

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



ISCAL

PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO  
INTERNACIONAL, SEUS LIMITES LEGAIS,  
LEGISLAÇÃO EUROPEIA E SOLUÇÕES FUTURAS

---

Fernando Almeida – 20170063

Lisboa, março de 2021

---



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

PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO  
INTERNACIONAL, SEUS LIMITES LEGAIS,  
LEGISLAÇÃO EUROPEIA E SOLUÇÕES FUTURAS

Fernando Almeida - 20170063

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 da Professora Doutora e Dra. Clotilde Celorico Palma.

Constituição do Júri:

Presidente - Professor Doutor Francisco Domingos

Arguente - Professor Especialista Jesuino A. Martins

Vogal - Professora Doutora Clotilde Palma

Lisboa, março de 2021

## **A g r a d e c i m e n t o s**

À minha família e aos meus colegas da equipa da inspeção tributária, pela força e motivação que me deram, para levar adiante este trabalho.

Um especial agradecimento à Doutora Clotilde Palma, por ter aceite ser a minha orientadora nesta dissertação e pelos conhecimentos que me transmitiu nesta área, objeto do meu trabalho.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo o planeamento fiscal agressivo e os mecanismos adotados pelas instituições Europeias e internacionais, no combate a esse flagelo.

Para melhor se compreender o fenómeno do Planeamento fiscal abusivo e elisão fiscal, nada é mais importante que entender-se o seu conceito, pelo que, começou-se a dissertação, pela clarificação de alguns conceitos relevantes para o assunto em análise, nomeadamente, a definição de comportamentos *intra legem*, *contra legem* e *extra legem*.

É igualmente importante, verificar como a Jurisprudência do Tribunal Justiça da União Europeia (TJUE), tem definido a elisão fiscal, através da definição da expressão, «*expedientes meramente artificiais*» e a aplicação do princípio da substância sobre a forma.

Posteriormente importava conhecer os mecanismos estabelecidos pelas instituições e organismos internacionais, no qual Portugal é membro integrante, que tentam combater e limitar a elisão fiscal, para o efeito, analisou-se o projeto BEPS apresentado pela OCDE, em 2013, que vai influenciar todos os trabalhos futuros, inclusive vai originar o pacote anti abuso da União Europeia, que engloba uma Diretiva, que vai ser analisada igualmente, em todas as suas áreas.

Para finalizar o enquadramento teórico, foi efetuada um resumo de cada uma das normas fiscais anti abuso, plasmadas no ordenamento jurídico fiscal Português, já atualizadas com a transposição da Diretiva anti abuso da União Europeia, bem como, da lei 26/2020, de 21 julho, que revoga o DL 29/2008 de 25 fevereiro.

Seguidamente, efetuar-se-á um estudo de cinco casos práticos, sobre a aplicação das várias cláusulas específicas e geral anti abuso, por parte da AT, com quatro decisões do CAAD e um acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, finalizando-se o trabalho com uma análise comparativa entre essas normas anti abuso que constam na legislação fiscal Nacional com as plasmadas no normativo jurídico de países como, a Espanha, França e Canada.

**Palavras chave:** Planeamento fiscal agressivo, elisão fiscal, paraíso fiscal, normas fiscais anti abuso, BEPS.

## ABSTRACT

The present dissertation has as object of study the aggressive tax planning and the mechanisms adopted by the European and international institutions, in the fight against this scourge.

To understand better, the phenomenon of aggressive tax planning or tax avoidance, nothing is more important than the sense of its concept, which is why the dissertation started, by clarifying some important issues relevant to the subject under analysis, namely, the definition of *intra legem*, *contra legem* and *extra legem* behavior.

It is also important to verify how the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU), has defined tax avoidance, through the definition of the expression, "merely artificial expedients" and the application of the substance principle over the form.

Posteriorly, it was important to know the mechanisms established by international institutions and organizations, in which Portugal is an integral member, which try to combat and limit tax avoidance. For this purpose, the BEPS project presented by the OECD in 2013 was analyzed, which will influence all future work, including the European Union's anti-abuse package, which includes a Directive, which will be analyzed equally, in all its areas.

To finalize the theoretical framework, a summary was made of each of the anti-abuse tax rules, made in the Portuguese tax legal system, already updated with the transposition of the European Union's anti-abuse Directive, as well as of law 26/2020, of 21 July, which revokes DL 29/2008 of 25 February

Then, will be carried out a study of five practical, on the application of the several specific and general anti-abuse clauses, by the AT, with four decisions of the CAAD and a judgment of the Central Administrative Court of the South.

Finally, I ending the work with a comparative analysis between these anti-abuse norms that appear in the National tax legislation with those reflected in the legal regulations of countries like Spain, France and Canada.

**Keywords:** Aggressive tax planning, tax avoidance, tax haven, tax anti avoidance rules, BEPS.

## INDICE

<b>Capítulo I - Introdução</b> .....	1
<b>Capítulo II - Conceito de Planeamento fiscal agressivo e seus limites:</b> .....	5
<b>1 –A liberdade de planeamento fiscal conjugado com as necessidades de recursos financeiros de um Estado Fiscal:</b> .....	5
<b>2 – O princípio da neutralidade do sistema fiscal:</b> .....	7
<b>3 – Delimitação do planeamento fiscal, comportamentos “intra legem”, “extra legem” e “contra legem”:</b> .....	8
<b>3.1 – Planeamento fiscal intra legem (tax planing)</b> .....	9
<b>3.2 – Comportamento extra legem, planeamento fiscal abusivo e elisão fiscal</b> .....	10
<b>3.3 – Comportamentos intra legem versus extra legem</b> .....	15
<b>3.4 – Comportamento contra legem</b> .....	16
<b>3.5 – Uma solução global para o Planeamento fiscal agressivo:</b> .....	16
<b>Capítulo III - Mecanismos transnacionais e nacionais de combate ao PFA</b> .....	17
<b>1 – O novo contexto internacional com implicações no Estado Fiscal</b> .....	17
<b>2 – Os limites ao planeamento fiscal no âmbito da OCDE</b> .....	19
<b>3 – O projeto BEPS ((Base Erosion and Profit Shifting)</b> .....	21
<b>3.1 – Estratégias de planeamento fiscal agressivo detetadas</b> .....	22
<b>3.2 – Caracterização do projeto BEPS</b> .....	22
<b>3.3 – Causas para apresentação do relatório projeto BEPS</b> .....	25
<b>3.4 – Algumas críticas apontadas ao projeto BEPS</b> .....	26
<b>3.5 – As ações do projeto BEPS</b> .....	27
<b>3.6 – Preços de transferência e cadeia de valor</b> .....	28
<b>3.7 – A interação da economia digital (ação 1), com outras ações</b> .....	29
<b>3.8 – O instrumento multilateral do projeto BEPS (ação 15)</b> .....	30
<b>3.9 – O projeto BEPS como fonte inspiradora para o combate futuro ao PFA</b> .....	31
<b>4 – O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas</b> .....	32
<b>5 – A intervenção da União Europeia na luta contra o PFA</b> .....	35
<b>5.1 - As recomendações da Comissão Europeia</b> .....	36

5.2 – O pacote fiscal anti abuso da União Europeia .....	37
5.3 – A lista da União Europeia, das Jurisdições não cooperantes:.....	39
5.4 – Pacote fiscal da Comissão Europeia de 15-07-2020 .....	40
5.4.1 – COM (2020) 312 final.....	41
5.4.2 - COM (2020) 313 Final .....	49
5.4.3 - COM (2020) 314 Final .....	57
6 – A Diretiva anti elisão fiscal (ATAD 1).....	62
6.1 - Regras de limitação da dedutibilidade dos juros .....	63
6.1.1 – A importância da jurisprudência do TJUE.....	63
6.1.2 – O regime do art.º 4.º da ATAD 1 .....	65
6.2 - Impostos à saída (Exit Tax) .....	67
6.2.1 – Conceito e objetivos .....	67
6.2.2 – O regime do art.º 5.º da ATAD 1 .....	68
6.2.3 – A importância da jurisprudência do TJUE.....	69
6.3 - A regra de inversão (switch over) .....	72
6.4 - As regras CFC .....	73
6.4.1 – Conceito e objetivos .....	73
6.4.2 – As regras CFC e as liberdades fundamentais do TFUE .....	74
6.4.3 – A importância da jurisprudência do TJUE, o caso Cadbury Schweppes .....	76
6.4.4 – O regime da ATAD 1 .....	78
6.5 – Regra Geral Anti Abuso.....	81
6.5.1 – O regime do art.º 6.º da ATAD 1 .....	82
6.6 – Assimetrias híbridas .....	84
6.6.1 – O regime da ATAD 1 .....	84
6.6.2 – As alterações promovidas pela ATAD 2.....	85
6.7 – Ceticismo relativo à implementação da ATAD 1:.....	88
7 - A Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio de 2018.....	89
8 – Os limites ao planeamento fiscal no âmbito da legislação Portuguesa.....	92
8.1 – A Cláusula Geral Anti abuso no ordenamento jurídico fiscal Português.....	93
8.1.1 – O regime do art.º 38.º n.º 2 da LGT.....	93
8.1.2 – O procedimento próprio do art.º 63.º CPPT .....	94
8.1.3 – Os elementos que compõem a CGAA: .....	95

8.2 - Pagamento a entidades não residentes sujeitos a regime fiscal privilegiado: .....	98
8.3 - Preços de transferência (art.º 63.º CIRC).....	99
8.3.1 - Métodos de determinação dos preços de transferência .....	101
8.3.2 – Métodos aceites .....	103
8.3.3 – O dever especial de fundamentação exigido.....	108
8.4 - Regras Controlled Foreign Corporation (CFC rules) (art.º 66.º do CIRC):.....	109
8.5 - Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento (art.º 67.º do CIRC).....	111
8.6 - Tributação à saída (Exit Tax): .....	112
8.6.1 – A norma do n.º 6 do art.º 16.º do CIRS: .....	113
8.6.2 – As normas dos arts.º 83.º e 84.º do CIRC: .....	113
8.7 - Restrições ao reporte e dedução de prejuízos fiscais: .....	113
8.8– A Lei n.º 26/2020, de 21 julho .....	114
8.9 - O Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM) .....	127
<b>Capítulo IV – Jurisprudência sobre a aplicação da CGAA e das CEEA .....</b>	<b>131</b>
<b>1 – Jurisprudência sobre a aplicação da CGAA .....</b>	<b>131</b>
1.1– Processo n.º 441/2018 – T do CAAD (decisão de 15 de maio 2019) .....	131
1.1.1– Apreciação crítica da decisão do CAAD .....	142
<b>2 - Aplicação da norma sobre pagamentos a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado:.....</b>	<b>146</b>
2.1 - Processo n.º 380/2018 – T do CAAD, decisão de 17-06-2019 .....	146
2.1.1 – Apreciação crítica da decisão do CAAD .....	157
<b>3 - Aplicação da regra sobre preços de transferência (art.º 63 CIRC).....</b>	<b>160</b>
3.1 - Processo n.º 511/2018-T do CAAD (decisão de 10 outubro 2019) .....	160
3.1.1 – Apreciação crítica da decisão do CAAD .....	174
3.2 – Acórdão de 14 novembro de 2019 do TCAS, processo n.º 10/17.9BCLSB .....	176
3.2.1 – Apreciação crítica do acórdão do TCAS .....	184
<b>4 - Aplicação do art.º 67.º CIRC sobre a dedutibilidade dos gastos de financiamento .....</b>	<b>186</b>
4.1 - Processo n.º 177/2019-T do CAAD (decisão de 19 setembro de 2019) .....	186
4.1.1 – Apreciação crítica da decisão do CAAD .....	200
<b>Capítulo V – Análise comparativa das legislações de combate ao PFA .....</b>	<b>205</b>

