações das decisões onde a doutrina da prevalência da substância sobre a forma foi aplicada. Primeiro, porque os factos deste tipo de casos são geralmente complicados, não sendo claro quais os que são cruciais para a decisão e quais são irrelevantes. No tocante a esta problemática, Bitker (1978, p. 705-706) afirma «this uncertainty about the precedential value of the decision is often compounded by the court's failure to say whether its conclusion rests on a finding of fact that might have gone the other way if a witness had been more credible, or was required as a matter of law».

¹⁷ Moore, S. (1987). Form v. Substance: When will courts respect the form of a transaction?. *J. Tax* (6).

Outra barreira impeditiva da generalização é a incerteza se o tribunal, em alguns casos, está a interpretar a norma tributária específica que o contribuinte utilizou, ou a aplicar um princípio legal subjacente a todos os códigos fiscais em vigor. Assim, como proferiu em Gregory, o juiz Hand disse de certas transações: «their only defect was that they were not what [the statutory] means by a “reorganization”, because the transactions were no part of the conduct of the business of either or both companies, so viewed they were a sham». Apesar da referência de uma norma específica, a linguagem aplicada é regularmente citada e entendida como tendo um significado mais alargado.

Outro obstáculo é a comum prática judicial de citar a doutrina da prevalência da substância sobre a forma juntamente com outras doutrinas e conceitos abrangentes (*step transaction doctrine, the business purpose*), obscurecendo assim a força independente de cada um destes argumentos na decisão.

Pelas razões acima referidas, quando uma decisão que profere que a forma escolhida pelo contribuinte não traduz a substância da transação é comparada com casos onde é apoiada a posição tomada pelo contribuinte em transações similares, é difícil de determinar se as decisões entram em conflito. Um resumo dos casos onde foi aplicada a doutrina da prevalência da substância sobre a forma corre assim o risco de retratar a problemática mais consistente do que é na realidade.

5. Aplicação específica do princípio da prevalência da substância sobre a forma: doutrinas emergentes

O princípio geral que defende que a tributação deve ser realizada tendo em conta a substância económica da transação, e não apenas a sua forma legal, está presente em toda a legislação fiscal e impulsiona a criação de doutrinas mais especializadas.

Atendendo que o princípio da prevalência da substância sobre a forma «applies differently in different contexts and is sometimes known by different names» (Cunningham e Repetti, 2006, p. 24), podemos afirmar «that substance over form serves as a background principle, supporting a group of related doctrines, each of which allows the Service to tax a transaction’s substance rather than the formal steps the taxpayer took to complete it» (Jellum, 2014, p. 595-596).

As doutrinas que emergiram podem ser divididas em dois sub-testes dentro da doutrina da substância sobre a forma: «(i) the economic substance/sham transaction doctrines (with the business purpose doctrine included as the subjective prong), and (ii) the step transaction doctrine» (Keinan, 2007).

Uma importante característica destas doutrinas é o facto de se sobreporem em muitos casos, sendo assim frequente o tribunal negar ou legitimar benefícios fiscais baseando-se em mais do que uma doutrina.

5.1. *The business purpose doctrine*

A base do *common law* para a doutrina da prevalência da substância sobre a forma contrasta fortemente com a base da *business purpose doctrine*, pois esta «is not generally pervasive, nor is it pervasive in tax law» (Waizer, 1981, p. 1083).

A presente doutrina emergiu do caso Gregory v. Helvering do Supremo Tribunal americano. Este, ao apresentar pela primeira vez o conceito de *business purpose*, negou o reconhecimento de vantagens fiscais dado a transação não ter nenhum objetivo exceto o planeamento fiscal:

[p]uting aside the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose – a mere device which put on the form of character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of the business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner.

Segundo Cunningham e Repetti (2004, p. 22), «[t]he business purpose doctrine provides that a tax statute will not be applied to a transaction unless the transaction serves some business purpose other than tax avoidance». Apesar dos tribunais terem criado a *business purpose doctrine* baseada na história legislativa que acompanhou a adoção das disposições fiscais da reorganização societária, esta rapidamente foi aplicada em outras áreas do direito fiscal, tendo as autoridades arguido que o *business purpose* «is necessary or motive determinative in transactions involving the distribution of corporate dividends, interest deduction, the prepayment of feed, gifts and leaseback, the forgiveness of debt, the assignment of income, and installment sales» (Waizer, 1981, p. 1035).

Em 1949, o juiz Hand explicou o âmbito da aplicação da doutrina fora das reorganizações societárias da seguinte forma:

the doctrine of Gregory v. Helvering [...] means that in construing [...] a tax statute which describe[s] commercial or industrial transactions we are to understand [it] to refer to transactions entered upon for commercial or industrial purposes and not include transactions entered upon for no other motive but to escape taxation¹⁸.

A referência feita pelo juiz Hand a normas que descrevam transações comerciais e industriais exclui as deduções pessoais, dado que, o conceito de objetivo negocial é inadequado quando falamos de transações que não são motivadas pelo lucro como pensões alimentares, gastos médicos e contribuições de caridade (Bitker, 1978). Os contribuintes constantemente deduzem estas despesas, apesar de servirem propósitos pessoais e não negociais, e o código permite esta prática.

Durante a aplicação desta doutrina, o tribunal analisa as razões que levaram o contribuinte a realizar uma transação, focando-se principalmente se este «approached the decision to enter into [the] transaction in a businesslike manner»¹⁹. Inúmeros fatores podem ser considerados durante esta análise, sendo alguns deles os seguintes:

(1) the taxpayer's normal behavior when entering into a transaction for profit; (2) the taxpayer's principal line of business and whether it had previously been involved in transactions of the type at issue; (3) the extensiveness of the taxpayer's investigation into the merits of the transaction; (4) whether cash flow analyses were prepared that included the components of the transaction crucial to it earning a profit; (5) whether the significance of, and the risks associated with, these components were discussed; (6) whether an investigation was conducted to determine the business reputation and financial status of the other parties to the transaction; and (7) the extent to which the taxpayer focused on the tax benefits of the transaction in the discussions with its advisors (Graber, 2000, p. 373-374).

Uma análise dos casos envolvendo a *business purpose doctrine* revela que os contribuintes invocam uma variedade de *business purposes*, como diversificação ou requerimentos financeiros. Mas, talvez, o *business purpose* mais frequentemente invocado apenas implica uma investigação sobre se o contribuinte estava *profit motivated*. Em *Golstein v.*

¹⁸ Commissioner v. Transportation Trading & Terminal Corp., 176 F. 2d 570, 572 (2d Cir. 1949)

¹⁹ Levv. Comm'r, 91 T.C. 838, 855 (1988).

Commisioner²⁰ a contribuinte, após ter ganho o Irish Sweepstakes (uma lotaria), contraiu um empréstimo de um grande montante a uma taxa de 4%. Utilizando o montante recebido do banco para comprar notas do tesouro que pagavam anualmente um lucro de 1,5% ou menos, esta entregou-as como garantia para o empréstimo contraído. De seguida, pagou um montante significativo do empréstimo, esperando poder reclamar uma dedução que protegeria de tributação o seu montante ganho na lotaria. Após analisar a transação, o tribunal negou o direito de dedução porque esta não apresentava nenhum *business purpose*. A evidência, que consistia nas computações feitas pelo conselheiro da contribuinte na altura em que realizou as transações, diretamente contrariou o argumento da contribuinte que simplesmente tinha antecipado uma «significant market appreciation of the treasury notes». O tribunal afirmou que «a good exemple of [a] purposeless activity is borrowing of funds at 4% in order to purchase property that returns less than 2% and holds out no prospect of appreciation sufficient to counter the unfavorable interest rate differential».

A *business purpose doctrine* representa uma tentativa dos tribunais em implementar a intenção subjacente de uma norma fiscal. Contudo, não existe nenhuma prova que o legislador requiere que haja um propósito comercial em todas as transações que tenham consequências fiscais. Por isso, a justificação para a *business purpose doctrine* tem de derivar da norma do código para ser aplicada. De acordo com Waizer (1981) uma doutrina que deriva de determinada lei do código deve ser suportada por referências da história legislativa, estatutos anteriores, interpretação anterior da norma ou normas relacionadas com matéria similar. Adicionalmente, o *business purpose test* tem de ser entendido à luz da preferência do congresso quanto à «certainty of tax consequences and the acknowledged uncertainty of aplying a tax avoidance motive test» (p. 1084).

Apesar da constante aplicação desta doutrina, inúmeros autores têm arguido o seu abandono, pois entendem que as evidências que demonstram a motivação do contribuinte não são suficientemente fidedignas, pois podem ser facilmente «fabricadas». Randolph Paul, partilhando esta ideologia afirma que

[...] such tests actually stack the cards in favor of the taxpayer rather than against him; the advantages of sweeping definitions and of whatever presumptions may be available to the evidence to the government will remain more than offset by the fact the evidence as to motive is almost entirely in the possession of the taxpayer, unless

²⁰ Goldstein v. Comm'r, 364 F.2d 734, 739 (2d Cir. 1966).

psychology devises a better mental x-ray than has so far been discovered (Randolph, 1938 citado por Summers, 1961)²¹.

O juiz Calvert Maguder, nos casos que analisou, apontou para mais duas falhas desta doutrina: a investigação da motivação do contribuinte apenas promove duplicidade e a aplicação desta doutrina por vezes serve de substituto da análise da problemática em questão (Summers, 1961). Lederman (2010, p. 417-418), indo ainda mais longe, põe em causa a relevância do *business purpose* como um todo:

[a]t first blush, a business purpose requirement is appealing. A transaction motivated by a business purpose sounds like it lacks a tax avoidance motivation and is thus socially efficient because the tax system did not alter the taxpayer's behavior. However, that is a false dichotomy. First, all profit-motivated transactions in a world with taxes are motivated by post-tax profit. Second, many transactions have both tax and non-tax purposes, and it can be hard to separate and quantify them. Moreover, even a business purposes motivated the underlying transaction, tax considerations may have altered the form the transaction took, and that is critical.

É necessário salientar o seguinte: esta doutrina depende em grande proporção da motivação do contribuinte em realizar uma transação e é corolário do princípio da substância económica, que será discutido mais tarde. Juntos, a *business purpose doctrine* e o princípio da substância económica formam a doutrina da substância económica (Jellum, 2014).

5.2. *The sham transaction doctrine*

A *sham transaction doctrine* é aplicável no ordenamento jurídico em geral, e não é exclusiva das leis fiscais. Esta estabelece que «o nome que se dá às realidades não é determinante do seu regime. Ou seja, as realidades, situações, contratos, etc, são para o direito o que resultar da análise da sua substância (no plano jurídico ou outro) e não o que resultar dos nomes que lhe sejam dados pelos interessados» (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 95). Como refere Grewal (2007, p. 985), «mere labels cannot determine whether a financial instrument falls within the purview of the securities law. Rather, the economic substance of the instrument must be examined».

Num caso onde esta doutrina não foi aplicada, *Frank Lyon v. United States*²², o Supremo Tribunal americano recusou-se a tratar uma compra do contribuinte e *leaseback* do edifício

²¹ Paul, R. (1961). *Selected Studies in Federal Taxation* (3^aed.). Chicago: Callaghan Co.

de novo ao vendedor como uma *sham*, pois *regulatory constrains* foram impostas ao vendedor, múltiplos sujeitos estavam envolvidos na transação e cada um deles tinham interesses económicos diferentes. Podemos assim perguntar: «[i]f external forces that impose a particular form onto a transaction negate characterizing it as a sham, what, then is a sham?» (Schneider, 2009, p. 46).

Apesar de existir alguma imprecisão no uso da terminologia *sham*, segundo a jurisprudência, podemos distinguir dois tipos - *shams in fact* e *shams in substance*. Por um lado *shams in fact* são transações que nunca ocorreram, enquanto *shams in substance* são transações que realmente aconteceram, porém não possuem a substância económica que a sua forma representa.

O conceito de *shams in fact* inclui

não só a ideia de que na qualificação dos factos não se fica preso ao nome que as partes ou os interessados lhe tenham dado, mas também aquelas outras situações em que, mais do que dar nomes que lhes convenham às realidades, os interessados simulam fazer X, quando na realidade nada fizeram ou fizeram Y, sem que isso transpareça da exteriorização de vontades revelada (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 96)²³.

Atualmente, são quase inexistentes as discussões quanto ao porquê das transações consideradas como *shams in fact* não serem aceites em sede fiscal. A lei fiscal não permite aos contribuintes usufruírem de benefícios fiscais sem que estes tenham praticado as transações que os originam e justificam. Reconhecer benefícios fiscais que surjam de *sham transactions* iria incentivar comportamentos abusivos, pois o contribuinte tem o poder de manipular o preço e o *timing* das transações artificiais, resultando assim num tratamento fiscal mais favorável e com menos risco económico, do que o contribuinte que realmente pratica as transações (Graber, 2000).