<b>1 - Espanha</b> .....	205
<b>1.1 - Cláusula Geral Anti abuso</b> .....	205
<b>1.2 - Preços de Transferência</b> .....	207
<b>1.3 - Limitação à Dedução dos Gastos Financiamento</b> .....	210
<b>1.4 - Controlled Foreign Corporation (CFC rules)</b> .....	211
<b>1.5 - Exit Tax</b> .....	213
<b>2 - França</b> .....	215
<b>2.1 - Cláusula Geral Anti abuso</b> .....	215
<b>2.2 - Preços de Transferência</b> .....	217
<b>2.3 - Limitação à Dedução dos Gastos Financiamento</b> .....	220
<b>2.4 - Controlled Foreign Corporation (CFC rules)</b> .....	223
<b>2.5 - Pagamentos a entidades domiciliadas fora do território francês e aí sujeitas a um regime fiscal privilegiado</b> .....	225
<b>2.6 - Exit Tax</b> .....	226
<b>2.7 - Regras anti híbridos</b> .....	229
<b>3 – Canadá</b> .....	232
<b>3.1 - Cláusula Geral Anti abuso</b> .....	232
<b>3.2 - Preços de Transferência</b> .....	233
<b>3.3 - Regra de subcapitalização</b> .....	237
<b>3.4 - Regras de Back to back loan arrangement</b> .....	238
<b>3.5 - Controlled Foreign Corporation (CFC rules)</b> .....	243
<b>3.5.1 – Foreign accrual property income (FAPI)</b> .....	244
<b>3.6 - Exit Tax</b> .....	245
<b>3.7 - Regras anti híbridos</b> .....	246
<b>Capítulo VI - Conclusão</b> .....	247
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	249
<b>Apêndice A</b> .....	252

## **LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS**

**ATAD** – Anti Tax Avoidance Directive

**BEPS** – Base Erosion and Profit Shifting

**CAAD** – Centro de Arbitragem Administrativa

**CEAA** - Cláusula Específica Anti Abuso

**CFC** – Controlled Foreign Companies

**CGAA** – Cláusula Geral Anti Abuso

**CINM** – Centro Internacional Negócios da Madeira

**CIRC** - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

**CIRS** – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

**CPPT** – Código do Procedimento e do Processo Tributário

**EBF** – Estatuto dos Benefícios Fiscais

**EBITDA** – Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization

**ECOFIN** – Economic and Financial Affairs Council

**EEE** – Espaço Económico Europeu

**LGT** – Lei Geral Tributária

**OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

**PFA** – Planeamento fiscal agressivo

**RCPITA** – Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira

**RETGS** – Regime Especial de Tributação de Grupos Sociedades

**STA** – Supremo Tribunal Administrativo

**TCAS** – Tribunal Central Administrativo do Sul

**TFUE** – Tratado de Funcionamento da União Europeia

**UE** – União Europeia

## Capítulo I - Introdução

No Mundo atual, em pleno século XXI, a Globalização tem uma importância cada vez mais acrescida, com o seu mercado global, as operações/transações comerciais são transnacionais, bem como a liberdade de transação de bens, pessoas e capitais, e a crescente utilização de novas tecnologias.

Ora, estas operações transnacionais, envolvendo a delimitação geográfica de vários Países, torna os assuntos relacionados com a fiscalidade internacional cada vez mais importantes, mas simultaneamente também mais complexos.

Esta maior complexidade da fiscalidade internacional, é consequência, do crescente entrosamento das economias e dos respetivos agentes económicos no cenário internacional, criando uma realidade fiscal bem mais complexa, proporcionando-lhes assim possibilidades de planeamento fiscal.

O planeamento fiscal (*tax planning*) não é, em si mesmo, um ato ilícito, mas de poupança fiscal, de gestão tributária, através do qual o contribuinte procura obter uma vantagem fiscal., pois insere-se no âmbito da liberdade económica dos contribuintes de efetuar poupança fiscal, através de mecanismos previstos na lei, tais como, benefícios fiscais, isenções ou da concessão de liberdade para optar por determinado regime tributário.

Porém, a intrínseca imperfeição da lei e conseqüente falta de neutralidade do sistema fiscal, no contexto de um Estado de Direito, têm como consequência a existência de espaços dentro do sistema fiscal no âmbito dos quais os contribuintes podem, mediante as respetivas opções de gestão fiscal, procurar mitigar a sua carga fiscal.

Acresce que, fruto dessa imperfeição da lei e falta da neutralidade dos sistemas fiscais, especialmente as multinacionais, abordam a fiscalidade internacional numa perspetiva de gestão/planeamento fiscal, utilizando vários instrumentos fiscais ou recorrendo a práticas/esquemas complexos e estruturados, com o intuito de minimizar a carga fiscal suportada.

Ora, estes comportamentos dos contribuintes, no qual exploram os limites do planeamento fiscal aceitável, em que a poupança fiscal ocorre através da utilização de negócios jurídicos

que não estão previstos nas normas de incidência, são designados de Planeamento fiscal agressivo, que é o objeto de estudo neste trabalho.

O Planeamento fiscal agressivo, afeta gravemente a base tributável dos Estados, provocando a perda de receitas e injustiças sociais daí decorrentes. Urge, por isso, lutar contra a evasão “ilícita” dos contribuintes, sem pôr em causa a segurança jurídica, pedra angular de qualquer Estado de Direito democrático.

A escolha do tema sobre o Planeamento fiscal agressivo, para objeto de estudo da presente dissertação, deve-se à grande atualidade do referido tema, senão vejamos a mediatização dos casos “*Panama Papers*”, “*Lux Leaks*”, “*Paradise Papers*” ou “*Angola Leaks*”, bem como dos efeitos nefastos que provoca na equidade fiscal, com consequências na erosão da base tributável dos Estados.

Importa referir que, os esquemas/artifícios de Planeamento fiscal agressivo, utilizados pelos contribuintes, são cada vez mais complexos, mais difíceis de serem desmontados, identificados e tributados pelas Administrações Fiscais dos respetivos Estados, bem como a dificuldade de delimitar a fronteira entre o que pode ser Planeamento lícito ou esquemas artificiais ilícitos.

Ou seja, o Planeamento fiscal agressivo, escolhido como tema principal da presente dissertação, tem vindo a ganhar um crescente destaque, nas organizações internacionais, como a OCDE e a União Europeia, nomeadamente através do movimento G20/OCDE denominado BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) ou através da Diretiva (EU) 2018/822 do Conselho de 25 de maio, que altera a Diretiva 2011/16/EU no que respeita à troca de informações obrigatória, em relação à comunicação de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços, potencialmente agressivos.

Por todos estes motivos, foi escolhido o Planeamento fiscal agressivo, como tema central da presente dissertação, existindo já vastíssima doutrina sobre esta matéria, embora a maioria dos estudos incide sobre as suas consequências para as Administrações Tributárias, incidindo na perspetiva do combate.

Ora, temos a consciência que, este tema sobre o Planeamento fiscal agressivo pode ser abordado sobre vários prismas e diferentes objetivos, nesta dissertação dividimos o tema em seis capítulos.

Inicialmente, importa tentar delimitar a fronteira, nem sempre fácil, entre o que se pode entender pelo planeamento fiscal legítimo e a linha a partir do qual esse planeamento fiscal é ilegítimo, tentando-se definir conceptualmente o termo Planeamento fiscal agressivo.

Por esta razão e por uma questão de melhor se compreender a questão do planeamento fiscal ser legítimo ou ilegítimo, a primeira fase do processo de investigação passa pela definição dos comportamentos “*intra legem*”, “*extra legem*” e “*contra legem*” (sendo dada pouca relevância a este último pois são comportamentos que violam diretamente a lei fiscal e, como tal, saem fora do âmbito do planeamento fiscal agressivo).

Posteriormente e depois da delimitação do conceito de Planeamento fiscal agressivo, tentar-se-á, no capítulo III, dar uma panorâmica geral sobre o tratamento desta figura por parte das várias entidades e organizações, nomeadamente a OCDE e a União Europeia.

Para o efeito, far-se-á uma análise dos vários documentos/diretrizes, emanados dessas organizações, nomeadamente, o projeto BEPS (erosão de bases e transferência de lucros), analisar-se-á a agenda que esta subjacente ao referido projeto da OCDE, bem como do seu conteúdo, analisando-se algumas das 15 (quinze) ações BEPS, sendo que algumas das grandes preocupações, é o comércio digital.

Ora, a economia e o comércio digital têm dado azo a que contribuintes bem informados e especialistas fiscais desenvolvam a aptidão em explorar as oportunidades de arbitragem legal e os limites do planeamento fiscal aceitável, adotando comportamentos fiscais cada vez mais complexos e agressivos. As diferenças na tributação das empresas entre países são a força motriz para a transferência de lucros das sociedades.

Posteriormente, importa analisar o pacote anti abuso da Comissão Europeia, nomeadamente, o regime plasmado na Diretiva anti abuso, também designada de *ATAD 1*, quanto às regras de limitação da dedutibilidade de juros, os impostos à saída, as regras CFC, a regra de inversão, a cláusula geral anti abuso e por fim as disparidades causadas pelos híbridos (assimetrias híbridas).

Relativamente às assimetrias híbridas, far-se-á uma análise da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 maio, também designada de *ATAD 2*, que altera a *ATAD 1*, no que respeita às referidas assimetrias com países terceiros.

Seguidamente, analisar-se-á, o que se encontra plasmado na legislação nacional sobre o planeamento fiscal agressivo, já refletindo a transposição do disposto na *ATAD 1*, desde o

regime da cláusula geral anti abuso do art.º 38.º da LGT até as várias cláusulas específicas anti abuso, fundamentalmente, plasmadas no Código do IRC.

No capítulo IV, dar-se-á especial atenção à jurisprudência recente, dos tribunais nacionais e do CAAD, sobre a aplicação das várias normas anti abuso, por parte da AT, sendo que a quase maioria dessas decisões recentes, são do CAAD, pelo que, analisar-se-á decisões do Centro de Arbitragem, sobre a aplicação da CGAA e das normas específicas anti abuso, por parte da AT, nomeadamente, casos relativos à aplicação sobre as regras, de preços de transferência, da dedutibilidade dos gastos de financiamento e de pagamentos a entidades sujeitas a regime fiscal mais favorável.

Na análise á jurisprudência, efetuar-se-á igualmente, uma análise a um acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, sobre o dever especial de fundamentação, no caso de correções efetuados com recurso à regra de preços de transferência.

Relativamente a alguns instrumentos de planeamento fiscal, plasmados no sistema fiscal português, dar-se-á uma atenção especial ao regime, do Centro Internacional de Negócios da Madeira.

Importa ainda, efetuar-se uma análise comparativa entre as normas anti abuso que se encontram plasmadas nos normativos fiscais de alguns Estados Membros com a legislação fiscal Portuguesa, de forma a verificarmos o nível de transposição que já foi efetuado, relativo às Diretivas acima identificadas, pelo que, no capítulo V da presente dissertação, far-se-á essa análise, tendo sido escolhido, as legislações de países do sul da Europa, a Espanha e França.

Acresce que, é igualmente de extrema importância, efetuar-se essa análise comparativa com um normativo fiscal de um país externo à União Europeia, tendo-se para o efeito, optado pelo Canada, país membro da OCDE.

## Capítulo II - Conceito de Planeamento fiscal agressivo e seus limites:

### 1 –A liberdade de planeamento fiscal conjugado com as necessidades de recursos financeiros de um Estado Fiscal:

O ato de planear abrange todas as situações e aspetos da vida das pessoas, das empresas e até organismos públicos, mas a presente dissertação vai debruçar-se sobre o planeamento que tem implicações fiscais e a questão da sua legitimidade.

Como já foi referido na introdução da presente dissertação, o planeamento fiscal não é por si só um ato ilícito, pode ser um ato de gestão de poupança fiscal, que qualquer contribuinte tem direito, até porque enquadra-se na liberdade constitucional de iniciativa económica e da empresa plasmadas nos artigos 61.º e 80.º, alínea c) e 81.º todos da CRP.

Como refere o advogado geral, Miguel Poiares Maduro, no processo Halifax – proc.º C-255/02 nas suas conclusões de 07 abril 2005, decorre da jurisprudência do TJUE que *“os contribuintes podem optar por organizar os seus negócios de forma a limitar a sua dívida fiscal (...) O princípio essencial é a liberdade de optar, na gestão de um negócio, pela via da menor tributação, de forma a minimizar os custos (...) o pagamento de impostos é, sem dúvida, um encargo que um agente económico pode legitimamente ter em conta ao escolher entre várias opções relativas à gestão do seu negócio, desde que cumpra as obrigações fiscais que lhe são impostas.”*<sup>1</sup>

Ora, como se pode constatar, não impende sobre o planeamento fiscal, qualquer juízo de ilegalidade, os contribuintes no âmbito da sua liberdade de gestão, têm a legitimidade de desenvolverem esforços para reduzir no máximo possível os seus gastos do exercício, no qual estão integrados os gastos suportados com a carga fiscal.

Esta liberdade de gestão abrange, a liberdade para os contribuintes poderem incorrer nos menores gastos possíveis, para contratar nas melhores condições possíveis, efetuando uma

---

<sup>1</sup> *PROCESSO HALIFAX – PROC.º N.º C-255/02 do TJUE* - pedido de decisão prejudicial apresentado pelo VAT and Duties Tribunal, Londres, que coloca a entidade Halifax plc eo. Contra a administração fiscal do Reino Unido

gestão racional quanto aos meios e aos fins, num contexto de um exercício de uma atividade económica, cujo objetivo essencial é maximização responsável dos lucros.

Através do planeamento fiscal, os contribuintes, procuram pagar menos impostos, exercendo as suas ações dentro do quadro jurídico existente, de modo a potenciar ao máximo os seus resultados.

Ou seja, a poupança fiscal é um direito constitucional dos contribuintes e uma condição necessária para a obtenção da segurança jurídica.

Como refere Sanches (2006, pág. 9), o planeamento fiscal tem um papel importante «porque a gestão do risco fiscal, como parte da sua gestão económica, implica para o sujeito passivo, a previsão antecipada da carga fiscal a que vai estar sujeita».

Acresce que de facto, procurar maximizar o rendimento através da antecipação e planificação dos gastos, é uma preocupação cada vez mais recorrente. Os impostos, diretos e indiretos, são um gasto certo, presumível e, quantificável, pelo que, o contribuinte pode antever e procurar planificar a sua atuação, tendo em vista a obtenção de uma poupança fiscal.

Ora, esta liberdade individual de planeamento fiscal, tem que ser contextualizada numa dimensão social, isto é, a conduta do individuo vai ter reflexos na conduta de âmbito social, pelo que, o direito ao exercício do planeamento fiscal tem limites, tem que ter em consideração, as questões de ordem moral, equidade e de justiça que se colocam, para satisfazer as necessidades coletivas.

Um sistema fiscal exige equidade e justiça, na partilha dos encargos tributários coletivos por todos, pelo que, a tutela dos interesses individuais, abrangida pelo planeamento fiscal, não deve ofender o pressuposto geral da repartição equitativa dos encargos comuns e a forma justa a partir do qual todos devem contribuir na medida das suas possibilidades.

Importa então, encontrar um equilíbrio entre os princípios da igualdade (justa repartição da carga fiscal), da segurança jurídica e da liberdade de gestão económica, até porque, convém ter a perceção, de que, nenhum direito e/ou liberdade são absolutos.

Acresce que, só o equilíbrio entre estes princípios (igualdade, segurança jurídica e liberdade de gestão económica) permitirá a distribuição do risco das omissões involuntárias, das ambiguidades e das disparidades da legislação fiscal entre o Estado (em

algumas situações perderá receita fiscal) e os contribuintes (noutras ocasiões terão a sua liberdade limitada pelo pagamento de impostos).

Face ao exposto, podemos então concluir que, a possibilidade de gestão dos encargos fiscais a suportar pelas sociedades e pelos indivíduos, nomeadamente o Planeamento Fiscal, surge na interseção da compatibilização entre a busca coletiva de justiça social e os interesses, particulares, de cada contribuinte, e que se reconduz a essa relação entre o Estado e o cidadão, materializando-se no nascimento da obrigação/dever de pagar impostos.

## **2 – O princípio da neutralidade do sistema fiscal:**

Importa referir que, a noção de planeamento fiscal está subjacente à falta de neutralidade do sistema fiscal, permitindo assim, que um determinado agente económico faça as suas melhores opções com o intuito de poupança fiscal.

Ou seja, a falha do princípio da neutralidade do sistema fiscal, é o pressuposto essencial, para que o contribuinte tenha a possibilidade de escolher de entre as várias opções que tem à disposição, permitindo-lhe a redução da sua carga fiscal.

Ora, este princípio caracteriza-se, por um sistema fiscal pouco intervencionista na liberdade económica dos seus cidadãos, ou seja, não deve existir políticas financeiras que causem distorções da atividade económica privada, visando garantir que as respetivas opções que sejam tomadas pelos contribuintes, não influenciam a redução da carga fiscal.

Segundo alguns autores, nomeadamente, Nabais (2010, pág.160) este princípio da neutralidade fiscal, pode ser encontrado na alínea f) do art.º 81.º da CRP, quando é referido que, «incumbe prioritariamente ao Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral».

Em suma, a falta de neutralidade do sistema fiscal, com um Estado intervencionista na liberdade económica dos sujeitos passivos, em que a adoção de determinados comportamentos por parte do legislador, conduzem a uma poupança fiscal, ou através da consagração expressa de benefícios fiscais, de isenções fiscais ou concedendo liberdade

por optar-se por certo regime tributário, ou mesmo através de omissões voluntárias na legislação, tudo isto, proporcionam o planeamento fiscal.

Acresce que na legislação fiscal Portuguesa, o princípio da neutralidade verifica-se essencialmente na fiscalidade indireta, nomeadamente no IVA, imposto bastante harmonizado na União Europeia, enquanto que noutras áreas fiscais, nomeadamente na fiscalidade direta, a falta de neutralidade, vai possibilitar a opção fiscal mais adequada, visando a obtenção de vantagens fiscais, através do planeamento fiscal.

### **3 – Delimitação do planeamento fiscal, comportamentos “intra legem”, “extra legem” e “contra legem”:**

Ora, esta dicotomia entre a liberdade individual de planeamento fiscal de forma a diminuir a carga fiscal e a repartição equitativa e justa dos encargos comuns para satisfazer as necessidades coletivas, tem uma fronteira no qual é considerada tolerável e lícita, sendo que, o problema é conseguir-se delimitar tal linha de fronteira.

Acresce que, o n.º 1 do art.º 103.º da CRP<sup>2</sup> pode limitar o exercício do planeamento fiscal, por aplicação de outros princípios constitucionais, reforçando o que foi referido nos parágrafos anteriores.

Acresce ainda que, a grande dificuldade é definir a linha de fronteira entre o ato legítimo de planeamento fiscal e a utilização abusiva desse instrumento, para obter-se vantagens fiscais intoleráveis, distorcendo um sistema fiscal, que deve ser justo, equitativo e visando as necessidades financeiras coletivas de uma sociedade.

Em suma, o planeamento fiscal é um direito subjetivo, que importa ser respeitado, embora com certos limites, nomeadamente, se for desenvolvido dentro da estrita legalidade, porém, mesmo dentro da legalidade, a atuação do contribuinte não deverá ser abusiva, sob pena de se estar a violar os princípios constitucionais, da igualdade e da capacidade contributiva.

Em termos de legislação portuguesa, não existe uma definição conceptual para planeamento fiscal, constava apenas a definição genérica de planeamento fiscal agressivo plasmada no DL n.º 29/2008, de 25 fevereiro, diploma este, que foi revogado e substituído

---

<sup>2</sup> Este artigo da CRP determina que “*O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras utilidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e riqueza*”

pela Lei 26/2020, de 21 julho, que estabelece a obrigação de comunicação à AT, de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, sendo este diploma objeto de análise, no ponto 8.8 do capítulo III da presente dissertação.

Para melhor compreender-se esta temática, podemos dentro do quadro do planeamento fiscal, distinguir as situações em que o sujeito passivo atua **intra legem**, **extra legem** e **contra legem**.

### **3.1 – Planeamento fiscal intra legem (tax planing):**

Como já amplamente referido na presente dissertação, o ato de planeamento fiscal (ou tax planing na linguagem anglo-saxónica), não é em si mesmo um ato ilícito, mas sim de poupança fiscal, no âmbito do princípio contratual dos indivíduos, emanação da sua iniciativa privada e condição necessária para a obtenção de segurança jurídica.

Ora, através do **planeamento fiscal** inserido no comportamento **intra legem**, tanto os particulares como as empresas procuram pagar menos impostos, optando pelas normas que lhes sejam mais favoráveis à sua situação fiscal, mas atuando dentro do ordenamento jurídico em vigor.

Ou seja, este comportamento **intra legem**, consubstancia-se no facto, dos contribuintes aproveitarem determinados comportamentos intencionais e previstos por parte do legislador fiscal, para optarem por um caminho que conduza à poupança fiscal, ou aproveitando benefícios e isenções fiscais, consagrados expressamente pelo legislador, ou optando por certo regime tributário previsto na lei ou aproveitando mesmo qualquer omissão voluntária na legislação fiscal.

Importa referir que, nas definições elaboradas por Sanches (2006, pág. 21):

**o planeamento fiscal legítimo** consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais.

Em suma, o planeamento fiscal inserido no comportamento **intra legem**, conhecido como prática de poupança fiscal, é considerado como ato lícito, sendo que, os contribuintes com

esta prática, visam uma boa gestão fiscal, minimizando os seus gastos fiscais, sem o prejuízo do rigoroso cumprimento das leis tributárias.

Esta poupança fiscal é proporcionada pelas próprias lei tributárias, que contêm 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, mecanismos consagrados expressamente e voluntariamente pelo legislador fiscal.

### **3.2 – Comportamento extra legem, planeamento fiscal abusivo e elisão fiscal:**

A expressão planeamento extra legem é considerado uma prática ilegítima, mas lícita, formalmente este comportamento, está conforme as normas fiscais, mas em termos de substância não apresenta validade económica, beneficiando de uma imprecisão dessas normas, conduzem a uma poupança fiscal que não é desejada pelo legislador.

Este comportamento extra legem, é o correspondente ao planeamento fiscal abusivo, elisão fiscal *ou tax avoidance*. Este comportamento, traduz-se na prática de negócios jurídicos fiscalmente menos onerosos, que apesar de lícitos, são antijurídicos, em que não existe uma violação direta e frontal das normas jurídicas, mas sim uma certa habilidade fiscal na realização de negócios, escapando às normas de incidência fiscal, ou exercendo-se certas práticas contabilísticas favoráveis aos contribuintes.

No comportamento extra legem, a atuação do contribuinte visa, prevenir a incidência fiscal, mediante negócios ou atos jurídicos não previstos na norma de incidência, com a intenção de evitar o nascimento de uma relação jurídica tributária ou promover o surgimento de uma, diferente do pretendido pelo legislador, mas que seja mais favorável fiscalmente.

Apesar de não incidir sobre o planeamento fiscal abusivo, juízos de ilegalidade, em virtude de não existir violação direta da lei, existindo sim, uma violação indireta dessa lei, da violação do espírito e objetivos da lei, ou seja, pela letra da lei, em termos formais, não há lugar a tributação, mas pelo seu sentido, a sua substância, o resultado de determinado ato ou negócio do contribuinte, deveria ser tributado.

Sobre esta assunto, Santos (2009, pág. 75) refere que:

Outras vezes, o contribuinte, para atingir uma poupança fiscal, recorre a figuras jurídicas anómalas, a construções inusitadas (não tributadas ou menos tributadas), preterindo aquelas que ordenamento jurídico lhe oferece ou possibilita como normais para atingir o mesmo fim económico .... Tratar-se-ia, pois, de um, planeamento fiscal, que, como todos os direitos e liberdades, pode dar lugar a um exercício abusivo ou desviante. O Planeamento fiscal teria assim limites, a partir dos quais já não poderíamos, em bom rigor, falar de planeamento fiscal, mas sim de elisão fiscal.

Relativamente ao conceito de elisão fiscal, o saudoso Prof. Dr. Alberto Xavier refere que tal conduta tem o propósito de «evitar a aplicação de certa norma ou conjunto de normas através de actos ou conjunto de actos que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária». (Xavier, 2015, pág. 271)

Acresce que, de acordo com a opinião de Vasquez (2015, pág. 366 e 367) deve-se ter em conta a diferença entre a fraude fiscal, onde a lei é violada diretamente, visando obter uma vantagem indevida e a noção de elisão fiscal, neste caso, e segundo o professor, ocorre «uma fraude aos princípios do sistema, pois o contribuinte efetua uma operação/negócio, conforme à lei, contudo, os seus contornos escapam a toda e qualquer racionalidade económica, visando evitar o imposto, que seria devido, se recorresse as formas negociais comuns».

Em suma, a atuação **extra legem** ocorre quando o sujeito passivo aproveita de forma abusiva a lei para chegar a um resultado fiscal mais favorável, pese embora este não a violar diretamente. Este adota, um comportamento que tem como finalidade exclusiva ou principal, contornar uma ou várias normas jurídico-fiscais, de modo a conseguir a redução ou a supressão do encargo fiscal. Este tipo de atuação é normalmente designado de **fraude à lei fiscal**, mas também designada de **evitação fiscal abusiva** ou ainda **elisão fiscal**.