Quanto ao conceito de *factual shams* no ordenamento jurídico português, apesar de ser reconhecido, não é entendido como uma doutrina antiabuso. Este opera «antes delas no apuramento do que de facto (afastando declarações de vontade simuladas) e juridicamente (em termos de quantificação jurídica independente dos “mere labels”) sucedeu» (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 96-97).

²² Frank Lyon Co. v. United States, 435 U.S. 561, 582 (1978).

²³ Este último sentido corresponde ao nosso conceito de «simulação».

A análise das *economic shams* está principalmente focada em determinar se as transações tiveram algum efeito económico, para além de permitir um tratamento fiscal favorável. De modo a apurar se estamos perante uma *economic sham*, o Supremo Tribunal americano elaborou um teste composto por dois elementos. Segundo este entendimento, «[t]o treat a transaction as a sham, the court must find that the taxpayer was motivated by no business purposes other than obtaining tax benefits in entering the transaction, and that the transaction has no economic substance because no reasonable possibility of a profit exists²⁴».

Os tribunais aplicam este teste de inúmeras formas, sendo que uns entendem que

the sham transaction applies only if there is no business purpose for, and no economic substance to, the transaction. Other courts, however, have viewed the doctrine differently, suggesting that the sham transaction doctrine applies even if only one of the two tests is met or if the transaction possesses “economic effects” (instead of “economic substance”) but lacks a business purpose. And some courts simply scrutinize transactions more closely» (Schneider, 2009, p. 46).

Porém, é necessário ter em atenção que «even assuming that the appropriate standard for the sham transaction doctrine has been ascertained, how to define the appropriate standard – business purpose and/or economic substance/effects – remains to be decided» (p. 46).

5.3. *The step transaction doctrine*

O princípio da *step transaction* é uma variação da doutrina da substância sobre a forma, e tem como objetivo garantir que as transações sejam tributadas de acordo com a sua substância e não apenas segundo a sua forma legal.

Apesar do caso Gregory ser considerado como a sua fundação, a *step transaction doctrine* encontra um apoio mais específico no caso Minnesota Tea Co. v. Helvering²⁵, onde o tribunal desconsiderou um «meaningless and unnecessary incident» porque «[a] given result at the end of a straight path is not made different result because reached by following a devious path». A partir deste caso a jurisprudência impôs que uma «transaction must be viewed as a whole, and each step, from the commencement of negotiations to the consummation of the sale, is relevant [to that whole]».

²⁴ Rice's Toyota World, Inc. v. Comm'r, 752 F.2d 89, 91.

²⁵ Minnesota Tea Co. v. Helvering, 302 U.S. 609, 613 (1938).

Mais tarde, em 1989, em *Commissioner v. Clark*²⁶, o Supremo Tribunal reconheceu a *step transaction doctrine* como sendo uma doutrina fundamental no Direito Tributário e afirmou que «interrelated yet formally distinct steps in an integrated transaction may not be considered independently of the overall transaction».

Os tribunais aplicam esta doutrina quando a tributação dos passos individuais tomados num negócio em vez da tributação da operação como um todo, não respeita a substância da transação, resultando assim num tratamento fiscal incorreto.

Em *Smith v. Commissioner*²⁷, o tribunal fiscal explicou a aplicação da *step transaction doctrine* da seguinte forma:

the step transaction doctrine generally applies in cases where a taxpayer seeks to get from point A to point D and does so stopping in between points B and C. The whole purpose of the unnecessary stops is to achieve tax consequences differing from those which a direct path from A to D would have produced. In such a situation, courts are not bound by the twisted path taken by the taxpayer, and the intervening stops may be disregarded.

Quando um tribunal decide aplicar esta doutrina, este pode incorrer por duas vias: desconsiderar transações ou passos que acredita serem desnecessários numa transação, ou alterar a ordem destas mesmas transações ou passos (Keinan, 2007). Tendencialmente, é escolhida a primeira opção, sendo inúmeras transações e passos englobados numa transação singular e tratados como um só em sede fiscal.

Contudo, como inúmeros tribunais já proferiram, a autoridade tributária não pode «generate events which never took place just so an additional tax liability might be asserted»²⁸. Em *Long Term Capital Holdings v. United States*²⁹, o tribunal explicou que,

Grove and Green stand for the unstartling proposition that, absent clear error in a trial court's finding that the transacting parties did not informally agree to or prearrange various steps of an overall plan, or where it determines on a summary judgment that there is no evidence that the transacting parties did so, an appellate court will not overturn that finding/determination in favor of rejected findings of fact or a position for which there is no evidence. In such cases, the Government's re-characterization is

²⁶ *Commissioner v. Clark*, 489 U.S. 726, 738 (1989).

²⁷ *Smith v. Commissioner*, 78 T.C. 350 (1982).

²⁸ *Grove v. Commr*, 490 F.2d 241, 247 (2d Cir. 1973).

²⁹ *Long Term Capital Holdings v. United States*, 330 F. Supp. 2d 122 (D. Conn. 2004).

unsubstantiated fiction and does not reflect the substance of what the evidence fairly shows occurred.

Nestas condições, regra geral, os tribunais têm defendido que para ser possível desconsiderar uma transação, a autoridade tributária tem de apresentar uma alternativa plausível que explique todos os resultados da transação em questão (Keinan, 2007).

5.3.1 The three alternative threshold tests

Em teoria, o *princípio da step transaction* é claro e estruturalmente bem definido. Porém, a sua aplicação a um determinado conjunto de passos ou transações não é um exercício fácil. Como afirma Schneider (2009, p. 48), «[w]hile one may say, half seriously, that the step transaction doctrine is the most finely etched of judicial tax doctrines, the truth of this assertion lies more in the clarity of the doctrine's articulation than in its application». De modo a harmonizar a aplicação do princípio, os tribunais elaboraram três testes ou variações, de modo a determinar se a uma série de passos ou transações deve ser aplicada a *step transaction doctrine*:

- O *binding commitment test*;
- O *interdependence test*; e
- O *end result test*.

Os testes não são mutualmente exclusivos ou mutualmente dependentes, sendo que mais do que um teste pode ser apropriado numa determinada circunstância, todavia, uma circunstância só precisa de satisfazer um teste de modo a validar a aplicação da *step transaction doctrine* (Sancilio, 2013).

5.3.1.1 O *binding commitment test*

Segundo o *binding commitment test* «a transação será tratada como única, para efeitos fiscais (olha-se ao resultado proporcionado pelo todo e não aos resultados individualmente considerados de cada um dos passos componentes), caso as partes estejam legalmente obrigadas a completar todos os passos» (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 106).

Contrariamente aos restantes testes, este resulta de uma decisão específica do Supremo Tribunal americano: *Comm' r v. Gordon*³⁰. Neste caso, uma empresa denominada Pacific, possuía todas as ações de outra entidade, Northwest, e decidiu vender todos estes títulos

³⁰ *Comm' r v. Gordon*, 391 U.S. 83, 97 (1968).

aos seus acionistas a um preço abaixo do valor de mercado. Porém, por motivos fiscais, realizou esta transação em duas ofertas. Os Gordon, acionistas da Pacific, compraram as ações de Northwest na primeira distribuição, e foram taxados pela diferença entre o valor de mercado das ações obtidas e o preço por elas pago. Procurando evitar a tributação, os sujeitos invocaram uma isenção prevista no código fiscal que excluía da tributação o rendimento se «the distributing corporation distributes [...] all the stock and securities in the controlled corporation held by it» e arguíram que, no momento da compra, Pacific planeava alienar as restantes ações sobre a sua tutela.

Aplicando o que mais tarde se tornaria o *binding commitment test*, o tribunal proferiu que as etapas seriam consideradas como uma simples transação apenas se, no momento em que o primeiro passo é realizado, o contribuinte estava comprometido a completar os restantes passos. O tribunal recusou assim ignorar os passos e tratar esta venda realizada em duas etapas como apenas uma transação, dado que, no momento da primeira distribuição, Pacific não tinha feito «no promise to sell any particular amount of stock, at any particular stock, at any particular time, at any particular price.»

Como resultado deste teste, o tribunal declarou que os acionistas que exerceram o seu direito de compra não estavam abrangidos pela isenção e, por isso, deveriam ser tributados de acordo com a norma fiscal em vigor.

5.3.1.2 O interdependence test

O *interdependence test* determina que passos individuais devem ser considerados inválidos se, aquando uma interpretação objetiva dos factos, os passos são tão interdependentes que «the legal relations created by one transaction would have been fruitless without the completion of the series» (Paul e Zimet, 1938 citados por Keinan, 2007)³¹.

Deste modo, se uma transação individual tem uma justificação económica, é inapropriado aplicar este teste. Em oposição, quando é improvável que uma transação seja realizada fora do contexto de um determinado esquema, aqui a aplicação do *interdependence test* torna-se pertinente.

Na ótica deste teste, «o que se nota é que mais do que apurar se “would have been fruitless” os tribunais procuram apurar se “would have been fruitless taking into account – fact issue – the ultimate intent of the parties» (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 106).

³¹ Paul, R. E., Zimet, P. (1938). *Selected Studies in Federal Taxation* (2.^a ed.): Callaghan.

A decisão tomada pelo tribunal de 5ª instância no caso *Security Industrial Insurance Co.*³² é um bom exemplo da aplicação deste teste. Neste caso, uma seguradora adquiriu duas seguradoras rivais, embora, em vez de realizar simples compras, realizou «a dizzying array of legal maneuvers». Quando chamada a qualificar o percurso pelo qual obteve o controle das políticas, ativos e passivos dos seus rivais, a entidade, declarou que tinha realizado uma reestruturação empresarial, procurando obter algumas vantagens fiscais.

Não concordando com a figura legal escolhida, a autoridade tributária americana arguiu que,

the original purchases of [the acquired companies], the transfers of their assets through [the holding company] to [the acquirer], and their ultimate dissolutions were merely intermediate steps in [the acquirer's] preconceived plans to acquire the[ir] assets... for cash».

Enfatizando a complicação e a relação simbiótica dos passos tomados e concluindo que «each step in the transaction led inexorably to the next», o tribunal rejeitou a posição do contribuinte, aplicou o *interdependence test* e não permitiu as vantagens fiscais em causa.

5.3.1.3 *O end result test*

O teste do *end result* é o menos exigente dos três e, por isso, aquele cujo uso mais facilmente poderá conduzir à aplicação da *step transaction doctrine*.

Segundo este critério, «uma série de transações deverá ser tratada como uma só quando tenha sido pretendido, desde o início, que funcionassem como partes componentes dirigidas à obtenção de um particular resultado» (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 107).

Em 1954, o quinto circuito esclareceu a importância deste teste no caso *Kanawha Gas & Util. Co. v. Comm'r*³³:

is particularly pertinent to cases involving a series of transactions designed and executed as parts of a unitary plan to achieve an intended result. Such plans will be viewed as a whole regardless of whether the effect of so doing is imposition of or relief from taxation. The series of closely related steps in such a plan are merely the means by which to carry out the plan and will not be separated.

³² *Security Industrial Insurance Company, Plaintiff-appellee, v. United States of America, Defendant-appellant*, 702 F.2d 1234 (5th Cir. 1983).

³³ *Kanawha Gas & Util's Co. v. Comm'r*, 214 F.2d 685, 691 (1954).

De acordo com os padrões deste teste, passos separados são integrados fizerem parte de um esquema singular destinado a atingir um certo resultado. Assim, o *end result test* foca-se na intenção do contribuinte no momento da tomada do primeiro passo.

O *end result test* é o teste mais frequentemente aplicado na doutrina da *step transaction*. Como o tribunal fiscal exprimiu em *Andantech L.L.C. v. Comm'r*³⁴

under the end result test, there is no independent tax recognition of the individual steps unless the taxpayer shows that at the time the parties engaged in the individual step, its result was the intended end result in and of itself. [...] If this is not what was intended, then we collapse the series of steps and give tax consideration only to the intended end result. The doctrine derives vitality, rather, from its application where the form of a transaction does not require a particular further step be taken; but, once taken, the substance of the transaction reveals that the ultimate result was intended from the outset.

Similarmente ao *binding commitment test*, um pré-requisito para a aplicação do *end result test* é a prova de um entendimento ou compreensão entre as partes do negócio do resultado que é pretendido. A diferença entre estes dois testes, porém, é que enquanto o *binding test* é um teste objetivo, o *end result test* tem um carácter subjetivo dado focar-se na intenção das partes no momento do início do negócio.