Como refere Palma (2015, pág. 127), «a **elisão fiscal** pode ocorrer a nível meramente interno, face a uma pluralidade de regimes fiscais de um só ordenamento fiscal, ou a nível internacional, face a uma pluralidade de regimes fiscais de mais de um ordenamento fiscal».

A propósito deste assunto, o autor Pereira (2017, pág. 483 e 484), também nos fala de uma nova forma de abuso, o abuso fiscal internacional, «tornando-se cada vez mais relevante, consequência da internacionalização das empresas, da livre circulação de pessoas e de capitais e o desenvolvimento tecnológico».

Acresce ainda que, como refere Palma (2015, pág. 127 e 128), na **elisão fiscal internacional**:

O que está em causa é a prática de atos, em princípio lícitos, realizados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, tendo por objetivo evitar a aplicação de certa norma ou conjunto de normas impedindo a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, em certa ordem jurídica, que é menos favorável, ou produzam a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica que lhe é mais favorável.

Podemos classificar a **elisão fiscal internacional** de acordo com a natureza do elemento de conexão utilizado:

**Subjetiva** – Quando se opera utilizando um elemento de conexão subjetivo, tais como, a residência ou o domicílio do contribuinte;

**Objetiva** – Quando se opera através de um elemento de conexão objetivo, como o local da fonte de produção ou pagamento de um rendimento, nomeadamente o local do exercício da atividade ou o local da instalação de um estabelecimento estável;

Ora, podemos verificar assim que, a elisão fiscal internacional assenta em dois pressupostos, nomeadamente:

- A existência de pelo menos no mínimo de dois ordenamentos jurídicos, sendo que, um deles ou mais, se apresentam numa dada situação em concreto, com regimes mais favoráveis em relação a outro ou outros.

- Existe a faculdade de opção ou escolha voluntária da entidade do ordenamento fiscal aplicável, pela intencionalidade na produção do facto ou factos geradores com o intuito de atrair a respetiva aplicação. Ou seja, o contribuinte através de atos ou conjunto de atos, tem a intenção de evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas, que visem a ocorrência do fato gerador da norma tributária do ordenamento jurídico que lhe é mais favorável.

Importa salientar que, no ordenamento jurídico Português, não existe uma definição conceptual, que faça a distinção entre fraude fiscal e evasão, utilizando-se o termo evasão num sentido mais amplo, para questões de fraude fiscal, noutras situações, é utilizado o termo evasão num sentido mais restrito, nomeadamente em atos ilícitos menos graves.

Como refere Dourado (2018, pág. 59), «o planeamento fiscal agressivo é um conceito chapéu que abarca a elisão ou abuso fiscal e as lacunas causadas pela interação de mais do que um ordenamento jurídico.»

A autora Dourado (2018, pág. 60) acrescenta ainda que:

O conceito de abuso fiscal coincide com o de elisão fiscal. Existem elementos comuns nos vários ordenamentos jurídicos de Estados de Direito ao abuso fiscal e ao abuso fiscal internacional, os elementos normativo, de meio e de finalidade...No caso do abuso fiscal internacional, a finalidade do esquema fiscal abusivo é a de utilizar os elementos de conexão e as dificuldades de qualificação dos rendimentos para reduzir a carga tributária no Estado da fonte ou no Estado de residência.

Contudo refere a mesma autora, Dourado (2018 pág. 58), «a definição e identificação da elisão fiscal, não é comum aos diversos ordenamentos jurídicos. Desde logo, alguns ordenamentos reconhecem o fenómeno e outros não o reconhecem. Ao primeiro grupo pertencem os Estados da OCDE, mas não só».

Na União Europeia, em termos de **Jurisprudência do TJUE**, elisão fiscal é considerada:

- **Expedientes meramente artificiais** cuja finalidade é impedir a aplicação da legislação fiscal do Estado Membro em causa;
- Para serem legítimas, as normas fiscais de cada Estado Membro, **devem ser proporcionais e permitir alcançar o objetivo específico, de impedir os expedientes meramente artificiais;**

De acordo com a Jurisprudência do TJUE, para se detetar um **expediente meramente artificial**, deve-se efetuar uma análise que, privilegie a substância da operação sobre a sua forma.

Ora, caso bem ilustrativo destes conceitos por parte do TJUE, pode ser visto nas conclusões no processo *Thin Cap*<sup>3</sup>, cujas partes litigiosas, são alguns grupos de sociedades, tais como, Volvo, Caterpillar, PepsiCo, etc, contra a Administração Fiscal do Reino Unido, estando em causa o tratamento fiscal que é dado aos juros pagos, por sociedades residentes

---

<sup>3</sup> *proc.º n.º 524/04, acórdão do TJUE de 13 março de 2007, que tem objeto um pedido de decisão prejudicial, apresentado pela High Court of Justice do Reino Unido.*

a título de remuneração de fundos emprestados pela sociedade-mãe, residente noutra EM, sendo que, a legislação do Reino Unido, relativa ao imposto sobre as sociedades, não permite a dedução dos juros nestas situações em concreto.

As questões que foram colocadas ao TJUE, pelo *High Court of Justice (England and Wales)*, eram as seguintes:

- É contrário aos artigos, 43.º CE (atual 49º TFUE), 49.º CE (atual 56º TFUE) ou 56.º CE (atual 63º TFUE) o facto de um EM aplicar disposições que impõem restrições à possibilidade de uma sociedade residente nesse EM deduzir, para efeitos fiscais, os juros do empréstimo concedido pela sociedade-mãe residente noutra EM?
- O empréstimo constitui um abuso de direito ou faz parte de um expediente artificial destinado a contornar a legislação fiscal nacional?
- Nesse caso, quais as orientações que o TJUE considera adequadas para saber em que consiste tal abuso ou expediente artificial em casos como este?

Ora, segundo o TJUE no caso *Thin Cap*, é jurisprudência assente, que uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento (atual art.º 49.º TFUE) pode ser justificada quando vise especificamente os **expedientes meramente artificiais cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação do Estado Membro em causa.**

Conclui o advogado geral que, uma legislação nacional não ultrapassa o necessário para evitar práticas abusivas se for dada a possibilidade ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas, de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais por que determinada transação foi celebrada, (esta conclusão, demonstra que a legislação fiscal de um EM deve **ser proporcional e servir o objetivo de impedir os expedientes meramente artificiais**).

Face ao exposto conclui o TJUE, que O artigo 43.º CE (atual 49º TFUE) opõe-se à legislação de um EM como a que está em causa neste processo, salvo se:

- For apurada a existência de um expediente meramente artificial com meras finalidades fiscais, prevendo a possibilidade do sujeito passivo apresentar, se for o caso e sem que seja sujeito a exigências administrativas excessivas, elementos relativos às motivações comerciais subjacentes à transação em causa.

Em suma, as conclusões do advogado geral e do TJUE, no âmbito deste caso *Thin Cap*, são demonstrativas sobre a definição de elisão fiscal, por parte do referido tribunal da justiça,

nomeadamente quanto aos **Expedientes meramente artificiais cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação do Estado Membro em causa** e as normas fiscais desse EM, **terem que ser proporcionais e servirem o objetivo de impedir os expedientes meramente artificiais.**

### **3.3 – Comportamentos intra legem versus extra legem:**

Após a análise dos conceitos, podemos concluir que, só se afigura legítima e, assim, planeamento fiscal legítimo ou não abusivo, a atuação **intra legem**. Com efeito, a obtenção de uma poupança fiscal não constitui um comportamento proibido pela lei, desde que a atuação não se enquadre na conduta **extra legem**.

Importa referir que atuação extra legem, caracterizado por um planeamento fiscal abusivo, acarreta uma maior complexidade no tratamento do seu conceito, até porque comportamentos que se traduzem numa violação direta da lei e dos princípios fiscais, estão fora do planeamento fiscal abusivo.

Acresce que, no caso concreto do planeamento fiscal abusivo, tal como o planeamento fiscal legítimo (tax planning), visam igualmente a minimização da carga fiscal, e ambos os comportamentos se traduzem em atos legais, só que, na atuação extra legem (comportamento fiscal abusivo), embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido, situando-se numa zona fronteira, com o planeamento fiscal legítimo, difícil de identificação.

Ora como tais comportamentos se situam fora da abrangência fiscal (extra legem), nos quais se verifica uma intenção manifesta de torpear ordenamento jurídico tributário, para conseguir um objetivo ao oposto do pretendido pelo legislador, mas sem violar diretamente a lei, pelo que, terão que ser analisados como contraponto ao comportamento dos contribuintes, de diminuir a sua carga fiscal de acordo com a lei existente (intra legem).

Face ao exposto, os Estados têm a necessidade de dotar os respetivos sistemas fiscais de mecanismos de reação aos comportamentos **extra legem** dos contribuintes, optando pela consagração de mecanismos específicos de reação, nomeadamente as normas fiscais anti abuso e, em particular, as normas fiscais gerais anti abuso.

### **3.4 – Comportamento contra legem:**

Quando este atua **contra legem**, a sua atuação é frontal e inequivocamente ilícita, pois infringe diretamente a lei fiscal, e configura uma fraude fiscal passível, inclusive, de ser objeto de censura contraordenacional ou criminal.

Por outro lado, a prática **contra legem** ou *tax evasion*, caracteriza-se por ter caráter ilícito, violando direta e intencionalmente normas como forma de prejudicar a administração tributária. O contribuinte de forma intencional, voluntária tem como objetivo evitar o pagamento de tributos.

### **3.5 – Uma solução global para o Planeamento fiscal agressivo:**

Os desafios colocados pelo Planeamento fiscal agressivo, só podem ser resolvidos globalmente, as medidas unilaterais adotadas pelos Estados, representam medidas reativas e não proactivas, e fazem aumentar as disparidades entre eles.

Como refere o autor Catarino (2015, pág. 23),

O planeamento fiscal agressivo é um fenómeno global, que exige soluções globais, bem como, as alterações de paradigmas e conceitos, nomeadamente, a redefinição dos conceitos de fonte e residência, e do conceito de estabelecimento estável, a necessidade de tributação dos intangíveis, melhorar a interligação entre atividade económica e cadeia de valor e valorização da alocação do risco e do controlo da atividade.

## **Capítulo III - Mecanismos transnacionais e nacionais de combate ao PFA:**

### **1 – O novo contexto internacional com implicações no Estado Fiscal:**

A globalização e a constituição de um mercado único, vieram permitir, a nível do mercado e trocas comerciais, que as fronteiras territoriais se diluíssem, alterando o equilíbrio entre o dever do cidadão pagar impostos e o seu direito ao planeamento fiscal da atividade.

Acresce que, esta situação coloca autênticos desafios à verificação da licitude do planeamento fiscal internacional, à legislação nacional de cada Estado, em virtude do aproveitamento da interseção de vários ordenamentos jurídicos fiscais num único acontecimento fiscalmente relevante.

Ora, se por um lado existe e preocupação dos Estados da União Europeia, por exemplo, em definir um sistema fiscal eficiente, possuindo meios de controlo que lhes permitam assegurar o cumprimento justo das obrigações fiscais, por outro lado, a globalização e a abertura das fronteiras, veio permitir a livre mobilidade de pessoas, capitais e bens, facilitando igualmente a existência de esquemas fiscais abusivos que dificultam a obtenção de receitas fiscais por parte de cada Estado, pondo em causa a soberania fiscal desses mesmos Estados.

Importa acrescentar que, a permissão de livre mobilidade entre os Estados Membros, conferiu aos contribuintes o direito de optarem pelo Estado que lhes forem mais convenientes, do ponto vista fiscal, para o exercício das suas atividades, com todas as complexidades de tributação que tal situação acarreta, nomeadamente da situação da ocorrência de planeamento fiscal abusivo, com deslocação das respetivas bases tributárias.

Acresce que, toda esta situação tem repercussões nefastas no Estado Fiscal, como consequência da crise da soberania do Estado Nacional resultante da globalização, provocando ainda uma crise na ordem fiscal internacional.

Foi a partir da década de 80, que começou a existir um acréscimo da mobilidade das multinacionais, fruto da alteração dos interesses das atividades económicas, ou seja, passou-se da manufatura para os serviços e intangíveis, facilitando os controlos cambiais, com um incremento da concorrência fiscal.

Acresce ainda que, os Estados têm dificuldades em tributar os rendimentos na fonte onde provavelmente foram produzidos, impossibilitando-os de tributar as atividades aí desenvolvidas, por não conseguirem identificar um estabelecimento estável, pressuposto de tributação no âmbito do quadro das convenções.

Por outro lado, com a proliferação dos serviços desmaterializados, tais como financiamentos, administração, patentes, etc e intangíveis, os Estados não conseguem igualmente utilizar o local da residência como elemento de conexão para a tributação de rendimentos advindos dessas atividades.

Em suma, podemos então concluir que, houve uma alteração do quadro clássico do Direito Fiscal Internacional, tal como estava delimitado pela OCDE e seus EM, sendo que a livre circulação de capitais, incrementou a concorrência fiscal entre os Estados, atraindo o investimento internacional, independentemente, de não existirem os elementos de conexão, o local de residência ou Estado da fonte.

Ora, toda esta situação provocou e aumentou os desequilíbrios internos entre os EM da OCDE e UE, potenciado ainda, pela cada vez maior preponderância dos denominados “BRICS”, ou seja, grupo de países emergentes em termos de desenvolvimento económico, bem como de outros países em vias de desenvolvimento, mas com recursos naturais, que apresentam políticas fiscais, privilegiando os investidores globais e a proliferação de territórios com legislações opacas, especialistas em atrair investimentos passivos.

Face ao exposto, importa analisar os vários progressos que os Estados têm efetuado, no combate a todas estas situações, que potenciam o planeamento fiscal abusivo, de modo a evitar, a quebra de confiança nos seus sistemas fiscais, na redução das receitas fiscais, e a criação de desigualdades entre cidadãos cumpridores e não cumpridores.

Por tudo isto, importa efetuar esta análise, dos meios e/ou mecanismos de combate ao planeamento fiscal abusivo, que têm sido desenvolvidos nos últimos anos, ao nível do âmbito das organizações da OCDE e da União Europeia, bem como, uma especial atenção à legislação nacional Portuguesa.

Ao nível da OCDE e da EU, foram elaborados alguns trabalhos, com o intuito de criarem vários condicionalismos, várias limitações à realidade acima descrita, nomeadamente, regras sobre auxílios de Estado e o Código de Conduta da Fiscalidade Direta das empresas, isto no seio da UE, sendo que no âmbito da OCDE, destacam-se os trabalhos sobre a

concorrência fiscal prejudicial, com especial realce, para o relatório BEPS de 2013, que irá influenciar, vários trabalhos desenvolvidos a partir daí.

## **2 – Os limites ao planeamento fiscal no âmbito da OCDE:**

O relatório da OCDE de 1998 sobre “Concorrência Fiscal Prejudicial”, pode ser considerado a primeira manifestação internacional, da intenção de combater a concorrência fiscal entre os Estados, incidia sobre os territórios com baixa tributação e com sigilo bancário, nomeadamente os paraísos fiscais.

Acresce que, este relatório continha uma certa ambiguidade, ou seja, por um lado defendia uma harmonização mundial mínima de fiscalidade sobre as sociedades, e por outro lado propunha a troca de informações entre os Estados, sendo precisamente esta última proposta, que teria sucesso, dando origem ao atual movimento de transparência e troca de informações.

Pode-se entender concorrência fiscal como «a concorrência entre Estados resultante de manuseamento das regras fiscais com o objetivo de atraírem bases tributáveis para o Estado ou mantê-las, mas em detrimento de outro Estado». (Pires, 2018, pág. 235)

Acresce que, estas práticas tornam-se prejudiciais quando, os veículos utilizados para o efeito são, os paraísos fiscais (*tax havens*), os regimes fiscais preferenciais prejudiciais (*harmful preferential tax regimes*)<sup>4</sup>, sendo que, os paraísos fiscais são caracterizados por:

- A inexistência de impostos, em virtude da tributação efetiva não ter relevância, ou,
- Pela definição limitada da fonte de rendimentos sujeitos, ou,
- A não tributação dos rendimentos que provêm do exterior ou o nível significativamente menos gravoso dos impostos sobre os rendimentos, relativamente ao país de origem dos mesmos rendimentos.
- Falta da transparência de regras legais e administrativas, bem como, a inexistência de atividades com substância económica.

---

<sup>4</sup> Pires, R. C. (2018). *Manual de Direito Internacional Fiscal (Edições Almedina)*. Coimbra: Almedina (pp 235 – 281)

Relativamente aos regimes fiscais prejudiciais, têm como principais características:

- A existência de taxas efetivas sobre o rendimento relevante, nulas ou muito baixas;
- Regime afastando da respetiva aplicação, as atividades domésticas (*ring fencing*), limitando a não residentes ou não permitindo transações em moeda nacional;
- Falta de transparência no desenho e na administração, bem como, a falta de efetiva troca de informações com outras jurisdições;
- Definição artificial da base fiscal e não aderência aos princípios internacionais sobre preços de transferência;

No ano de 2009, a OCDE declarou o fim dos paraísos fiscais e com o intuito de atrair, para a celebração de acordos de trocas de informações, quer os paraísos fiscais, quer os Estados da OCDE que ainda tinham em vigor o sigilo bancário, o Fórum Global sobre a transparência e a troca de informações, começou a trabalhar no padrão internacional de troca de informações.

Em suma, o referido relatório sobre “Concorrência Fiscal Prejudicial”, teve a vantagem de trazer novas formas de cooperação e de trocas de informações entre os EM da OCDE e de cláusulas anti abuso, bem como, a tentativa da eliminação de disparidades.

Ora, este relatório apresentou limitações na sua aplicação, essencialmente pelo facto dos EM, quererem manter as suas soberanias fiscais, utilizando os impostos sobre o rendimento das sociedades, como forma de obtenção de receitas para financiar os seus orçamentos, fazendo face assim às suas despesas públicas.

Através do modelo da OCDE, o multilateralismo substituiu o bilateralismo, sendo que a concorrência fiscal entre os membros da OCDE, tornou evidente a diferença entre países exportadores e países importadores de capital dentro da organização, apesar dos seus condicionalismos e limitações, este modelo tem sido utilizado universalmente.

Importa então acrescentar que, até ao ano de 2009 (ano da proposta do fim dos paraísos fiscais) e nomeadamente depois do início do projeto BEPS, que irá ser analisado em subcapítulo próprio, as multinacionais planejaram a seu belo prazer as suas atividades, com o intuito de obter poupanças fiscais, ou seja, este fenómeno de mobilidade fiscal, acompanhado durante muito tempo, sem grande reação das organizações da OCDE e União Europeia.

Ora, após a crise financeira de 2008, o grupo dos G20, a OCDE e o Fórum Global, numa manifestação de governação global, colocaram como prioridades, a cooperação administrativa em matéria fiscal, intensificando a luta contra os paraísos fiscais, e promovendo um padrão internacional de transparência e de troca de informações, cujas regras deviam ser aplicadas em todos os Estados e Territórios.

Acresce que, em abril de 2013 esse padrão internacional deu lugar à troca automática de informações, que abrange categorias de contas financeiras e de rendimentos auferidos num determinado Estado na fonte e corresponde à totalidade de contribuintes residentes noutra Estado, permitindo o aumento da transparência fiscal.

Para além desta intenção de concretizar a troca automática de informações entre os Estados, promovendo a transparência fiscal internacional, percebeu-se que isso não bastava, até porque, determinadas multinacionais conhecidas do grande público não pagavam impostos, o planeamento fiscal abusivo internacional atingia uma dimensão tal, que pressionados pela opinião pública, levou à reação do grupo G20.

Face ao exposto, o grupo G20, pressionado pela opinião pública, solicitou à OCDE e aos seus membros, que promovessem alterações das regras aplicáveis às multinacionais e ao investimento internacional direto,

Na sequência do pedido do grupo G20, a OCDE apresentou em julho de 2013, um relatório e um plano de ação, no qual foram apresentadas 15 ações num determinado calendário, entre março de 2014 e 2016, denominado o projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), que vai influenciar todos os trabalhos em matéria fiscal, emanados a partir desta data.

### **3 – O projeto BEPS ((Base Erosion and Profit Shifting):**

O projeto BEPS, incide genericamente no combate à erosão da matéria tributável e transferência de lucros, nomeadamente, promover o combate à erosão das receitas fiscais de cada país e à redução de receitas dos impostos cobrados às sociedades.

O projeto BEPS é uma manifestação de governação global baseada em acordo de cavalheiros, pelo que, pode suscitar algumas dúvidas quanto à sua coordenação global, nomeadamente na aplicação das suas medidas a países em vias de desenvolvimento e a

países que não são EM da OCDE, bem como, dúvidas nos contornos jurídicos que pode assumir nos diferentes países e territórios com soberanias fiscais.

Como consta no referido relatório “*O objetivo central do relatório é, pois, delinear os princípios que norteiam a tributação das atividades transnacionais e as oportunidades de erosão da base tributária e de transferência de lucros que possam daí advir. Também são analisadas algumas estruturas empresariais bastante conhecidas (descritas mais detalhadamente no Anexo C) e suas implicações mais relevantes.*”<sup>5</sup>

### **3.1 – Estratégias de planejamento fiscal agressivo detetadas:**

Foram identificadas três estratégias de planejamento fiscal agressivo, que têm como consequências, a não tributação ou tributação reduzida das multinacionais:

- Transferência das suas funções operacionais desenvolvidas, dos ativos e riscos, por parte de uma afiliada, para entidades com qual tem relações especiais, nomeadamente, sociedades ou sucursais do mesmo grupo, que se encontram situadas em territórios de baixa tributação, ou seja, transferência de lucros;
- Concessão direta ou indireta de financiamentos por outras entidades do grupo situadas em territórios de baixa tributação, com o intuito de maximizar os gastos dedutíveis no Estado da fonte e minimizar os impostos a pagar nesse mesmo Estado;
- Para deferir ou evitar o pagamento de impostos no Estado de residência da sociedade mãe, detentora do grupo, efetua-se a conversão de forma artificial de entidades passivas desse grupo em ativas;

### **3.2 – Caracterização do projeto BEPS:**

Como já foi referido anteriormente, na sequência do repto lançado pelo grupo do G20, a OCDE apresentou um relatório e um plano que englobava 15 ações, que incidiam sobre temas que foram identificados como proporcionadores da erosão das bases tributáveis, tais como:

---

<sup>5</sup> *Combate à Erosão da Base Tributária e à transferência de lucros, resumo, pág. 8*

- . Híbridos;
- Economia digital;
- Dedutibilidade de juros e outros gastos;
- Sociedades estrangeiras controladas;
- Práticas fiscais agressivas;
- Transparência E substância;
- Abuso de tratados fiscais;
- Estabelecimento estável;
- Preços de transferência e criação de valor e transações de risco;
- Documentação de preços de transferência e metodologia para coligir e analisar dados;
- Reporte de esquemas de planejamento fiscal agressivo;
- Mecanismos de resolução de conflitos e desenvolvimento de um instrumento multilateral;

Importa salientar que, o relatório do projeto BEPS, coloca as questões da erosão das bases tributáveis, num campo jurídico e moral, afirmando que o comportamento das multinacionais, apesar de supostamente legal, é inaceitável em termos morais, sendo que, é necessário a implementação de novas regras por parte dos Estados.

Acresce que, e de acordo com as conclusões da OCDE, este comportamento é caracterizado por práticas desenvolvidas por entidades relacionadas/associadas, que promovem a:

- Segregação de funções entre o local onde efetivamente é exercida a atividade e do investimento e o Estado onde são declarados os lucros para efeitos de tributação;
- A deslocalização de riscos e dos ativos intangíveis;
- A repartição artificial da propriedade dos ativos entre entidades relacionadas;

Para além deste contexto acima caracterizado, a OCDE conclui ainda que, os problemas da erosão das bases tributáveis são ainda agravados pela especificidade da economia digital.

O projeto BEPS promove uma mudança de paradigma no Direito Fiscal Internacional, nomeadamente, o multilateralismo substitui o bilateralismo, que era caracterizado pelo movimento que estava em vigor, de transparência fiscal e troca de informações.

Acresce que, as ações BEPS, dificilmente são padronizáveis, ao contrário do movimento para a transparência fiscal e troca de informações, até porque, o projeto BEPS, caracteriza-se por tentar estabelecer, normas de repartição de competências e de normas substantivas, ou seja, as normas anti abuso, pelo que, só os instrumentos multilaterais podem promover a eficácia da aplicação das recomendações BEPS.

Acresce ainda que, as ações BEPS, originam a adoção de novas regras nos tratados internacionais e nas regras nacionais, tais como, as regras de tributação de sociedade controladas e as regras de subcapitalização, pelo que, uma única convenção (caso dos instrumentos bilaterais) não é solução para resolver os problemas atuais de transferência de lucros.