5.4. The economic substance doctrine

A doutrina da substância económica é uma aplicação especializada do princípio da prevalência da substância sobre a forma e procura a prevenção da evasão fiscal através da reprovação de determinadas transações. Tentando apurar a verdadeira natureza das operações, quando aplicada, esta doutrina permite ao Estado desconsiderar e impedir o reconhecimento de determinados benefícios fiscais resultantes de uma transação que não possui substância económica, ainda que esta respeite a letra da lei.

O Supremo Tribunal americano destacou pela primeira vez a substância económica como base de uma doutrina em *Knetsch v. United States*³⁵, e deu a esta doutrina a sua distinta e forma final (pelo menos no tocante a este tribunal), em *Frank Lyon Co. v. United States* em 1978 (Sancilio, 2013).

³⁴ *Andantech L.L.C.*, 83 T.C.M. (CCH).

³⁵ *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960).

Em Frank Lyon, o Tribunal descreveu a doutrina negativamente, explicando que se

there is genuine multiple-party transaction with economic substance which is compelled or encouraged by business or regulatory realities, is imbued with tax-independent considerations, and is not shaped solely by tax-avoidance features that have meaningless labels attached, the Government should honor the allocation of rights and duties effectuated by the parties.

Mais tarde, os tribunais inferiores recorreram aos precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal e formularam variações, mais ou menos divergentes, da doutrina da substância económica.

5.4.1 The two-prong test: a substância económica e o business purpose

No decorrer do desenvolvimento da doutrina da substância económica, os tribunais, apoiando-se na decisão tomada pelo Supremo Tribunal no caso Frank Lyon, distinguiram dois fatores decisivos na aplicação desta doutrina.

Em Frank Lyon Co. v. United States, o Supremo Tribunal reconheceu (e permitiu os benefícios fiscais provenientes de) uma transação «compelled or encouraged by business or regulatory realities» e «imbued with tax-independent considerations». Desta declaração, os restantes tribunais definiram que para determinar se uma transação tem substância económica suficiente para ser aceite em sede fiscal é necessário realizar «the two-prong test», ou seja, é preciso analisar dois elementos: a substância económica objetiva da transação e a motivação empresarial subjetiva por detrás desta mesma (Keinan, 2004).

Apesar da concordância dos fatores constituintes da doutrina da substância económica, os tribunais não concordaram na relação entre estes dois elementos um com o outro e com a doutrina como um todo (Sancilio, 2013). O entendimento dos tribunais dividiu-se em três formulações, as quais diferiram relativamente a se os requisitos da substância económica e do *business purpose* deveriam ser tratados de forma conjunta, disjunta ou holisticamente. Segundo a aplicação conjuntiva, os tribunais permitiram o reconhecimento de benefícios fiscais apenas se a transação apresentava tanto o *business purpose* como a substância económica. De acordo com a versão disjuntiva, os tribunais permitiram o reconhecimento dos benefícios se a transação apresenta-se apenas um dos elementos. E, por fim, segundo a ideologia holística, os tribunais permitiram os benefícios fiscais tendo em conta inúmeros fatores, incluindo, mas não limitados, à substância económica e ao *business purpose*.

Dado a doutrina ser de criação jurisprudencial, aplicada (ou não) a transações de acordo com o entendimento dos tribunais, as suas diversas variações tornaram o resultado da sua aplicação imprevisível (Sancilio, 2013).

5.4.1.1 The economic substance prong

O teste da substância económica analisa de forma objetiva uma determinada transação e tenta apurar se esta tem uma substância económica para além dos benefícios fiscais a ela associados. Lederman (2010, p. 435) realça que não se tem em consideração se as consequências fiscais são consistentes com a substância económica subjacente à transação, uma questão que poderia ajudar a elucidar se estes resultados vão de encontro com a intenção da lei. Em vez disso, este teste foca-se em determinar se esta transação alterou a posição económica (antes de imposto) do contribuinte.

Em geral, existem diversas opiniões quanto à aplicação do elemento objetivo do teste da doutrina da substância económica. O tribunal de terceira instância, no caso *CM Holding*³⁶, resumiu-as da seguinte forma:

[t]here are several different formulations of the objective portion of the economic substance inquiry. *Knetsch* voided a transaction because it “did not appreciably affect [the taxpayer’s] beneficial interest except to reduce his tax.” In *United States v. Wexler* we held that “where a transaction has no substance other than to create deductions, the transaction is disregarded for tax purposes.” In *ACM Partnership* we required a “net economic effect on the taxpayer’s economic position.” The main question these different formulations address is a simple one: absent the tax benefits, whether the transaction affected the taxpayer’s financial position in any way.

Keinan (2004, p. 10) resumiu três métodos de aplicação deste elemento e descreveu o primeiro da seguinte forma:

[u]nder this approach, economic substance is determined by an objective evaluation of the changes in the taxpayer’s economic position, aside from tax benefits. [...] Specifically, a transaction would be viewed as satisfying the objective prong of the economic substance doctrine if the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal tax effects) the taxpayer’s economic position.

A segunda abordagem à doutrina da substância económica é a seguinte:

³⁶ *Long Term Capital Holdings v. United States*, 330 F. Supp. 2d 122, 136 (D. Conn. 2004).

not only the taxpayer's position must change, it must be a change providing a benefit to the taxpayer. For example, sometimes a taxpayer derives a profit from the form of entity, from incorporation (limited liability), accounting benefits and other benefits not specifically translated into "profit" (p. 15).

No âmbito desta abordagem, uma alteração negativa da posição económica não é o suficiente. Porém, um lucro mínimo pré-imposto ou benefício não quantificável é suficiente, mesmo se diminuído pelos benefícios fiscais (Lederman, 2010).

A terceira abordagem é ainda mais restrita:

[it] would focus on the taxpayer's reasonably-expected profits from the transaction. In contrast to the previous views, this approach would require a quantification of the benefits in the form of an economic profit. Thus, this standard is narrower than the previous ones, because a meaningful change in the taxpayer's economic positions will include potential profit, but may also include other elements that are not reflected in the profit potential test (Keinan, 2004, p. 16).

Lederman (2010) aponta para uma quarta variação deste elemento, onde é exigido uma comparação entre o lucro antes-imposto com a poupança fiscal da transação. Aqui, o ganho antes-imposto não necessita de superar a poupança fiscal, porém tem de ser um montante substancial.

Este leque de variações do teste conduz-nos a uma das problemáticas desta doutrina, a impossibilidade de estabelecer um montante satisfatório para o lucro antes de imposto:

[t]he requirement ... involves an inherent dilemma because either the tax effect of a transaction turns on the presence of some positive, but trivial, pretax profit or, if more than trivial pretax profit is necessary, there is no logical limitation on the amount of such profit required, short of what the market would command in such transactions if no tax benefits were involved. ... [R]equirement of a full market return ... is logically incoherent because it ignores the fact that the capital markets will take preferential tax treatment into account in setting relative prices. ... Finally, any intermediate position – such as requiring a "reasonably" pretax return ... - is unsatisfying because choice of the intermediate position is also necessarily arbitrary. (Warren, 1981 citado por Lederman, 2010)³⁷

³⁷ Warren, A. (1981). The Requirement of Economic Profit in Tax Motivated Transactions. *Taxes*, 59.

Bankman (2000) refletindo também sobre esta questão conclui que, independentemente da proporção de lucros antes de imposto e vantagens fiscais, se os lucros antes de impostos forem substanciais, a transação deverá estar imune à *economic substance doctrine*. O autor (p. 26) relembra ainda que, por vezes, as transações têm por objetivo gerar *intangible business benefits*, sendo que estes «must be taken into account when determining whether a transaction has economic substance».

Outra questão levantada nesta temática é a seguinte: «como se circunscreve, há luz de que critérios, a transação cuja substância económica e respectiva quantificação se encontra em avaliação?» (Fernandes de Oliveira, 2009, p. 120).

De forma esperada, não existe nenhuma resposta inequívoca para esta questão. Bankman (2000, p. 18) sugere que talvez devemos retirar da jurisprudência a tendência para distinguir entre «tak[ing] advantages of loopholes that naturally present themselves in the course of ordinary business operations», caso em que se tenderá a considerar presente a existência de substância económica (alargamento do âmbito da transação relevante para efeitos desta avaliação, onde se incluirão as operações relacionadas com o negócio normal do contribuinte) e «manufactur[ing] circumstances in which [the loopholes] arise», caso em que as transações relevantes para efeitos de aferir da existência da substância económica terão a ser vistas isolada e individualmente.(Fernandes de Oliveira, 2009, p. 120).

Não sendo capazes de formular um ou vários critérios intelectualmente consistentes, Fernandes de Oliveira (p. 121) aponta que o princípio da resposta [mas não necessariamente a resposta] partirá daqui: a «transação relevante é aquela (uma, ou conjunto de várias) que tenha dado origem à alegada vantagem fiscal».

5.4.1.2 The business purpose prong

A doutrina da substância económica apresenta dois testes, sendo um deles a *business purpose doctrine*, Porém, de acordo com Fernandes de Oliveira (2009, p. 117) esta não se limita «a integrá-la sob um novo rótulo». Quando está em causa o *business purpose prong*, os tribunais estão «dispostos a ir além da noção qualitativa que tornava as fronteiras da business purpose doctrine relativamente fáceis de identificar, aceitando que os indícios objetivos sobre a motivação específica, ou falta dela, do contribuinte, sejam quantitativamente ponderados» (p. 117).

A determinação da existência de um objetivo negocial legítimo associado a uma transação implica uma análise da intenção do contribuinte, onde o sujeito passivo tem de demonstrar um propósito não fiscal de modo a «passar» este teste. Normalmente, a intenção subjetiva pode ser demonstrada pela existência de um objetivo *pre-tax profit potential* no momento em que as transações foram realizadas e outras considerações empresariais e regulamentares. Todavia, o facto de o propósito principal (mas não apenas) ser a obtenção de um tratamento fiscal favorável não é o suficiente para não permitir tal tratamento. Por exemplo, no caso UPS³⁸, o sétimo circuito proferiu que um «“business purpose” does not mean a reason for a transaction that is free of tax considerations. Rather, a transaction has a “business purpose”, when we are talking about a going concern like UPS, as long as it figures in a bona fide, profit-seeking business».

De forma semelhante, foi estabelecido em *Asa Investerings*³⁹ que apesar dos contribuintes poderem estruturar as suas transações empresariais de forma a estarem sujeitos ao mínimo de carga fiscal possível, estas transações são obrigadas a ter um «non-tax avoidance business purpose» legítimo de forma a serem reconhecidas em sede fiscal. Como realçado em *Asa Investerings*:

[a] tax system of rather high rates gives a multitude of clever individuals in the private sector powerful incentives to game the system. Even the smartest drafters of legislation and regulation cannot be expected to anticipate every device. The business purpose doctrine reduces the incentive to engage in such essentially wasteful activity, and in addition helps achieve reasonably equity among the taxpayers who are similarly situated in every aspect except for differing investments in tax avoidance.

É necessário referir que não é conhecido nenhum caso onde foi verificado a insuficiência da substância económica objetiva e a suficiência da subjetiva, e vice-versa. Daqui, Fernandes de Oliveira (2009, p. 118) deduz «que a distinção entre estes dois testes ou vertentes da *economic substance doctrine* é provavelmente desnecessária, pelo menos no plano prático».

³⁸ *United Parcel Serv. of Am., Inc. v. Comm’r (UPS)*, 254 F.3d 1014, 1018 (11th Cir. 2001).

³⁹ *Asa Investerings Partnership, et al. V. Commissioner of Internal Revenue*, 201 F. 3d. 505.

6. A Cláusula Geral Antiabuso e a prevalência da substância sobre a forma

6.1. A CGAA no ordenamento jurídico português

Após o estudo do direito ao planeamento fiscal, da problemática da interpretação da lei fiscal e do princípio da prevalência do princípio da substância sobre a forma, cabe agora analisar as cláusulas gerais antiabuso como instrumentos legislativos com vista a combater e a limitar esquemas de planeamento fiscal abusivo e agressivo. Pois, recorrendo às palavras de Courinha (2009, p. 15), «[e]studar a Cláusula Geral Anti-Abuso [...] equivale a estudar a única resposta dinâmica existente no Sistema Fiscal português, de combate à elisão fiscal».

A aplicação das cláusulas antiabuso não é feita em casos onde estamos perante

a pura e simples fraude fiscal, em que se produz uma violação direta da lei com vista à obtenção indevida de uma vantagem – como ocorre exemplarmente com a ocultação de rendimentos – mas antes uma fraude aos princípios do sistema, em que o contribuinte realiza um negócio liminarmente conforme a lei mas cujos contornos escapam a toda e qualquer racionalidade económica, explicando-se apenas pelo intuito de obviar ao imposto que decorreria do recurso a formas negociais mais comuns (Vasques, 2011, p. 313).

A introdução deste tipo de cláusulas legais colocam em oposição o princípio da autonomia privada e o princípio da igualdade tributária. Os contribuintes têm o direito de, no exercício da sua autonomia, fazer livremente as suas escolhas jurídicas nos seus negócios. Porém, este direito é limitado quando os contribuintes realizam esquemas negociais evidentemente artificiosos, manipulando as formas jurídicas com o intuito principal de evitar a tributação. Chegando «a este ponto-limite, o exercício da autonomia privada mostra-se frontalmente incompatível com o princípio da igualdade e com o programa de repartição da carga tributária que a lei encerra, ainda que imperfeitamente expresso» (Vasques, 2011, p. 314).

Assim, de acordo com Saldanha Sanches (2006, p. 180-181), a função das cláusulas antiabuso não é meramente a de prevenir o afastamento ou o contornar de uma previsão legal determinada, mas sim evitar a

vantagem fiscal de um comportamento em que se põe em causa a totalidade do ordenamento jurídico-tributário como sistema de partilha de encargos tributários,

exigindo, por isso, que o aplicador da lei considere os princípios estruturantes do sistema de onde deve ser extraída uma intenção inequívoca de tributação daquela particular situação, ainda que tal intenção não encontre uma expressão correspondente na formulação da lei.

Em Portugal, a CGAA foi introduzida no Código de Processo Tributário através da Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro, sendo esta posteriormente transferida para a LGT no âmbito da Lei n.º 100/99, de 16 de julho. Segundo Courinha (2009, p. 163),

[t]ratava-se de uma norma cuja adoção era de todo inesperada, não tendo sido objeto de qualquer estudo prévio apropriado (ou, pelo menos, de qualquer estudo conhecido), sendo reconhecida a quase total impreparação do mundo jurídico (académico e forense) para lidar de modo adequado com a mesma.

A cláusula, então inserida na LGT pela Lei n.º 100/99, de 26 de julho, dispunha o seu artigo 38.º, n.º 2, a seguinte redação:

[s]ão ineficazes os atos ou negócios jurídicos quando se demonstre 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 recaia sobre estes últimos.

Tendo sido objeto de alguns reparos quanto à sua redação inicial, a CGAA viria a ser alterada aquando da Reforma Fiscal de dezembro de 2000, pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, passando, desde então, a ter a seguinte configuração:

[s]ão ineficazes no âmbito tributário os atos 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, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.

De seguida, iremos começar por analisar os pressupostos substantivos de aplicação da CGAA, o seu processo específico de aplicação e as suas consequências de aplicação.

6.2. Elementos constitutivos da CGAA

Considerando a redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, a doutrina retira pressupostos de aplicação da CGAA, variando estes de quais eles são.

Segundo Fernandes de Oliveira (2009), a CGAA aplica-se quando estejam reunidos dois requisitos, que se materializam com a análise da norma. Estes são o recurso a atos ou negócios dirigidos à obtenção de uma vantagem fiscal, e que essa vantagem seja obtida através do recurso a meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas.

Por sua vez, para Saldanha Sanches (2006, p. 170), os «requisitos exigidos pela lei são três: primeiro, que os negócios tenham como intenção a redução ou a eliminação de uma oneração fiscal; segundo, que se utilize meios artificiosos ou fraudulentos; terceiro, que se verifique um abuso das formas jurídicas».

Para Vasques (2011) existem também três requisitos, sendo eles: a prática de ato ou negócio artificialmente ou fraudulento, a obtenção de uma vantagem fiscal e por fim, que da lei resulte com clareza uma intenção de tributar os bens económicos.

Campos de Leite e Andrade (2008) realizam uma delimitação diferente desses pressupostos, de acordo com uma interpretação mais literal do artigo 38.º, n.º 2 da LGT, considerando que são quatro os requisitos a verificar: em primeiro lugar, atos ou negócios jurídicos; de seguida, essencial ou principalmente dirigidos à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico; em terceiro lugar, a utilização de meios artificiosos ou fraudulentos; e, por último, a existência de abuso de formas jurídicas.

Porém, a decomposição mais frequente da norma é feita de acordo com o entendimento de Courinha (2009), onde se considera que da mesma fazem parte integrante cinco elementos: o meio, o resultado, o intelectual, o normativo e o sancionatório. Embora entre os vários elementos exista uma certa autonomia, estes não deixam com frequência de se auxiliar mutuamente, dado que, em inúmeras ocasiões, a fixação de um deles encontra-se dependente ou interdependente de outro qualquer.

Apesar da divergência de opiniões por parte da doutrina, Saldanha Sanches (2006, p. 170) conclui que quanto às condições materiais da aplicação da norma

estamos muito longe da perspectiva económica, traduzida na mera prevalência da substância sobre a forma: a intencionalidade da norma e os problemas que procura

responder são os mesmos, mas com condicionalismos que rodeiam a sua aplicação são muito mais exigentes, permitindo um balizamento mais cauteloso do exercício dos poderes que atribui à Administração.

Iremos, agora, proceder à exposição destes cinco elementos.

6.2.1. O elemento meio

Segundo Leirião (2012, p. 104), «[o] elemento meio relaciona-se com a forma utilizada pelo contribuinte, ou seja, pela via que o mesmo elegeu para chegar ou obter uma certa vantagem fiscal por si desejada».

Segundo o texto da CGAA, o meio utilizado tem de ser qualificável como artificioso ou fraudulento e com abuso às formas jurídicas. De acordo com Courinha (2009, p. 165)

[a] atual redação da CGAA [...] veio colocar a Teoria do Abuso de Formas ao lado da Fraude à Lei, enquanto doutrina explicativa da mesma. Tal opção do legislador exige que se retirem devidas consequências quanto à estruturação do negócio que, para além de dirigido à obtenção da referida vantagem fiscal, será ainda simultaneamente, dotado de uma forma anómala, inusual, artificiosa, complexa, ou mesmo contraditória.

A fraude à lei em matéria fiscal tem duas manifestações principais, ainda que não se reduza a estas. A primeira manifestação,

a escolha de um negócio jurídico ou mesmo de factos ou atos jurídicos fiscalmente relevantes, como forma jurídica de atingir um certo objetivo com menor oneração jurídica, implica a opção por determinados caminhos para a obtenção de certos objetivos finais numa lógica alternativa: seguiu-se o caminho B em lugar do caminho A, para atingir o mesmo objetivo, X.

Na outra das suas principais manifestações, podemos ter um conjunto de operações em que não há alternatividade (a escolha alternativa seria a ausência de negócio jurídico), o que acontece quando, por exemplo, se faz operações com o único objetivo de obter um custo dedutível para a redução do lucro tributável (Saldanha Sanches, 2006, p. 172).

Na previsão normativa do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, estas duas vias estão claramente previstas. A primeira encontra-se prevista na lei quando esta contrapõe o negócio artificioso com a sua desoneração fiscal, e o «os factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico». A segunda encontra-se prevista na lei quando esta refere a

«obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios».

Courinha (2009, p. 166-167) indica que «[q]uer os atos jurídicos, quer os negócios jurídicos, podem surgir isolados (adaptados à obtenção da utilidade económica e da vantagem fiscal), ou naquela que é porventura mais comum, formar um conjunto – conjunto de atos ou conjunto de negócios». Esta prática foi aprofundada pela doutrina e jurisprudência internacional, resultando desta problemática a *step transaction doctrine*, já apresentada e explicitada. A delimitação do objeto sujeito à aplicação da CGAA é feita através do apuramento de facto dos atos ou negócios praticados pelo contribuinte, quer pela relação de interdependência que entre eles se estabeleça, comprovando os laços que os ligam, quer de um ponto de vista lógico e finalístico. Courinha ressalva (2009, p. 167)

[q]ue não basta que um conjunto de atos ou negócios seja praticado e daí surja uma vantagem fiscal; é pressuposto da CGAA, teoricamente reconduzível ao elemento meio, que a Administração Fiscal logre demonstrar o carácter pré-planificado (*pre-ordained*) e unitário daqueles atos, quer por um acordo expresso em tal sentido, quer pela previsibilidade (ou inevitabilidade, diríamos), de que ao primeiro ato ou negócios, se siga o segundo, o terceiro, o quarto, até ao último dos atos, como parte de uma série ou sequência.

Considera-se este elemento essencial na decisão de aplicação da CGAA, porque é aquando da sua apreciação que se realiza a análise da operação em causa, determinando-se se existiu um artifício ou abuso fiscal. Na análise do meio utilizado pelo sujeito passivo o intérprete deve respeitar o direito legítimo do contribuinte em realizar planeamento fiscal, pois, haverá determinadas operações que configuram planeamento fiscal lícito e que não bastará a utilização de um meio artificioso ou invulgar, do qual resultem benefícios fiscais para que a aplicação da CGAA seja considerada legal.

6.2.2. O elemento resultado

A procura de diminuir a carga tributária pode, muitas vezes, ser o fim único e dominante da atividade do contribuinte. Por isso, trata-se de um elemento que importa ter em consideração, para efeitos de aplicação da CGAA.

A revisão da CGAA alargou o âmbito de aplicação do elemento resultado, recorrendo para tal ao conceito de vantagem fiscal. Se na redação inicial o elemento resultado era verificado nas situações de «redução, eliminação ou diferimento temporal dos impostos»,

na atual redação o elemento em questão pressupõe a ocorrência de qualquer situação pela qual se obtenha um determinado ganho fiscal, em oposição ao resultado que se obteria recorrendo aos meios normais e de efeito económico equivalente, que tenham sido sujeitos a tributação (Courinha, 2009).

É necessário referir que o elemento resultado acima apresentado engloba também as normas que visam a tributação de «atos ou negócios jurídicos não subsumíveis ao tipo legal tributário, mas que produzem efeitos equivalentes aos dos atos ou negócios jurídicos típicos sem, no entanto, produzirem as respetivas consequências tributárias subjacentes aos mesmos» (Xavier, 1978 p. 85). Esta abrangência é necessária dado os contribuintes aproveitarem as lacunas da lei para diminuir a carga fiscal à qual estariam sujeitos, sendo tal situação impedida através da equivalência de resultados não fiscais entre os atos ou negócios praticados e os atos ou negócios normais praticados, quando os negócios praticados possam substituir o efeito dos negócios normais tributados. A condenação deste tipo de comportamentos só se verifica com a prova de que a substituição acima descrita ocorreu.

Neste tipo de situações o contribuinte recorre a determinadas formas, menos onerosas para obter determinadas vantagens fiscais, diminuindo, simultaneamente, as desvantagens daí advinentes. Ou seja, «nestes casos, não se “assumem” todas as consequências típicas não fiscais associadas a uma dada escolha contratual, mas tão só aquelas, de entre estas, que sejam úteis à realização do resultado não fiscal equivalente e da vantagem fiscal visada» (Courinha, 2009, p. 174).

6.2.3. O elemento intelectual

O elemento intelectual é outro dos requisitos que determina a aplicação da CGAA, e aquele que mais caracteriza as normas gerais anti elisivas. Apesar de existirem inúmeras configurações, é um requisito exposto ou implícito em quase todas as legislações dos países que as adotaram, bem como em países que subscreveram doutrinas judiciais do mesmo género⁴⁰. Esta conexão surge porque através do estudo da motivação do contribuinte conseguimos, não só apurar os limites entre o planeamento fiscal legítimo e

⁴⁰ Leite de Campos (1999, p. 217), em oposição, nega qualquer relevância à motivação do contribuinte, entendendo que «é de afastar a consideração dos motivos para efeitos fiscais».

ilegítimo, bem como, distinguir as situações em que a vantagem fiscal surge de forma fortuita, daquelas que surge de forma planeada (Courinha, 2009).

A CGAA examina os casos onde a obtenção da vantagem fiscal e a equivalência económica ou não fiscal com os atos normais são o fim dos atos ou negócios praticados. A finalidade não fiscal que, deve guiar a atuação de qualquer agente económico e que, foi pressuposto do legislador ao identificar os factos tributários, é aqui substituída, por uma finalidade fiscal. Significando assim,

que não basta decorrer da análise dos atos ou negócios jurídicos em causa, a obtenção de um resultado fiscalmente vantajoso e um resultado não fiscal equivalente. Exige-se de igual forma, que as escolhas e formas adotadas pelo contribuinte sejam fiscalmente dirigidas (*tax driven*), e que aquele (resultado fiscal) prevaleça sobre este (resultado não fiscal) (Courinha, 2009, p. 179).