A aplicação das ações BEPS, implica não só uma única convenção, mas sim a aplicação de diversas medidas a ponderar por cada EM contratante, pelo que, é recomendável modelos regionais, que de acordo com as ações BEPS e do instrumento multilateral, são moldáveis e adaptados à situação específica de cada região, ou seja, pode não existir um procedimento comum, um padrão internacional.

Ora, esta adaptação segundo os interesses das diferentes regiões, por parte do projeto BEPS, permite adequar a cada caso específico, as múltiplas e genéricas recomendações que se extraem das ações BEPS.

Importa referir que, dada a pouca harmonização da tributação direta, onde se inclui os impostos sobre as sociedades, os Estados têm alguma soberania fiscal sobre este tipo de tributação, pelo que, os interesses protegidos são ainda os interesses nacionais de cada Estado, apesar do planeamento fiscal agressivo das multinacionais.

Face ao exposto, o projeto BEPS, como meio de combate à erosão das bases tributáveis e com a intenção de promover maior justiça na tributação do rendimento direto estrangeiro, torna-se compatível com os princípios de justiça fiscal plasmados nas constituições dos Estados, sendo que, no caso dos EM da UE, não podem ser afetadas as liberdades fundamentais do TFUE.

Podemos assim afirmar que, o projeto BEPS, é acima de tudo um meio/mecanismo de combate ao planeamento fiscal agressivo, sendo esta designação, começado a ser utilizada nos preâmbulos das Diretivas da UE, bem como nas declarações políticas do grupo do

G20, sendo que, a referência à expressão “transferência artificial de lucros”, pode ser uma referência ao abuso fiscal.

Como já foi explanado no capítulo II da presente dissertação, o conceito de planejamento fiscal agressivo, integra a elisão ou abuso fiscal, conjuntamente com as lacunas provocadas pela interação de vários ordenamentos jurídicos.

Ora, o que acontece é que não existe um conceito universal de elisão ou abuso fiscal, na verdade, existem países, em que os seus ordenamentos jurídicos, não definem ou não identificam a elisão ou abuso fiscal, nos que reconhecem estes conceitos, estão os EM da OCDE.

### **3.3 – Causas para apresentação do relatório projeto BEPS:**

É reconhecido pelo grupo do G20 e os membros da OCDE que a atual tributação internacional, nomeadamente das multinacionais, não tem correspondência à verdadeira realidade dos negócios globais, sendo apresentado as seguintes causas:

- **O problema das duplas ou múltiplas não tributações**, consequência das lacunas de tributação resultantes da falta de articulação de dois ou mais ordenamentos jurídicos fiscais.

As multinacionais, aproveitam abusivamente, a questão da repartição de competências entre os Estados fonte e de residência e as diversas regras de convenções de dupla tributação, para não serem tributadas, utilizando os instrumentos híbridos de investimento, ou o princípio das entidades independentes, ou das transferências de lucros para territórios de baixa tributação, ou a consideração de despesas em território de alta tributação, ou mesmo utilizando o atual conceito de estabelecimento estável.

Em suma, as sociedades transferem a sua residência para território de baixa tributação, aproveitando o facto da ausência de obstáculos à entrada de capitais, ou seja, os grupos multinacionais facilmente deslocam a fonte e a residência, conforme os seus melhores interesses fiscais.

- **A questão levantada da pela economia digital, serviços desmaterializados e pelos ativos intangíveis.**

O local da fonte dos rendimentos, é facilmente manipulado pela especificidade da economia digital e serviços desmaterializados.

Estas novas formas de comércio e de serviços desmaterializados, propicia igualmente a crescente irrelevância dos elementos geográficos, dificultando a determinação do país com a respetiva competência fiscal, ou seja, impossibilitando que possa exercer a sua soberania fiscal.

A tributação destas operações, é ainda dificultada pelo anonimato dos intervenientes, tornando-se impossível a identificação do sujeito passivo, até por vezes da própria operação, não se encontrando assim, reunidos os elementos que permitem acionar a relação jurídica fiscal.

Acresce que, este tipo de comércio é caracterizado igualmente, por grande mobilidade, através da deslocalização dos sujeitos, de bens e serviços, incrementando a fraude e a evasão fiscal.

- **A influência da opinião pública internacional**, que aponta a ausência de justiça e de igualdade fiscal na tributação entre os rendimentos de trabalho e a do capital, consequência da globalização, sendo que, do ponto de vista de cada Estado, esta injustiça acentua-se, no facto das sociedades que operam meramente no mercado interno, não terem as mesmas possibilidades de planeamento fiscal que as multinacionais. Esta pressão da opinião pública vai influenciar o grupo do G20, que mandatou a OCDE, para encontrar mecanismos para a resolução destes problemas, surgindo assim o projeto BEPS.

- **A ausência de governação global fiscal**, é atenuada pelo projeto BEPS, implica que a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros tem consequências a nível global, bem como, a nível interno de cada Estado.

### **3.4 – Algumas críticas apontadas ao projeto BEPS:**

São apontados ao projeto BEPS, algumas limitações que prejudicam os objetivos inicialmente pretendidos, tais como:

- A ausência de governação fiscal global, ou seja, de uma certa coordenação fiscal global, que foi anteriormente referido como uma das causas do surgimento do projeto BEPS, não é solucionado por este projeto, até porque, entre os próprios países do grupo G20, os interesses são distintos entre eles, ao nível da repartição de competências entre a fonte e a residência e de receitas.

- Para além da limitação explanada anteriormente, essas diferenças entre os países são agravadas, quando são incluídos os países em vias de desenvolvimento, em virtude da ausência de recursos e de competências técnicas das entidades fiscais desses países.
- A implementação das ações do relatório do projeto BEPS, é feita através de recomendações e da convenção multilateral, não obrigando os respetivos Estados a adotarem essas ações, ao contrário por exemplo da União Europeia, cuja Comissão tem conseguido que sejam aprovadas propostas de diretivas, que obrigam os seus Estados Membros.
- Importa referir ainda que, ao contrário da União Europeia, o G20 e a OCDE, não têm competência para efetuar uma harmonização fiscal, nem mesmo, para introduzir uma coordenação fiscal, condição que seria importante para a redução da evasão e elisão fiscais.
- Alguns críticos referem igualmente que, deveria existir uma reavaliação, dos elementos de conexão, fonte e residência, e da repartição de competências entre os Estados da fonte e da residência.
- É considerado igualmente, que o projeto BEPS não resolve a questão do “princípio de tributação singular”, que deveria vigorar no âmbito do Direito Fiscal Internacional, ou seja, os rendimentos do mesmo sujeito passivo devem ser tributados uma única vez, não estarem sujeitos a dupla tributação nem a dupla não tributação, sendo reconhecido, que o BEPS se preocupa mais com as duplas não tributações do que com a dupla tributação.

### **3.5 – As ações do projeto BEPS:**

Como já foi mencionado anteriormente na presente dissertação, o projeto BEPS baseia-se em 15 ações, nomeadamente:

**Ação 1** – economia digital;

**Ação 2** – neutralização dos efeitos dos instrumentos híbridos;

**Ação 3** – Sociedades estrangeiras controladas;

**Ação 4** – dedutibilidade de juros e outros gastos;

**Ação 5** – práticas fiscais agressivas, transparência e substância;

**Ação 6** – prevenção de abuso de tratados fiscais;

**Ação 7** – estabelecimento estável;

**Ação 8, 9 e 10** – preços de transferência, criação de valor e riscos, problemas de transferência de intangíveis e de risco e de alocação de capitais entre empresas;

**Ação 11** – metodologias de recolha e análise dos dados obtidos no âmbito das ações BEPS;

**Ação 12** – reporte de esquemas de planeamento fiscal agressivo;

**Ação 13** – obrigações de reporte e documentação de preços de transferência;

**Ação 14** – mecanismos de resolução de conflitos;

**Ação 15** – desenvolvimento de um instrumento multilateral;

Importa referir que estas ações visam colmatar lacunas e disparidades existentes entre os países, evitando assim, as duplas não tributações e transferência de lucros, consequências de planeamento ou abuso fiscal, adotando medidas de carácter regional (ter em conta a especificidade de cada região) e alterações que são necessárias às convenções de dupla tributação, utilizando o instrumento multilateral constante na ação 15.

### **3.6 – Preços de transferência e cadeia de valor:**

Não existe uma hierarquia entre as várias ações BEPS e as recomendações que nelas constam, ou que seja dado prioridade à tributação no Estado da fonte ou da residência, mas importa salientar que o projeto BEPS assenta essencialmente, em procurar melhorar o funcionamento dos preços de transferência.

Importa referir que, na sua essência, o projeto BEPS procura que a cadeia de valor seja determinante para a tributação, isto é, uma operação deve ser tributada no Estado em que o valor é criado, sendo que, na área da economia digital, dos serviços desmaterializados e dos intangíveis, os preços de transferência são aplicados de forma muito deficiente.

Em suma, as ações 8, 9 e 10, são objetivos primordiais do projeto BEPS, ou seja, reformular os preços de transferência e dar primazia à tributação no Estado, onde é criado valor numa determinada operação, sendo que, tentar aplicar-se os preços de transferência no Estado onde é criado valor, significa que determinada operação é tributada no Estado da Fonte.

Porém a determinação do território onde é criado valor, para efeitos de tributação, é tarefa complexa, acima de tudo porque, para além de ser complicado definir os parâmetros que

objetivamente comprovem e quantifiquem a criação desse valor, a existência das assimetrias entre as capacidades das várias administrações fiscais, continuam a existir.

Face ao exposto, é deveras complexo, a aplicação dos preços de transferência e a identificação do Estado onde comprovadamente o valor é criado, como solução absoluta para evitar a erosão da base tributária e a transferência dos lucros, situação agravado ainda pela limitação do conceito de estabelecimento estável que consta na ação 7, pelo que, importa conjugar essas ações, com as regras, dos híbridos (ação 2), de limites à dedutibilidade de juros (ação 4) e das sociedades estrangeiras controladas (ação 3).

### **3.7 – A interação da economia digital (ação 1), com outras ações:**

A ação 1, tem o propósito de identificar os principais problemas, provocados pela economia digital à erosão das bases tributáveis e encontrar soluções para a resolução de tais problemas.

Foram expostas as problemáticas relativas à presença digital, de uma sociedade na economia de um Estado, sem que seja possível tributá-la nesse Estado, pela dificuldade de identificar o elemento de conexão, e a cadeia de valor, consequência das características de um mercado de produtos e serviços digitais, no qual, a sociedade fornecedores de bens e serviços, reside normalmente num território de baixa tributação e os clientes residem noutra Estado, e interação entre eles é uma mera página eletrónica ou de outro meio digital, como por exemplo uma aplicação de telemóvel.

Acresce que, na maior parte das vezes, não é possível identificar o fornecedor desses bens e serviços, pois não existe uma presença física deste.

O cerne da questão centra-se, da possibilidade da aplicação das regras da fonte aos rendimentos gerados pela economia digital, bem como, assegurar, nessas operações, a cobrança efetiva do IVA, pelo que, importa saber se é possível identificar cada tipo específico de transações digitais, de forma a poderem ser aplicadas regras específicas.

Acresce que, a ação 1 BEPS, com o intuito de se atingir os objetivos explanados no parágrafo anterior, recomenda uma conjugação entre várias ações BEPS, tais como, o reforço das medidas fiscais relativo aos intangíveis (ação 5), a definição de um conceito que seja adequado, de estabelecimento estável (ação 7) e aplicação do regime dos preços de transferência à economia digital (ações 8, 9 e 10).

Em suma, para combater os vários esquemas de planeamento fiscal na economia digital, que foram identificados, implica a conjugação de diferentes ações, por forma a evitar-se a elisão fiscal, nomeadamente:

- As ações, 2 relativo aos híbridos conjugada, a 3 relativo às regras CFC, a 4 relacionada com a limitação da dedutibilidade dos juros e outros gastos relacionados com pagamentos transfronteiriços, a 8, 9 e 10, relativo à definição da aplicação dos preços de transferência de acordo com a criação de valor, todas conjugadas, podem permitir o combate eficaz aos esquemas de planeamento fiscal.
- A adequação do conceito de estabelecimento estável (ação 7) é igualmente essencial para tributar a economia digital, como seja, ajustar este conceito à economia digital, tais como, ajustar as atividades auxiliares e preparatórias e a introdução do conceito de comissário às operações digitais.
- As regras CFC plasmadas na ação 3, devem ter em consideração, a mobilidade dos intangíveis e atividades de venda por via eletrónica.
- A aplicação da ação 6, permite evitar os abusos das convenções de dupla tributação, que permitam a dupla não tributação, que podem ser, a limitação de benefícios concedidos, ou aplicação de uma regra geral anti abuso.