O elemento intelectual é o de mais difícil determinação, dado entrarmos no campo subjetivo, devendo a AT ser capaz de aferir e demonstrar a intenção do contribuinte quando praticou o negócio, objeto de análise. Socorrendo-se a elementos objetivos, como a forma negocial empregue e os fins jurídicos e económicos alcançados, a AT tem de demonstrar que atividade do contribuinte foi fiscalmente dirigida.

6.2.4. O elemento normativo

O elemento normativo, apesar de não se encontrar expressamente delineado no artigo 38.º, n.º 2 da LGT, é um requisito essencial à CGAA pois permite distinguir, a nível do próprio Direito, a elisão fiscal da poupança fiscal. Este elemento permite excluir do âmbito de aplicação da cláusula, o conjunto de casos compostos por atos ou negócios jurídicos que embora realizados por razões predominantemente fiscais, não ofendem a norma, o código ou os princípios do ordenamento jurídico-fiscal. Deste modo, «o ato fraudulento configura-se em função da reprovação pelo direito da sua natureza verdadeira e substancial – os efeitos obtidos. Efeitos esses que não são desejados, previstos ou promovidos pelo Direito, mas antes rejeitados» (Courinha, 2009, p. 186). Nestes termos, o apuramento das fronteiras do ato elisivo depende do requisito da condenação pelo ordenamento fiscal do resultado obtido.

A este propósito Saldanha Sanches (2006, p. 180) defende que a aplicação da CGAA depende da existência no ordenamento jurídico-tributário de «sinais inequívocos de uma intenção de tributar» justificando a sua posição da seguinte forma:

primeiro, porque a evitação fiscal abusiva não pode confundir-se com a permanente tentativa do contribuinte para reduzir a sua tributação ou para ponderar cuidadosamente – planeamento fiscal não abusivo – as consequências da Lei fiscal na sua atividade empresarial ou pessoal [...] segundo, porque nesse esforço permanente para reduzir a carga fiscal podemos encontrar o aproveitamento pelo contribuinte do que podemos qualificar como omissões deliberadas – justas, ou não, é uma outra coisa – do legislador fiscal e, se isso aconteceu, não pode atribuir-se ao aplicador a lei a tarefa que cabe primariamente ao legislador.

Através da exigência deste requisito, a CGAA não é um mero expediente de obtenção de receita fiscal a qualquer custo, só havendo desconsideração dos atos praticados quando for demonstrado que «apesar da lei permitir que o ato ou negócio (estrutura) em causa assegure os efeitos fiscais visados pelo contribuinte, a intenção da lei/ou do Direito impedem ou visam impedir (ou não pretenderam) a sua obtenção e permitem ao interprete concluir pela rejeição pelo Ordenamento Jurídico dos resultados obtidos» (Courinha, 2009, p. 197).

6.2.5. O elemento sancionatório

Verificados os quatro elementos anteriores, encontram-se reunidos os pressupostos para a aplicação da CGAA, que se consubstancia na ineficácia no âmbito tributário dos atos ou negócios que por meios artificiosos visaram a redução, eliminação ou diferimento da tributação.

Ao contrário do que acontece com os negócios nulos ou anuláveis, os negócios ineficazes não têm qualquer vício em si mesmos, apenas se verificado um conjunto de circunstâncias no caso concreto, que não permitem a produção dos efeitos que seria normal serem produzidos. Deste modo, o ato ou negócio jurídico em análise não é um ato nulo ou anulável por conter um vício. Porém, é condenado em sede fiscal, pelo facto de ter sido celebrado em determinadas circunstâncias ou condicionado por determinados fatores que impedem o reconhecimento dos seus efeitos pelo sistema fiscal.

Nestas circunstâncias, são desconsiderados ou atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, para efeitos fiscais, sendo «substituídos» por atos que seriam praticados, e que corresponderiam à atuação padrão dos agentes económicos de modo a alcançar o resultado económico obtido efetivamente pelo contribuinte, retirando ao contribuinte, consequentemente, a vantagem fiscal obtida.

É necessário ressaltar que esta ineficácia acontece apenas num âmbito estritamente fiscal, significando «que a CGAA sanciona o comportamento elisivo como sendo incapaz perante o Fisco ou, noutros termos, meramente inoponível à Administração Fiscal, embora produzindo todos os seus efeitos em sede civil entre as partes e nas relações com terceiros» (Courinha, 2009, p. 198-199).

Da aplicação da CGAA não resulta contudo, diretamente, a liquidação adicional de imposto. Esta pode ser uma consequência da aplicação da cláusula, porém concretiza-se num ato autónomo e posterior.

6.3. Procedimento de aplicação da CGAA

Após a análise dos pressupostos substantivo de aplicação da CGAA e as consequências de aplicação da mesma, é necessário agora analisar em que termos o legislador inseriu a aplicação da CGAA no contexto do procedimento e processo tributário.

6.3.1. O procedimento específico da CGAA e o seu âmbito

Após a entrada em vigor da CGAA, foi publicado o Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT) – através do Decreto-Lei n.º 43/99, de 26 de outubro – onde se prevê no artigo 63.º o procedimento de aplicação da cláusula prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

Com a entrada em vigor do artigo 63.º foi estabelecido um procedimento prévio e próprio a seguir pela AT para efeitos de aplicação da norma geral anti abuso. Deste modo, caso a AT detetar qualquer comportamento por parte do contribuinte com fins evasivos e pretender aplicação da CGAA a um caso concreto, está obrigada a percorrer a tramitação prevista para o efeito. Saldanha Sanches (2006, p. 165) concorda com esta restrição quanto à possibilidade de aceitação ou de não-aceitação de uma opção contratual do sujeito passivo por parte da AT, afirmando que «esta só pode ser feita se for acompanhada de um conjunto de cautelas e restrições quer no próprio texto habilitante, quer, como sucede entre nós, por um conjunto de procedimentos administrativos».

É necessário ter em atenção que o artigo 63.º do CPPT não é apenas uma mera norma instrumental, dado esta regular alguns aspetos que deveriam estar previstos na norma que regula a cláusula e não a norma que regula o seu procedimento de aplicação. Esta característica da norma é criticada pela doutrina, tendo Leirião (2012, p. 117-118) apresentado os argumentos da seguinte forma:

para a doutrina, sendo a cláusula geral antiabuso uma norma substantiva e genérica, não faz sentido que a norma instrumental regule aspetos de fundo dessa mesma cláusula. Por outro lado, [...] no que diz respeito ao procedimento de aplicação previsto no artigo 63.º do CPPT, o legislador deveria ter tido a preocupação de prever um procedimento que se revelasse mais rigoroso e criterioso, de molde a não afetar o princípio da segurança jurídica e não vedar ao contribuinte a realização legítima, que lhe assiste, do seu planeamento fiscal.

Relativamente ao artigo 63.º do CPPT, «o aspecto essencial e principal motivo de discussão no seio da doutrina é a previsão de um procedimento de aplicação da norma antiabuso que apresenta um âmbito de aplicação mais restrito daquele que a própria norma antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT tem» (Leirião, 2012, p. 118). Quanto a esta problemática, Leirião (2012:118) afirma que

[p]arece-nos que, provavelmente, a redação do artigo 63.º do CCPT foi influenciada pelos problemas de interpretação que foram sendo levantados à primeira redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT que plasmava a redação do CPT. Talvez o legislador tenha aproveitado, embora indevidamente, aquela oportunidade legislativa para esclarecer alguns aspetos menos claros que surgiam da leitura do n.º 2 do artigo 38.º da LGT. Julgamos, porém, que esta não se traduziu na melhor técnica legislativa, sendo certo que a maioria dos problemas interpretativos da norma eram de cariz substantivo e não processual.

Apesar do teor literal da norma em causa, é necessário ressaltar que esta deve ser objeto de interpretação extensiva no que respeita ao âmbito de aplicação deste procedimento. Ou seja, apesar do legislador afirmar que este procedimento especial é aplicável à «liquidação de tributos com base na disposição antiabuso constante do n.º 2 do artigo 38.º da LGT», não se pode deixar de afirmar que a aplicação da CGAA implica sempre a adoção deste procedimento especial, independentemente de o resultado da mesma levar à liquidação de tributos ou não.

6.3.2. Do iter do procedimento de aplicação da CGAA

6.3.2.1 Audição prévia do contribuinte

O direito de audição do contribuinte no procedimento tributário, de acordo com Leirião (2012, p. 133) «não é mais do que a manifestação do princípio constitucional previsto no artigo 267.º, n.º 5, da CRP, ou seja, manifestação do princípio constitucional da

participação dos administrados na formação de decisões ou deliberações administrativas que lhes dizem respeito».

No caso da CGAA, o legislador, consciente do impacto gravoso na esfera jurídica do contribuinte em resultado da aplicação da citada cláusula, consagrou no n.º 4 do artigo 63.º do CPPT que «a aplicação das medidas antiabuso depende de audição do contribuinte nos termos da lei» e no n.º 5 do mesmo artigo que «o direito de audição será exercido no prazo de trinta dias após a notificação, por carta registada, do contribuinte, para esse efeito».

Esta garantia permite aos contribuintes influenciar a decisão da AT, introduzindo no processo os factos, elementos probatórios e argumentos de direito considerados pertinentes para a decisão em questão.

Devido à vinculação da AT ao princípio inquisitório (artigo 58.º da LGT) no âmbito do procedimento tributário, esta tem o dever de inquirir o contribuinte de modo a conseguir apurar a verdade material subjacente à relação jurídico-tributária em questão. Podemos assim afirmar que o direito à audição prévia, além de salvaguardar os direitos do contribuinte, visa ainda assegurar que a AT dispõe de todos os elementos necessários para apurar a verdade material em questão. Deste modo, a audição prévia é um direito fundamental para garantir a vinculação da AT ao princípio da legalidade no sentido do resultado do procedimento tributário ser uma decisão em conformidade com a lei aplicável.

O legislador consagrou no artigo 63.º, n.º 5 do CPPT, um prazo de 30 dias para o contribuinte se pronunciar em sede de audição prévia sobre o projeto de decisão da AT. Este prazo é notoriamente superior ao prazo geral de audição prévia do contribuinte previsto no artigo 60.º, n.º 6 da LGT, o qual não pode ser inferior a 8 dias nem superior a 15 dias. Este prazo mais alargado denota uma maior proteção dos direitos do contribuinte, devido ao maior espaço de discricionariedade da AT no âmbito especial de aplicação da CGAA.

Para Leirião (2012, p. 137) «da tramitação prevista para aplicação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, este é, sem dúvida, o momento mais relevante para o contribuinte». Torna-se extremamente importante que o sujeito passivo exerça o seu direito à audição prévia, «pois, caso contrário, à Administração Fiscal restará confirmar a sua posição posteriormente, tendo em conta que inexistiu qualquer contraprova que permita afastar a sua pretensão» (p. 137). Nestas circunstâncias, acontecerá que a notificação do projeto de aplicação da CGAA da AT será igual à decisão de aplicação da cláusula.

6.3.2.2 O prazo de caducidade de instauração do procedimento de aplicação da CGAA

Para a abertura do procedimento prévio e próprio de aplicação da CGAA prevista na LGT, o legislador estipulou um prazo de caducidade. Até às alterações apresentadas pelo OE 2012, este era de 3 anos a contar do início do ano seguinte ao da realização do negócio jurídico. Esta norma foi revogada, podendo atualmente a AT instaurar o procedimento no prazo geral de caducidade do direito à liquidação de tributos, consagrado no artigo 45.º da LGT, que é de 4 anos.

6.3.2.3 A notificação do projeto de aplicação da CGAA e a sua fundamentação

Caso a AT entenda que são verificados os pressupostos substantivos de aplicação da CGAA, esta deve, iniciando o procedimento consagrado no artigo 63.º do CPPT, notificar o contribuinte do projeto de aplicação da CGAA, o qual deve ser elaborado nos termos do n.º 3, do artigo anteriormente referido.

Devido à natureza da CGAA do artigo 38.º da LGT, e o conseqüente espaço de discricionariedade conferido à AT para a sua aplicação, o legislador reforçou o dever de fundamentação daquela. Este reforço, segundo Saldanha Sanches (2006, p. 160), resulta da intenção do legislador em atribuir «garantias ao sujeito passivo, dando uma total transparência à decisão da Administração e ao modo como esta procedeu à aplicação da lei».

A fundamentação da decisão de aplicação da CGAA deverá, assim, conter uma «descrição do negócio jurídico celebrado ou do ato jurídico realizado e dos negócios ou atos de fim idêntico fim económico, bem como a indicação das normas de incidência que se lhes aplicam». Adicionalmente, a AT deve ainda demonstrar «de que a celebração do negócio jurídico ou prática do ato jurídico foi essencial ou principalmente dirigida à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em caso de negócio ou ato com idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais».

É necessário salientar neste contexto a necessidade de a AT demonstrar a existência de uma vantagem fiscal, evidenciando o aspeto quantitativo da mesma, ainda que se esteja perante o mero diferimento temporal da tributação.

6.3.2.4 Autorização da aplicação da CGAA

De acordo com o artigo 63.º, n.º 7 do CPPT, a aplicação da CGAA é prévia e obrigatoriamente autorizada, após o cumprimento de todas as formalidades referidas no artigo, pelo dirigente máximo do serviço ou pelo funcionário em que ele tiver delegado essa competência. Por dirigente máximo do serviço deve entender-se o Diretor Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Após a análise da matéria de facto e de direito em causa, o dirigente máximo do serviço poderá ou não concordar com a intenção dos serviços da AT em aplicar a CGAA. Podemos assim afirmar que não se trata de um simples controlo do cumprimento das formalidades procedimentais, mas antes de uma legítima análise de mérito da proposta de decisão da AT no sentido de aplicar a CGAA.

A decisão do dirigente máximo do serviço deverá ser devidamente fundamentada (nos termos do artigo 63.º, n.º 3 do CPPT) e notificada ao contribuinte.

6.3.2.5 Recurso da decisão de aplicação da CGAA

Decidindo a AT pela aplicação da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, deverá o contribuinte recorrer dessa decisão, no caso de não concordar com a mesma.

O contribuinte pode invocar os vícios atinentes à aplicação da CGAA e, em consequência, a legalidade dessa decisão, no contexto da impugnação judicial da consequente liquidação adicional de imposto.

O contribuinte poderá recorrer, nos termos gerais⁴¹, do ato de liquidação com todas as consequências que daí derivam, tais como ter que proceder ao pagamento integral ou então a obrigatoriedade de constituição de garantia, sob pena de a AT poder proceder à cobrança coerciva da dívida de imposto em referência através do processo de execução fiscal.

6.4. Análise do Processo n.º 04255/10, de 15 de fevereiro

O processo n.º 04255/10⁴², de 15 de fevereiro constitui a primeira decisão de um tribunal superior sobre a aplicação da CGAA, prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

⁴¹ Artigo 95.º da LGT e artigo 99.º do CPPT.

⁴² Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul

Podemos estranhar que, existindo a CGAA há quase 12 anos, apenas naquela data surgiu a primeira decisão de um tribunal superior sobre a matéria. Segundo Amorim (2011, p. 225), este período de tempo é explicado não pela morosidade dos tribunais tributários, mas pela relutância da AT em aplicar esta disposição devido a «diversos motivos, que vão desde a desmensurada profusão de normas específicas antiabuso no nosso ordenamento jurídico, até à complexidade da fundamentação da decisão da aplicação da norma geral antiabuso.»

Esta sentença é crucial, tanto para os contribuintes como para a própria AT, dado que

[p]ara os contribuintes, este acórdão permite conhecer a forma como a Administração Tributária interpreta, quer a norma procedimental [...], quer a norma material [...]. Para a Administração Tributária, o facto de ter saído vencedora neste processo, confere seguramente algum conforto na aplicação da cláusula geral antiabuso e também deveria, desejavelmente, servir para “arrefecer” os seus ímpetos de criação e aplicação indiscriminada de normas específicas antiabuso (p. 226).

É necessário realçar que neste recurso para o Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS) estava apenas em causa o despacho do Diretor-Geral dos Impostos, que autorizou, a 16 de agosto de 2004, a aplicação da CGAA para efeitos da determinação da matéria coletável de IRC, ato que foi objeto de impugnação pelo sujeito passivo. Ou seja, a legalidade da liquidação adicional de IRC não foi diretamente analisada pelo TCAS, tendo sido apenas apreciada a autorização de aplicação da CGAA.

6.4.1. Apresentação do caso

A empresa «Jerónimo Martins, SGPS, SA», é uma entidade cotada em bolsa desde 1989, que desenvolve a sua atividade em três áreas distintas: distribuição, indústria e serviços. De modo a alcançar uma evolução acelerada, optou por uma estratégia de parcerias e negócios que determinou a estrutura acionista do grupo. Deste modo, a «Jerónimo Martins, SGPS, SA», é a empresa-mãe, detendo várias *sub-holdings* que participam em outras sociedades operacionais ligadas a diferentes negócios.

Em termos resumidos, o que estava em causa era um planeamento fiscal que consistia na interposição de sociedades sedeadas na Zona Franca da Madeira (ZFM) para financiar outras sociedades do grupo, de modo a transformar juros em dividendos não tributáveis, por força do regime da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, então constante no artigo 46.º do CIRC (na redação atual corresponde ao artigo 51.º - Eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos).

A Autora – a empresa «Recheio, SGPS, SA» - com sede em Portugal, tinha como objeto legal a gestão de participações sociais no sector da distribuição alimentar em Portugal e na Polónia. A 31 de dezembro de 2002 era participada em 84% pela «Servicompra – Consultores de Aprovisionamento, Lda.» (detida em 96% pela sociedade Jerónimo Martins, SGPS, SA) e 15,9% pela sociedade «Jerónimo Martins, SGPS, SA».

Por sua vez, a empresa «Recheio SGPS, SA» detinha 89% do capital social da sociedade «PSQ – Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários Lda.», sendo que os restantes 11% eram detidos pela sociedade «Jerónimo Martins, SGPS SA». Esta entidade era uma entidade sediada na ZFM, à data isenta de IRC ao abrigo do n.º 1 do artigo 41.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF)⁴³, e tinha como objeto social a prestação de serviços na área contabilística e económica, elaboração de estudos económicos, consultoria nas referidas áreas, gestão de carteira de títulos próprios e compra de imóveis para revenda.

De acordo com o relatório de inspeção elaborado pela AT, desde 1995 a 1997, a requerente terá transferido, através de um conjunto de transações, elevadas quantias monetárias a título de prestações suplementares de capital para «PSQ» que, por sua vez, posteriormente transferia (direta ou indiretamente)⁴⁴ esses mesmos montantes para empresas pertencentes ao grupo sediadas na Holanda sob a forma de empréstimos.

Paralelamente, no ano de 1997, «PSQ» celebrou um contrato de empréstimo obrigacionista com «Mont Blanc» - entidade não pertencente ao grupo e sediada nas Ilhas Channel – de duração de 10 anos, a uma taxa de 6,586% ao ano, com juros bianuais em março e

⁴³ De acordo com o decreto-lei 215/89 de 1/7

[a]s entidades que participem na constituição do capital social de empresas a instalar na Zona Franca da Madeira e Zona da Ilha de Santa Maria aproveitam, com dispensa de qualquer formalidade, de isenção de IRS ou de IRC relativamente aos rendimentos provenientes de juros e outras formas de remuneração de suprimentos, abonos ou adiantamentos de capital feitos pelos sócios às sociedades, aos lucros atribuídos aos sócios por essas sociedades e bem assim, aos resultantes dos juros e outras formas de remuneração devidos pelo facto de os sócios não levantarem os lucros de remunerações colocados à sua disposição.

⁴⁴ Mediante celebração de contrato de cedência de posição contratual, a empresa «Hermes – Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários, Lda.» (pertencente ao mesmo grupo e sediada na ZFM) cedeu à «PSQ» todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato de mútuo celebrado com «Tand BV».

setembro de cada ano. A «PSQ» recebeu na data do vencimento dos juros os valores correspondentes aos mesmos, tendo usufruído do benefício fiscal resultante do local da sua sede na figura de isenção de imposto sobre o rendimento.

A sociedade «PSQ» tinha como política de gestão que ao obter lucros, os mesmos eram distribuídos aos sócios. Ou seja, os rendimentos resultantes dos empréstimos efetuados às empresas sedeadas na Holanda e à sociedade «Mont Blanc» e não tributados na esfera da PSQ, foram distribuídos como dividendos pela mesma aos seus detentores de capital, nos quais se incluía a sociedade «Recheio».

É neste ponto que nos precisamos de centrar. Em 2003 é iniciado o procedimento de inspeção externa, relativamente aos exercícios económicos de 2000, 2001 e 2002 pela AT. Tendo a AT constatado que a única atividade de «PSQ» consistia na aplicação das prestações suplementares que recebe de «Recheio», «não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objeto social [...] nem registando quaisquer custos com despesas de pessoal afeto à empresa»⁴⁵, esta concluiu que o único objetivo para «PSQ» ter celebrado estes contratos «consistiu na eliminação da carga fiscal sobre os respetivos juros, a qual se traduziu, na esfera de A., numa redução significativa da base coletável a tributar, ou mais concretamente e nos três exercícios em questão, no aumento do prejuízo fiscal a reportar».

A AT aplicou a CGAA, tendo conseqüentemente resultado correções baseadas na não-aceitação da dedução de rendimentos por base no artigo 46.º do CIRC e na sua tributação nos termos do artigo 20.º do CIRC (proveitos e ganhos). A contribuinte, não concordando com as correções realizadas pela AT, interpôs recurso da decisão.

6.4.2. Como surgiu a problemática da *step transaction doctrine* no caso?

A empresa «Recheio» invoca quatro fundamentos de modo a sustentar o seu pedido de recurso. Estes são: em primeiro lugar, a violação do prazo legal para instauração do procedimento de aplicação da CGAA; de seguida, a violação do dever de boa-fé na fundamentação da Administração, no relatório do procedimento de inspeção tributária e no despacho que autorizou a aplicação da CGAA e que foi objeto da ação administrativa

⁴⁵ Acórdão do TCAS n.º 04255, de 15 de fevereiro.

especial; em terceiro lugar, a não verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA e, por último, que a interpretação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT não foi realizada de acordo com a CRP.

Quanto à questão da caducidade⁴⁶, o CPPT prescrevia no n.º 3 do artigo 63.º (atualmente revogado), que o procedimento de aplicação da CGAA podia «ser aberto no prazo de três anos após a realização do ato ou celebração do negócio jurídico objeto da aplicação das disposições antiabuso». Neste processo, a controvérsia consiste na determinação da data em que se inicia a contagem do prazo de 3 anos, sendo que a Recorrente defende que esta se inicia aquando da celebração dos contratos de mútuo, ou seja, de 1995 a 1997, enquanto a AT entende que o prazo começa a contar apenas com a receção dos acréscimos patrimoniais como dividendos dedutíveis, o que apenas aconteceu nos anos de 2000, 2001 e 2002.

Segundo a AT, sendo aplicada a designada *step transaction doctrine*, de acordo com a qual havendo uma sucessão de atos ou negócios jurídicos que se encontram relacionados entre si e têm o objetivo comum de alcançar uma vantagem fiscal, tais atos ou negócios jurídicos são sujeitos a um tratamento unitário, considerando-se que há apenas um ato global que incorpora todos os isolados, contando-se o prazo apenas desde este ato global.

Em oposição, «Recheio» não reconhece a legitimidade da AT para aplicar a CGAA e, conseqüentemente, a *step transaction doctrine*, pois entende que

[n]o caso concreto, dúvidas não existem que os atos ou negócios jurídicos em causa foram praticados/celebrados em 1995 a 1997. Ora, o texto da lei é claro, mandando contar o prazo a partir dos atos ou negócios. E claro é o entendimento que todas as ordens jurídicas fazem do prazo de caducidade específico de normal geral antiabuso ou estabelecido em geral e aplicável a esta. Assim, o direito da Administração Fiscal instaurar procedimento antiabuso contra a Recorrente, caducou em 2000, 2001 e 2002, respetivamente, pelo que todo o procedimento que originou as correções impugnadas é ilegal, por intempestividade.

A requerente adiciona que a *step transaction doctrine* em nada tem a ver com a situação em causa, pois, uma coisa é entender que os atos ou negócios jurídicos desenvolvem-se ao longo do tempo e outra, completamente distinta, é considerar que tais atos ou negócios

⁴⁶ No processo n.º 04255, a caducidade foi definida como sendo «o instituto através do qual os direitos que, por força da lei ou de convenção das partes, se devem exercer dentro de certo prazo, se extinguem pelo seu não exercício durante o mesmo prazo».

jurídicos conhecem um espaço temporal concreto, imediato – não prolongado – e balizado, mas os seus efeitos jurídicos apenas se produzem posteriormente.