### **3.8 – O instrumento multilateral do projeto BEPS (ação 15):**

O objetivo pretendido com o relatório sobre a ação 15, é alterar as convenções bilaterais de dupla tributação, de modo célere e coordenado, de forma a poder ser implementado as medidas das ações BEPS, pelo que, é desejável a criação de um instrumento multilateral.

As medidas propostas, a serem implementadas nas convenções bilaterais de dupla tributação, eram as seguintes:

- Medidas que foram incluídas na parte II da convenção multilateral, relacionadas com as disparidades provocadas pelos instrumentos híbridos, exigindo a alteração do artigo 1.º do Modelo da OCDE, no que diz respeito às entidades sujeitas às convenções de dupla tributação, e à transparência fiscal destas e regras relacionadas com a aplicação do método de isenção para a atenuar a dupla tributação.
- Adoção de medidas, incluídas na parte III da convenção multilateral, destinadas a prevenir o abuso de tratados, relacionado com a ação 6, introduzindo uma cláusula de

salvaguarda, de forma a explicitar que os tratados não limitam a possibilidade legal de um Estado tributar as entidades residentes, bem como, a implementação de regras anti abuso específicas, para determinadas operações, tais como, transferências de dividendos, situações de entidades com dupla residência, atividades envolvendo sociedades que são detentores de propriedade imobiliária e situações de “*treaty shopping*” com utilização de estabelecimentos estáveis em estados terceiros.

- Implementação de medidas, incluídas na parte IV da convenção multilateral, relacionadas com o objetivo de prevenir a elisão artificial do conceito de estabelecimento estável, através de medidas para tratar de acordos de comissário e outras medidas semelhantes, alterações nas isenções aplicadas a determinadas atividades e adoção de regras que evitem a fragmentação artificial das operações das entidades e regras que evitem igualmente a separação de contratos.

- Conforme o previsto na parte V da convenção multilateral, a implementação de mecanismos de resolução de litígios e de arbitragem, adotando as melhores práticas possíveis, conforme o disposto nas medidas da ação 14, sendo necessário efetuar alterações aos parágrafos 1 e 3 do artigo 25.º e ao parágrafo 2 do artigo 9.º ambos do Modelo da OCDE.

### **3.9 – O projeto BEPS como fonte inspiradora para o combate futuro ao PFA:**

Face ao exposto, podemos considerar o projeto BEPS, como a primeira grande manifestação de governação global, baseada em acordos entre vários Estados, para finalmente combater-se o planeamento fiscal agressivo, que provoca a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros que não são tributados, nesses mesmos Estados.

O BEPS acabou por ser o projeto, que vai influenciar compromissos futuros e a adoção de regras / medidas futuras, nomeadamente ao nível da União Europeia, com o objetivo de combater o planeamento fiscal efetuado pelas multinacionais, com graves prejuízos para as receitas fiscais de cada Estado, pelo que, importa analisar os mecanismos adotados pela União Europeia, a maior parte deles, surgiram a partir dos compromissos assumidos no projeto BEPS.

Importa acrescentar que, a Comissão Europeia, compreende que era essencial, a aplicação do projeto BEPS de forma harmonizada no mercado interno, porém, a interpretação das

recomendações do BEPS, por parte de cada Estado Membro, pode ter como consequência, o surgimento de obstáculos no mercado interno e de disparidades entre eles.

Ora, esta situação da aplicação das recomendações BEPS, no seio dos estados Membros da União Europeia, poderem provocar disparidades entre eles, é contrária ao pretendido com o combate ao planeamento fiscal agressivo, que é precisamente eliminar as disparidades entre os países, tentando evitar-se as duplas não tributações.

A Comissão Europeia tem demonstrado que está consciente dos riscos inerentes, à aplicação das recomendações BEPS entre os Estados Membros, como é prova o memorando explicativo da Proposta de Diretiva Anti elisão Fiscal, onde efetua a avaliação do impacto da aplicação das recomendações BEPS.

Em suma, a União Europeia entendendo que, o projeto BEPS e o movimento da transparência fiscal, são extremamente importantes, tem estado na linha da frente, no combate à erosão de bases tributária e transferência de lucros, tentando harmonizar regras anti abuso, promovendo o bom funcionamento do mercado interno, pelos que, importa explicar essas mesmo regras e recomendações.

#### **4 – O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas:**

A preocupação da União Europeia com o controlo da concorrência fiscal prejudicial, é bastante anterior ao projeto BEPS, sendo que esta concorrência fiscal, pode ser considerado, como um fator dinamizador da economia, porém, apresenta igualmente, a outra face da moeda, especialmente quanto aos efeitos que pode ter no princípio da neutralidade, com implicações na erosão das receitas tributárias e colocando em risco o mercado único.

Acresce que, existe quem entenda que, a falta de harmonização da tributação direta no âmbito da União Europeia, dando liberdade a cada Estado Membro para seguir as políticas fiscais que bem entende, embora tenham que respeitar os princípios Europeus fundamentais plasmados no TFUE, conjugado com a jurisprudência emanada do TJUE, normalmente não sistemática e em muitos casos, de aplicação complexa, promove a perda de soberania fiscal dos EM, pois promove as práticas de concorrência fiscal prejudiciais.

Foi tendo em conta todos estes factos, que o Conselho propôs em abril de 1996, uma ampla reflexão sobre a concorrência fiscal prejudicial, tendo como base o relatório da Comissão

de março de 1996, “*A Fiscalidade na União Europeia*”, pelo que, a partir desta reflexão surgiu e foi aprovado a 1 dezembro de 1997, o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas.

O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, fazia parte de um pacote sobre a fiscalidade, o pacote fiscal, onde constavam igualmente, propostas de Diretivas, relativo à poupança e aos fluxos transfronteiriços de juros e royalties entre sociedades.

O objetivo deste Código de Conduta, é combater as práticas de concorrência fiscal prejudicial, não é vinculativo juridicamente para os Estados Membros, é um compromisso político, um acordo de cavalheiros, é apenas aplicado na área da fiscalidade direta das sociedades e abrange as práticas administrativas que incidam ou tenham influência na localização das atividades económicas na União Europeia.

Ou seja, o denominado pacote fiscal, tem como objetivos principais, reduzir as possíveis distorções existentes no mercado único, impedir perdas relevantes nas receitas fiscais e tentar inverter a situação do aumento da carga fiscal sobre o fator trabalho.

Para atingir esses objetivos, é proposto o desenvolvimento de uma estratégia coordenada, para combater a concorrência fiscal prejudicial, que inclui o Código de Conduta e a adoção de linhas diretrizes relativas a uma futura comunicação sobre os auxílios de Estado, de natureza fiscal.

De acordo com o ponto B do Código de Conduta, são consideradas medidas potencialmente prejudiciais, aquelas que, consubstanciam-se na existência de não tributação ou de um nível de tributação significativamente reduzido, relativamente ao nível geral.

Importa referir que, no âmbito deste Código do Conduta, não são abrangidos como potencialmente prejudiciais, os regimes fiscais, da Irlanda (que apresenta uma taxa geral de tributação de IRC significativamente mais baixa que a dos outros EM), e da Estónia (que não tinha previsto qualquer tipo de tributação em sede de IRC), apesar destes países apresentarem níveis de tributação, que eram prejudiciais em termos de concorrência com os restantes Estados Membros.

Encontram-se igualmente enumerados no Código do Conduta, critérios de avaliação que aplicados às medidas fiscais, permitem verificar se são ou não, potencialmente

prejudiciais, pelo que, são considerados cinco critérios de avaliação, a título exemplificativo, nomeadamente:

- Se as vantagens fiscais são concedidas pelos países, exclusivamente aos não residentes ou relativamente às transações efetuadas com não residentes.
- Se os benefícios fiscais concedidos não têm qualquer incidência na base tributária interna do país, ou seja, se estão isolados da economia interna.
- Se as vantagens fiscais são concedidas pelo Estado Membro, mesmo que neste Estado, não seja desenvolvida uma atividade económica real, nem exista uma presença económica em termos substanciais.
- Se as regras de determinação dos lucros, que resultam das atividades desenvolvidas por um grupo multinacional num Estado Membro, se afastam dos princípios geralmente aceites internacionalmente, nomeadamente, das regras aprovadas pela OCDE relativo a preços de transferência.
- Se as medidas fiscais implementadas pelo Estado Membro, não são transparentes, ou porque não foram publicadas, ou as disposições legais não são aplicadas de forma rigorosa e transparente em termos administrativos.

De acordo com o ponto F, os Estados Membros podem poderão solicitar o debate, sobre as medidas fiscais de outros Estados Membros, efetuando observações, nomeadamente, verificar se tais medidas são suscetíveis, de serem prejudiciais, à luz dos critérios plasmados no ponto B.

Ora, durante esta avaliação, importa analisar os efeitos das referidas medidas sobre os outros Estados Membros, principalmente a verificação da tributação efetiva, das operações em causa, em toda a Comunidade, conforme consta no primeiro parágrafo do ponto G.

Acresce que, o último parágrafo do mesmo ponto G, aponta algumas situações específicas, em que as medidas fiscais, podem ainda serem aceites, nomeadamente, se forem aplicadas para apoiar o desenvolvimento económico de regiões específicas, tendo em conta as características e condicionalismos particulares das regiões ultraperiféricas e das pequenas ilhas, desde que sejam proporcionais e orientadas para os objetivos que pretendam alcançar.

Ora, este parágrafo do ponto G do Código de Conduta, é algo que se encontra plasmado atualmente, no art.º 349 do TFUE, que consubstancia como um regime de auxílio de

Estado sob a forma fiscal, que permite proteger legalmente o Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM).

Importa ainda referir que, caso as medidas sejam qualificadas de prejudiciais, o Código de Conduta prevê meios de ação contra as mesmas, ou seja, os Estados Membros têm que se comprometer, a não introduzir mais medidas fiscais, no seu ordenamento jurídico fiscal, bem como, a congelar as medidas já existentes e a dismantelar todos os regimes considerados prejudiciais.

Para poder aplicar-se o disposto no Código de Conduta, foi constituído uma “*Task Force*”, um grupo de trabalho em 1998, que elabora relatórios regulares, sendo que, o relatório mais mediático que emanou, foi o de novembro de 1999, denominado relatório “*Primarolo*”, onde identifica as primeiras medidas consideradas prejudiciais, nomeadamente o CINM, em que as autoridades portuguesas nunca concordaram, não sendo este relatório consensual, outros países não o aceitaram, pelo que, não foi formalmente aprovado pelo ECOFIN.

## **5 – A intervenção da União Europeia na luta contra o PFA:**

Como já foi mencionado anteriormente, a Comissão Europeia tem estado na linha da frente no combate ao planeamento fiscal agressivo, nomeadamente:

- Apresentando duas recomendações em 6 de dezembro de 2012, para fazer face ao planeamento fiscal agressivo.
- Propondo uma cláusula geral anti abuso.
- Adotando uma regra anti híbridos na Diretiva das sociedades mãe – filiais.
- Introduzindo uma cláusula anti abuso na Diretiva de juros e royalties.
- Propondo a troca automática de informações vinculativas.
- Introduzindo o pacote anti abuso, de 28 de janeiro de 2016.
- Introduzindo o pacote da reforma de imposto societário, de 25 de outubro de 2016.
- Apresentando três recomendações em 15-07-2020, em plena crise económica provocada pelo problema do Covid 19.

Acresce ainda que, dada a dimensão mundial da concorrência fiscal desleal, a União Europeia, considerou importante melhorar a governação fiscal, para o efeito, o Conselho adotou, em 05 de dezembro de 2017, a primeira lista da União Europeia, das Jurisdições não cooperantes, para efeitos fiscais.

### **5.1 - As recomendações da Comissão Europeia:**

Em 6 de dezembro de 2012, a Comissão Europeia efetua uma comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre um plano de ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscal, nomeadamente a COM (2012)722.

Esta comunicação, assentava em uma recomendação relativa às medidas destinadas a incentivar os países terceiros à União Europeia a aplicar normas mínimas de boa governação fiscal, bem como, uma outra recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo.