Defende, deste modo, a «Recheio» que é errado considerar, ao abrigo da *step transaction doctrine*, que a operação se prolongou até aos anos de 2000, 2001 e 2002, dado que os «contratos de mútuo em causa conheceram as suas balizas temporais de forma cristalina e estabilizada: eles respeitam a 1995, 1996 e 1997. Tudo o resto respeita às consequências jurídicas desses mesmos contratos».

Após análise da situação controvertida, o TCAS concordou com a aplicação da *step transaction doctrine*, concluindo que

nos casos dos autos, encontramos-nos perante um conjunto complexo de atos sujeito a uma arquitetura global, nos quais vamos encontrar eventos probatórios, como aqueles a que quer dar realce a A., tal como outros com características complementares, somente a sua visão completa se detetando o desenho elisivo. São as denominadas “step by step transactions” nas quais se encontra uma “facti species” complexa, envolvendo uma sucessão de atos/negócios coordenados entre si, embora possam ocorrer em momentos temporais diversos, e com o objetivo comum de conseguir uma vantagem fiscal. Face a esta espécie de operações, deve o aplicador da lei operar um tratamento integrado visualizando-as como uma única transação, propendendo para um único e final resultado. Trata-se da “step transaction doctrine”, a qual se deve aplicar ao caso dos autos.

Como consequência, a aplicação da CGAA é legítima e deve ser aplicada «ao momento decisivo e final que é representado, “in casu”, pela receção de acréscimos patrimoniais como dividendos dedutíveis, em vez de juros, que seria o que aconteceria na ausência da operação compósita evasiva».

Perante o exposto, o TCAS considerou improcedente este fundamento apresentado pela Recheio.

É necessário ressaltar que o entendimento do tribunal não é partilhado por inúmeros elementos da doutrina portuguesa. Tendo uma opinião contrária à do TCAS, Amorim (2011, p. 232) sustenta que a aplicação da *step transaction doctrine* «esbarra frontalmente com o texto da lei que [...] está centrada no acto ou negócio jurídico e utiliza as expressões “celebração do negócio” e “realização do acto” e não em expressões “efeito do negócio” ou “finalidade do acto”».

6.4.3. Legitimidade da aplicação da *step transaction doctrine*: realização dos três testes

A *step transaction doctrine*, de base anglo-saxónica, foi acolhida no acórdão em análise sem reservas, o que representou um marco histórico na jurisprudência portuguesa. Porém, Garcia e Fernandes (2011:246) demonstram um maior grau de precaução sustentando «que não se deve proceder a uma receção acrítica do conceito de *step transaction doctrine* e que a mesma carece de adicional desenvolvimento jurisprudencial para a sua densificação». Para tal, o desenvolvimento de critérios de modo a definir quando um conjunto de transações é passível de ser entendido de forma compósita torna-se imperativo.

Dado que o ordenamento jurídico português não prevê critérios para esta finalidade, com o intuito de verificar se foi legítimo a utilização desta doutrina no acórdão em estudo, iremos aplicar os testes elaborados pela jurisprudência americana: o *binding commitment test*, o *interdependence test* e o *end result test*.

6.4.3.1. *Binding commitment test*

Como referido anteriormente, segundo este teste, passos individuais serão tratados como um em sede fiscal se, no momento onde o primeiro passo foi tomado, o contribuinte estava vinculado a completar os restantes passos.

Segundo a jurisprudência americana, a falta de um *binding commitment* só deve ser determinativo em situações onde um período substancial de tempo é passado entre os passos, sendo que nas restantes circunstâncias, a sua presença ou ausência deve ser apenas um fator a ter em consideração (Keinan, 2007). No caso em questão, o esquema desenvolveu-se entre os anos de 1995 e 2002, dado que em 1995 deu-se a primeira transação entre «Recheio» e «PSQ» (pelo menos, a primeira analisada pela AT) e, em 2002 ocorreu o vencimento dos juros dos empréstimos concedidos às empresas sediadas na Holanda e nas Ilhas Channel. Sendo que as transações ocorrem num período de 7 anos, a aplicação do *binding commitment test* revela-se não só pertinente, como crucial.

Consistentemente, «a court applying the binding commitment test will normally search for a formal commitment, typically in the form of an agreement between the parties to complete the remaining steps» (Keinan, 2007:67). Contudo, a existência de um contrato formal não é um pré-requisito. O tribunal americano, no caso Merrill Lynch & Co.

Comm’r⁴⁷, afirmou que «[a] binding commitment or even an agreement in principle that each step of a plan will occur is not a prerequisite for finding that a firm and fixed plan existed».

No acórdão em análise, nem a AT nem o próprio TCAS fazem menção de que «Recheio» demonstrava alguma obrigação em completar todos os passos deste esquema complexo. Porém, entendemos que é possível demonstrar que existia um plano detalhadamente estruturado cujo objetivo era alcançar um tratamento fiscal mais favorável.

Segundo os factos provados, «a única atividade contabilisticamente registada pela empresa “PSQ” consiste na aplicação das prestações suplementares que recebe de A., não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objeto social [...] nem registando quaisquer custos com despesas de pessoal afeto à empresa». Assim, podemos-nos questionar: qual o objetivo da existência de «PSQ»?

Sendo esta entidade controlada pelos mesmos acionistas de Recheio, pois «gerentes da PSQ constam nos quadros de outras empresas do grupo “Jerónimo Martins”, sendo remunerados pela “Jerónimo Martins Serviços” ou pela “Jerónimo Martins, SGPS, S.A.”, a empresa que detém 84% da A. e 89% da “PSQ”», entendemos que a única finalidade de «PSQ» foi a possibilidade de invocar a isenção de tributação ao abrigo do regime especial vigente na ZFM, que conduziu ao aumento de proveitos dos acionistas. Deste modo, podemos concluir que a existência de «PSQ» demonstra a existência de um esquema previamente elaborado por parte do contribuinte.

6.4.3.2. *Interdependence test*

De acordo com o *interdependence test*, diferentes passos serão tratados como um se, após o seu estudo, se verifica que são interdependentes. Para aplicar o *interdependence test* objetivamente, «courts may compare the disputed transaction with those usually expected to occur in otherwise bona fide business settings» (Keinan, 2007:73).

Sinteticamente, o esquema em questão era o seguinte:

1. «Recheio» realizava prestações suplementares de capital a PSQ;
2. «PSQ» fazia mútuos - com o mesmo montante e no mesmo dia - a outras empresas;
3. As empresas faziam o reembolso dos capitais mutuados a «PSQ»;

⁴⁷ Merrill Lynch & Co. v. Comm’r, 120 T.C. 12, 100 (2003).

4. «PSQ» transferia dividendos dedutíveis – com mesmo montante e no mesmo dia – para «Recheio».

Sendo que os sócios que controlam «Recheio» são os mesmos que controlam duas das três empresas («Eurocash – Holding BV» e «Tand BV») que «PSQ» realizou empréstimos, podemos perguntar porque razão «Recheio» não realizou diretamente para estas as prestações suplementares de capital ou celebrou contratos de mútuo. O incorrimento por uma via mais elaborada, onde as entidades realizam inúmeras transações a título de prestações suplementares de capital e empréstimos entre elas, demonstra um comportamento claramente estudado, que, num contexto fora de grupo, não encontra justificação.

Outro aspeto que, na nossa perspetiva, demonstra a interdependência das transações, é a incapacidade de «PSQ» em cumprir os contratos de mútuo sozinha. Dado que a única atividade de «PSQ» é a aplicação das prestações suplementares que recebe de Recheio e o facto de que os empréstimos concedidos por esta eram realizados no mesmo dia e pelo mesmo montante das prestações recebidas, torna-se evidente que «PSQ» dependia financeiramente de «Recheio». É evidente, assim, que a celebração dos contratos de mútuo são dependentes das prestações suplementares de capital.

No âmbito deste teste, a este esquema deve ser aplicada a *step transaction doctrine*.

6.4.3.3. End result test

Segundo este teste, passos individuais serão considerados como um se fizerem parte de uma «estrutura, enquanto conjunto de atos ou negócios sequenciais, lógicos e planeados, organizados de modo unitário (encadeados), com vista a atingir o objetivo fiscal visado, assegurando ainda o efeito económico pretendido» (Courinha, 2009:168). Ou seja, este teste analisa a relação entre os passos tomados e a intenção do contribuinte ou resultado esperado. No ordenamento jurídico português, esta vertente é analisada pelo elemento intelectual da CGAA, «o qual tem a ver com a motivação fiscal do contribuinte, portanto, com o facto dos atos ou negócios pelo mesmo praticados serem essencial ou principalmente dirigidos ao resultado que é a vantagem fiscal»⁴⁸.

Tendo sido demonstrado que de modo deliberado «Recheio» usou a sua participada «PSQ» «para conceder os empréstimos a outras empresas por forma a socorrer-se do seu

⁴⁸ Acórdão do TCAS n.º 04255, de 15 de fevereiro.

estatuto de isenção em sede de IRC para eliminar a tributação fiscal, convertendo juros pagos em resultado de tais empréstimos em dividendos, dedutíveis ao abrigo do artigo 46.º do CIRC», o TCAS entendeu que o elemento meio é preenchido.

Consequentemente, o *end result test* segue o mesmo raciocínio, legitimando a aplicação da *step transaction doctrine* no caso em apreço.

Após a realização dos três testes da *step transaction doctrine* elaborados pela jurisprudência americana, podemos concluir que à situação descrita no processo n.º 04255 do TCAS deve ser aplicada a doutrina e, consequentemente, o conjunto de transações devem ser tributadas como de acordo com a sua «verdadeira» substância económica. Porém, ressaltamos que, a nosso entender, não deveria ter sido aplicada a doutrina automaticamente, sem anteriormente ter sido verificados ou estes mesmos testes ou critérios semelhantes. A aplicação desta doutrina tem um impacto significativo na esfera do contribuinte e, por isso, deve ser restringida de modo a salvaguardar os direitos dos sujeitos passivos.

7. Conclusão

No presente estudo, tomámos como ponto de partida a inexistência de neutralidade do sistema fiscal, significando tal facto que a tributação sobre os contribuintes é suscetível de influenciar as suas escolhas, já que pode afetar os resultados por si gerados a final.

Após revisão da literatura considerada mais relevante sobre a temática em análise, definimos o conceito de planeamento fiscal, demonstrámos de que modo a eleição da forma jurídica pode influenciar a carga tributária a que os contribuintes estão sujeitos e, por fim, demonstrámos as limitações da sua autonomia privada. Subsequentemente, sublinhámos que o planeamento fiscal realizado dentro dos limites da lei é um ato legítimo, sendo mesmo, em certas circunstâncias, incentivado pelo próprio legislador.

Estabelecidos estes aspetos, há que realçar que o objetivo principal deste estudo é demonstrar a proeminência do princípio da prevalência da substância sobre a forma, a qual constitui um instrumento de combate contra o planeamento fiscal abusivo. Com a escolha e tratamento deste aspeto, procurámos destacar que o planeamento fiscal legítimo não é apenas aquele que é realizado segundo a letra da lei, mas aquele que respeita também o seu espírito.

Deste modo, e tendo em consideração que este estudo visa, outrossim, criar condições para outros trabalhos de investigação, passamos a dar nota das nossas principais conclusões:

1. Os impostos têm um impacto significativo e permanente nas transações dos sujeitos passivos, pelo que a fiscalidade deve ser integrada no seu processo de decisão. É desta falta de neutralidade que surge a questão do planeamento fiscal.
2. O planeamento fiscal deve ser realizado em função do seu objetivo e não do seu resultado, significando que deve ser visto como uma atividade lícita e desenvolvida pelo sujeito passivo como meio de apoio às suas decisões, uma vez que a fiscalidade tem sobre ela um impacto permanente.
3. A autonomia privada do sujeito passivo não é ilimitada, pois este só tem legitimidade de agir dentro da sua própria esfera jurídica.
4. A distinção entre o planeamento fiscal legítimo e ilegítimo é extremamente difícil de ser feita, dado ser difícil encontrar o equilíbrio entre a autonomia privada do contribuinte e o princípio da igualdade e da justiça.

5. A decisão Gregory v. Helvering é um marco na história do Direito Fiscal, continuando a ser relevante nos dias de hoje. A decisão fixou, na altura, o modelo de interpretação económica do Direito Fiscal, cunhando a doutrina da prevalência da substância sobre a forma.
6. A *substance over form doctrine* é uma ferramenta interpretativa judicial que procura que as transações sejam tributadas de acordo com a sua substância económica e não segundo a sua forma legal.
7. A aplicação desta doutrina é difícil de realizar, pois a sua legitimidade não só depende dos factos e circunstâncias de cada caso, como também de inúmeros fatores como a existência de um *business purpose*, a reflexão da substância económica na transação e o facto de estarmos perante uma *at arm's length transaction*. Deste modo, torna-se difícil estabelecer regras claras de modo a apurar, a priori, quais transações devem ser consideradas ilícitas em sede fiscal.
8. Porque a doutrina é aplicada de forma diferente em cada caso, esta foi desenvolvida em inúmeras direções, originando quatro outras doutrinas: a *business purpose doctrine*, a *sham transaction doctrine*, a *step transaction doctrine* e, por fim a *economic substance doctrine*.

Estas, apesar de apresentarem características diferentes, são constantemente utilizadas em conjunto de modo a legitimar, ou não, os benefícios fiscais associados a uma transação ou conjuntos de transações.

9. Em Portugal, a ideia da prevalência da substância sobre a forma está presente no ordenamento jurídico, porém não do mesmo modo que na jurisprudência americana. Não é entendido que a substância económica deve, imperativamente, sobrepor-se à figura legal. Mas sim, é comparada a substância económica à forma legal empregue de modo a apurar a artificialidade do comportamento do sujeito passivo.
10. A interpretação da lei fiscal segundo a sua substância económica, encontra-se prevista no n.º 3 do artigo 11.º da LGT, e só deve ser empregue em última instância. Significando assim que no ordenamento português, embora a norma vá de encontro com a ideologia de prevalência da substância sobre a forma, não determina que a substância económica se sobreponha sempre à figura legal.
11. A CGAA, prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, considera ineficazes em sede fiscal os atos jurídicos realizados com o principal ou único objetivo de, por meios

artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, obter um tratamento fiscal mais favorável que não seria alcançável sem a utilização desses meios.

12. O artigo 63.º do CPPT consagra o procedimento especial de aplicação da CGAA, com garantias mais profundas a favor do contribuinte, justificadas pela natureza da norma em questão e das potenciais lesões que pode causar aos direitos e garantias do contribuinte, ao impor à AT a notificação do projeto de aplicação da CGAA, com um dever de fundamentação, a audição prévia do contribuinte com um prazo mais alargado e a exigência da formalidade essencial de a aplicação da CGAA ser precedida da autorização do dirigente máximo do serviço competente.
13. O acórdão do TCAS, proferido no processo n.º 04255, objeto de análise ao longo deste estudo, é extremamente importante na jurisprudência portuguesa, dado constituir a primeira decisão judicial tomada em Portugal pelos Tribunais Tributários superiores que versou sobre a aplicação da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.
14. De acordo com o entendimento do TCAS, a contribuinte «Recheio» utilizou empresas sediadas na ZFM com o único objetivo de, através dos benefícios fiscais vigentes naquele território, converter acréscimos patrimoniais em dividendos dedutíveis.
15. Através da realização e satisfação do *binding commitment test*, do *interdependence test* e do *end result test*, concluímos que o conjunto de transações estudadas neste acórdão devem ser sujeitas à *step transaction doctrine*, o que coincide com a decisão do TCAS. Porém, somos da opinião que tal aplicação não deve ser feita automaticamente, de modo a salvaguardar os direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes.

8. Bibliografia

Não-periódicos

Casalta Nabais, J. (2011). *Direito Fiscal* (6ªed.). Coimbra: Almedina.

Casalta Nabais, J. (2015). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina.

Courinha, G. L. (2009). *Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão*. Coimbra: Almedina.

Fernandes de Oliveira, A. (2009). *A legitimidade do planeamento fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora.

Freitas Pereira, M. H. (2012). *Fiscalidade* (4ª ed.). Coimbra: Almedina.

Gomes Canotilho, J. J. (2003). *Direito Constitucional e o Teoria da Constituição* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.

Gomes Canotilho, J. J., Vital Moreira. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada: Vol I*. (4ªed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Guerreiro, A. L. (2000). *Lei Geral Tributária Anotada*. Lisboa: Rei dos Livros.

Hespanha, A. M., (2009). *O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje* (2ªed.). Coimbra: Almedina.

Leirião, P. M. (2012). *A cláusula geral Antiabuso e o seu procedimento de aplicação*. Porto: Vida Económica.

Leite de Campos, D., Rodrigues, B. S., Lopes de Sousa, J. (1998). *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*. Viseu: Vislis Editores.

Leite de Campos, D. (1999). Interpretação das normas fiscais. In *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (pp. 19-31). Lisboa: Vislis Editores.

Leite de Campos, D., Costa Andrade, J. (2008). *Autonomia Contratual e o Direito Tributário*. Coimbra: Almedina.

Leite de Campos, D., Leite de Campos, M. H. (2000). *Direito Tributário* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Marreiros, J. M. M (2018). *Sistema Fiscal Português - Códigos fiscais e outra legislação fundamental* (14ª ed.). Lisboa: Áreas Editora, SA.

Martinez. S. (2003). *Direito Fiscal* (10ª ed.). Coimbra: Almedina.

Saldanha Sanches, J. L. (2006). *Os limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Saldanha Sanches, J. L. (2006). As duas Constituições. In *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal* (pp. 39-70). Coimbra: Coimbra Editora.

Saldanha Sanches, J. L. (2007). *Manual de Direito Fiscal* (3ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Vasques, S. (2011). *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.

Xavier, A. (1978). *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Xavier, A. (1981). *Manual de Direito Fiscal, Vol. I*. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa.

Zippelius, R. (1997). *Teoria Geral do Estado (3ªed.)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Periódicos

Amaral Neto, F. S. (1989). A Autonomia Privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, 26 (102), 207-230.

Amorim, P. P. (2011). Anotação à primeira de um tribunal superior sobre a aplicação da cláusula geral anti-abuso (comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 15 de Fevereiro de 2011 – Processo n.º 04255). *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4 (2), 225-235.

Bankman, J. (2000). The Economic Substance Doctrine. *Southern California Law Review*, 74 (5), 5-30.

- Bitker, B. I. (1978). Pervasive judicial doctrines in the construction of the Internal Revenue Code. *Howard Law Journal*, 21, 693-726.
- Costa, E. D. (2015). A substância económica dos factos tributários: as normas anti abuso e os limites da licitude do planeamento fiscal. *Revista eletrónica de Direito*, (3).
- Cunningham, N. B., Repetti, J. R. (2004). Textualism and Tax Shelters. *Boston College Law School*, 24, 1-70.
- Donaldson, J. B. (1964). When substance-over-form is available to the taxpayer. *Marquette Law Review*, 48 (4), 41-52.
- Garcia, N. O., Fernandes, J. A. (2011). Cláusula Geral anti-abuso – Opus I: Comentário ao acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10). *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4 (2). 238-246.
- Graber, B. D., (2000). Can the battle be won? Compaq, the sham transaction doctrine, and a critique of proposals to combat the corporate tax shelter dragon. *University of Pennsylvania Law Review*, 149 (355). 355-398.
- Grewal, A. S. (2007). Economic Substance and the Supreme Court. *Tax Notes*, 969-996
- Lederman, L. (2010). W(h)ither economic substance?. *Iowa Law Review*, 95, 389-444.
- Jellum, L. D. (2014). Codifying and «miscodifying» judicial anti-abuse tax doctrines. *Virginia Tax Review*, 33, 579-627.
- Keinan, Y. (2005). The Many Faces Of The Economic Substance’s Two-Prong Test: Time For Reconciliation?. *New Yorker Journal of Law and Business*, 371.
- Keinan, Y. (2007). Rethinking the role of the judicial step transaction principle and a proposal for codification. *Akron Tax Journal*, 22 (45), 45-100.
- Knight, R. A., Knight, L. G. (1991). Substance over form: the cornerstone of our tax system or a lethal weapon in the IRS’s arsenal?. *Akron Tax Journal*, 8 (3), 91-107.
- Sancilio, P. (2013). Clarifying (or is it codifying?) the «notably abstruse»: step transactions, economic substance, and the tax code. *Columbia Law Review*, 113 (138), 138-179.

Schneider, D. M. (2009). Use Of Judicial Doctrines In Federal Cases Decided By Trial Courts, 1993-2006: A Quantitative Assessment. *Cleveland State Law Review*, 57 (35), 35-75.

Summers, R. S. (1961). A critique of the business-purpose doctrine. *Cornell Law Library*, 41, 38-48.

Waizer, H. (1981). Business Purpose Doctrine: the effect of motive on the Federal Income Tax liability. *Fordham Law Review*, 49 (7), 1078-1096.

Dissertações

Fernandes, F. J. S. (2012). A Decisão Fiscal Planificadora (Dissertação, Universidade do Minho, Braga, Portugal). Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/21360>.

Ferreira, A. M. P. (2015). Segurança jurídica: um travão europeu ao legislador fiscal? (Dissertação, Universidade Católica de Portuguesa, Lisboa, Portugal). Disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20289/1/2015.07.28%20Seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica_%20um%20trav%C3%A3o%20europeu%20ao%20legislador%20fiscal.pdf

Legislação

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

The Problem of Corporate Tax Shelters: Discussion, Analysis and Legislative Proposals disponível em <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-Corporate-Tax-Shelters-1999.pdf>.

Jurisprudência nacional

Acórdão do TC n.º 756/95, de 27 de março de 1996 disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/est_busca_palavras.php?buscajur=venerandos&ficha=138&pagina=4&exacta=&nid=765.

Processo do TCAS n.º 04255, de 15 de fevereiro de 2011 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/0/717922be4ecb14e1802578490059ddf7?OpenDocument>.

Jurisprudência internacional

Andantech L.L.C., 83 T.C.M. (CCH) disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/331/972/510915/>.

Asa Investering Partnership, et al. V. Commissioner of Internal Revenue, 201 F. 3d. 505 disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1177405.html>.

Campana Corp, v. Harrison (114 F.2d 400 (7th Cir. 1940) disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/114/400/1550792/>.

Commissioner v. Clark, 489 U.S. 726, 738 (1989) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/726/case.html>.

Commissioner v. Court Holding Co., 324 U.S. 331 (1945) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/324/331/case.html>.

Comm'r v. Gordon, 391 U.S. 83, 97 (1968) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/83/>.

Commissioner v. Transportation Trading & Terminal Corp., 176 F. 2d 570, 572 (2d Cir. 1949) disponível em <https://www.courtlistener.com/opinion/1484901/commissioner-of-int-rev-v-transport-trad-term-corp/>.

Frank Lyon Co. v. United States, 435 U.S. 561, 582 (1978) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/561/case.html>.

Goldstein v. Comm'r, 364 F.2d 734, 739 (2d Cir. 1966) disponível em <https://openjurist.org/364/f2d/734/goldstein-v-commissioner-of-internal-revenue>.

Helvering v. Gregory, 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934) disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/69/809/1562063/>.

Higgins v. Smith, 308 U.S. 473 (1940) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/473/case.html>.

Knetsch v. United States, 364 U.S. 361 (1960) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/361/case.html>.

Levy. Comm'r, 91 T.C. 838, 855 (1988) disponível em <https://casetext.com/case/levy-v-commissioner-of-internal-revenue-7>.

Long Term Capital Holdings v. United States, 330 F. Supp. 2d 122, 136 (D. Conn. 2004) disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/330/122/2314334/>.

Grove v. Commr, 490 F.2d 241, 247 (2d Cir. 1973) disponível em <https://openjurist.org/490/f2d/241/grove-v-commissioner-of-internal-revenue>.

Kanawha Gas & Util's Co. v. Comm'r, 214 F.2d 685, 691 (1954) disponível em <https://www.casemine.com/judgement/us/59149f93add7b0493466becf>.

Long Term Capital Holdings v. United States, 330 F. Supp. 2d 122 (D. Conn. 2004) disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/330/122/2314334/>.

McWilliams v. Commissioner 331 U.S. at 454 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/694/case.html>.

Merrill Lynch & Co. v. Comm'r, 120 T.C. 12, 100 (2003) disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1235499.html>.

Minnesota Tea Co. v. Helvering, 302 U.S. 609, 613 (1938) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/609/case.html>.

Rice's Toyota World, Inc. v. Comm'r, 752 F.2d 89, 91 disponível em <https://openjurist.org/752/f2d/89/rices-toyota-world-inc-v-commissioner-of-internal-revenue>.

Security Industrial Insurance Company, Plaintiff-appellee, v. United States of America, Defendant-appellant, 702 F.2d 1234 (5th Cir. 1983) disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/702/1234/329393/>.

Smith v. Commissioner, 78 T.C. 350 (1982) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/726/case.html>.

United Parcel Serv. of Am., Inc. v. Comm'r (UPS), 254 F.3d 1014, 1018 (11th Cir. 2001)
disponível em <https://openjurist.org/254/f3d/1014/united-parcel-service-of-america-inc-v-commissioner-of-internal-revenue>.