Na recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo *SWD (2012)404*, a Comissão recomenda que os Estados Membros atuem conjunta e eficazmente neste domínio, recomendando ainda a utilização de uma norma geral comum anti abuso.

Ora, no que respeita à cláusula geral anti abuso, a Comissão recomenda que esta seja aplicada, no mercado interno de cada país, ou a outro Estado Membro ou a países terceiros, sugerindo a introdução da seguinte redação:

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

Para o efeito, a Comissão recomenda ainda que, se deve entender como montagem, *“Qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade”.*

Da recomendação efetuada pela Comissão, podemos então concluir que, uma montagem ou uma série de montagens, pode incluir mais que uma medida ou parte, sendo considerada artificial, quando não tem na sua essência substância económica.

Acresce que, de acordo com as recomendações da Comissão, para determinar se a montagem ou a série de montagens não têm substância económica, ou seja, são artificiais, as autoridades nacionais têm que verificar se existem as seguintes situações:

- A qualificação jurídica de cada uma das medidas que fazem parte da montagem, é incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu todo.
- A montagem ou a série de montagens, é executada de uma forma como se fosse um comportamento comercial e económico razoável.
- Existem elementos que integram a montagem ou a série de montagens, que se compensam ou anulam-se entre si.
- As transações concluídas têm uma natureza circular.
- O benefício fiscal relevante obtido com a montagem ou a série de montagens, não é refletido nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa.
- A vantagem fiscal prevista é objetivo prioritário, sendo irrelevante o lucro esperado antes de imposto.

## **5.2 – O pacote fiscal anti abuso da União Europeia:**

O pacote fiscal anti abuso de 28 janeiro de 2016 e o pacote da reforma de imposto societário, de 25 outubro de 2016, são outras das iniciativas (mais recentes) da Comissão Europeia no combate ao planeamento fiscal agressivo.

O objetivo primordial do pacote anti abuso é coordenar a adoção das recomendações da OCDE nas diversas ações do projeto BEPS, indo inclusive mais longe que isso, nomeadamente, ao apresentar uma estratégia coordenada externa à União Europeia, de boa governação fiscal, dirigida aos países externos.

O pacote fiscal anti abuso (*Anti Tax Avoidance Package*) é composto por:

- Uma proposta de Diretiva anti elisão fiscal (*Anti Tax Avoidance Directive, doravante também designada por ATAD I*)<sup>6</sup>
- Uma estratégia externa de boa governação fiscal.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> COM (2016) 23 final

<sup>7</sup> COM (2016) 24 final

- Alterações à Diretiva de assistência mútua para aplicação automática de informações à comunicação país-a-país.<sup>8</sup>

- Uma recomendação relativa ao abuso de tratados fiscais.<sup>9</sup>

Relativamente a **uma estratégia externa de boa governação fiscal**, ou seja, a necessidade de uma estratégia externa para uma tributação efetiva, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e Conselho, menciona os seguintes pontos:

- É necessário reexaminar os critérios de boa governação da união Europeia.

- É importante igualmente reforçar a cooperação em matéria de boa governação fiscal externa, através de acordos com os estados terceiros.

- Ajudar os países em vias de desenvolvimento a cumprirem as normas em matéria de boa governação fiscal, pois têm autoridades fiscais e controlos fiscais deficientes.

- Reforçar a ligação entre os fundos da União Europeia e a boa governação fiscal.

- Criação de um processo na União Europeia, que permita a avaliação e a elaboração de listas de países terceiros.

No que concerne à elaboração destas listas, é proposto a elaboração de uma “lista negra”, em colaboração com o grupo de trabalho do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas.

A inclusão de um determinado país na referida lista, deve ser sempre um último recurso, ou seja, só os Estados que se recusam a comprometerem-se em matéria de boa governação fiscal ou que não reconheçam de forma construtiva as preocupações da União Europeia relativas aos seus sistemas de tributação, devem ser incluídos.

A partir do momento, em que determinado país é incluído na lista da União Europeia, todos os Estados Membros devem aplicar sanções ou contramedidas comuns, mas isso não acontece atualmente, fruto da falta de harmonização da tributação direta na União Europeia, pelo que, são aplicadas diferentes sanções e contramedidas, que vão desde a recusa de isenções ou deduções fiscais normais para os pagamentos efetuados a sociedades

---

<sup>8</sup> COM (2016) 25 final

<sup>9</sup> COM (2016) 271 final

localizadas nesses países terceiros até normas relativas a sociedades estrangeiras controladas.

Em suma, como já foi mencionado anteriormente, no pacote de abuso fiscal proposto pela Comissão Europeia, contém cláusulas de boa governação fiscal com países terceiros, que não tem correspondência no projeto BEPS, constituindo uma questão específica do Direito da União Europeia, que pode consubstanciar ou não um auxílio de Estado.

No que respeita à proposta de Diretiva anti abuso, a mesma foi aprovada pelo ECOFIN no dia 23 de junho de 2016 e pelo Conselho no dia 12 julho do mesmo ano (*Anti Tax Avoidance Directive – ATAD I*), pelo que, importa analisá-la.

### **5.3 – A lista da União Europeia, das Jurisdições não cooperantes:**

Para fazer face à dimensão mundial da concorrência fiscal prejudicial, que cria grandes desafios externos aos Estados Membros, afetando as suas receitas fiscais, foi entendido dentro da União Europeia, a necessidade de melhorar a governação fiscal com os países externos, para o efeito, considerou-se a necessidade de criar uma lista dos países externos não cooperantes em matéria fiscal, tendo o Conselho adotado a primeira lista, em 05 de dezembro de 2017.

Esta lista é um instrumento que visa, combater a fraude e evasão fiscal, nomeadamente, o não pagamento de impostos ou pagamento abaixo do valor devido, lutar contra a elisão fiscal e o branqueamento de capitais.

A referida lista enumera, países não pertencentes à União Europeia, que encorajam práticas fiscais abusivas, que afetam as receitas fiscais dos Estados Membros, provenientes do imposto sobre as sociedades, sendo estes países incluídos no anexo I.

A intenção de enumerar tais países, é incentivar uma mudança, por parte deles, na sua legislação fiscal e nas práticas abusivas, as jurisdições que se comprometem a realizar reformas, mas ainda não cumprem as normas internacionais em matéria fiscal, são incluídos num documento no qual se faz o ponto da situação, no anexo II, sendo retirada da lista, quando cumprirem todas os compromissos assumidos.

Desde a primeira lista de 05 de dezembro de 2017, existiram várias atualizações, a última revisão é de 06 de outubro de 2020 e integra os seguintes países:

- No anexo I, constam os países, a Samoa Americana, Anguila, Barbados, Ilhas Fiji, Guame, Palau, Panamá, Samoa, Trindade e Tobago, Ilhas Virgens dos Estados Unidos, Vanuatu e Seicheles.
- No anexo II, os países que se comprometeram em melhorar a transparência, constam a Turquia, Botswana, Maldivas, Namíbia, Jordânia, Tailândia e Eswatini.
- No anexo II, os países que se comprometeram em introduzir no seu sistema fiscal, uma tributação justa, constam Saint Lucia, Austrália, Marrocos, Namíbia e Jordânia.

#### **5.4 – Pacote fiscal da Comissão Europeia de 15-07-2020:**

Em julho de 2020, a Comissão Europeia apresenta o pacote fiscal, para uma tributação justa e simples, de apoio à estratégia de recuperação, para fazer face à crise económica, provocada pelo covid 19, sendo o referido pacote, composto por três comunicações, dirigidas ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu, designadamente a:

- **COM (2020) 312 final**, que define um plano de ação para uma tributação justa e simples, de apoio a uma estratégia de recuperação económica, apresentando uma série de ações a promover no futuro, no domínio da tributação direta e indireta.
- **COM (2020) 313 final**, que incide sobre a boa governação entre os estados Membros e com os países terceiros, analisando os progressos que foram obtidos no reforço da boa governação na UE, bem como, com países terceiros, sugerindo áreas que deveriam ser melhoradas, incluindo:
  - a) uma proposta de reforma do código de conduta das empresas;
  - b) uma revisão da lista da UE, das jurisdições não cooperantes em termos fiscais;
  - c) Proposta de melhorias no reforço da boa governação fiscal, relativo aos fundos da UE e desenvolvimento de medidas defensivas coordenadas entre os Estados Membros;
  - d) apoio aos países em desenvolvimento nas suas melhorias na boa governação fiscal.
- **COM (2020) 314 final**, que apresenta uma proposta legislativa de alteração da Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 fevereiro, relativo à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, visando introduzir um intercâmbio automático de informações

entre as administrações fiscais dos Estados Membros, sobre os rendimentos / receitas geradas pelas entidades que comercializam nas plataformas digitais, de forma que os referidos ganhos sejam tributados de forma justa, bem como, reforçar a cooperação administrativa, através da devida clarificação das regras já existentes.

#### **5.4.1 – COM (2020) 312 final:**

A Comissão Europeia, com esta comunicação pretende, promover um plano, permitindo implementar, uma tributação justa e eficiente, que será ainda mais importante nos próximos meses ou anos, na medida que, os Estados Membros da UE e o mundo em geral, procuram recuperar das consequências da crise económica, provocada pelo covid 19, entende a Comissão, ser essencial intensificar a luta contra a fraude fiscal e outras práticas desleais.

A Comissão entende igualmente, a importância de liderar a transição para um mundo mais verde e mais digital, compatível com a economia social de mercado.

Em suma, com esta comunicação, a Comissão estabelece um plano que engloba 25 ações, para responder ao duplo desafio da crise atual provocado pelo covid 19, nomeadamente, apoiar uma recuperação económica rápida e sustentável e garantir receitas públicas suficientes na UE, apresentando uma abordagem nova e equilibrada, combinando ações contra a fraude e a evasão fiscal, com medidas que simplificam a vida dos contribuintes cumpridores.

O plano inclui 25 ações, que a Comissão propõe a implementação até 2024, os resultados das prováveis alterações legislativas delineadas das referidas ações, serão objeto de uma avaliação do respetivo impacto e englobam as seguintes áreas de atuação:

##### **a) Registo eficaz e simples dos contribuintes;**

Entende a Comissão que, o registo eficaz e eficiente, é a primeira etapa para garantir que os contribuintes paguem a sua parte justa de impostos.

Os contribuintes sujeitos a IVA são identificados por um número de registo de IVA. As bases que contêm os dados destes, precisam ser mantidas atualizadas, os contribuintes devem comunicar todos os dados necessários às autoridades fiscais. Para ser eficiente, o registo deve ser o mais simples possível. A obtenção de NIFs e / ou números de IVA não deve ser onerosa.

Quando os contribuintes se mudam para outro Estado-Membro, com o objetivo de exercer uma atividade ou criar uma empresa nesse país, o processo de atualização dos registos dos contribuintes deve ser suave, de modo a manter a carga administrativa sobre os contribuintes o mais baixa possível.

Face ao exposto a Comissão propõe as seguintes ações, nesta área, que devem ser implementadas no período de 2022/2023:

**Ação 1** – A Comissão propõe a alteração da Diretiva de IVA, com o objetivo de avançar no sentido de um registo único do IVA na UE, com o qual poderão prestar serviços e / ou vender bens em qualquer parte da União.

**Ação 2** – Uma das prioridades da Comissão é a adequação da Europa à era digital, para o efeito, importa modernizar as várias administrações públicas, para conseguir esse objetivo, é importante garantir a utilização eficiente dos dados dos contribuintes, em plena conformidade com as regras de proteção de dados da UE. A Comissão irá realizar um projeto-piloto para avaliar quais as soluções digitais que podem ser utilizadas e como, a fim de garantir uma melhor exploração dos dados, criar novos serviços digitais para os contribuintes e apoiar melhor o trabalho das administrações fiscais a nível da União, sendo publicado um documento de trabalho dos seus serviços com relatórios sobre as conclusões e recomendações do projeto-piloto.

#### **b) Reporte**

Para garantir que o reporte dos contribuintes seja tão eficiente quanto possível, as declarações fiscais devem ser simples, os dados solicitados devem ser reduzidos ao mínimo e os procedimentos e sistemas através dos quais os contribuintes podem apresentar declarações fiscais às administrações fiscais devem ser simples.

Entende a Comissão que, os contribuintes só devem ser obrigados a fornecer informações uma vez, por meio de serviços eletrónicos digitais, seguros e inclusivos de "balcão único", sendo que, a reutilização de tais informações, por exemplo para efeitos estatísticas, deve respeitar os regimes de confidencialidade adequados.

A Comissão propõe as seguintes ações nesta área:

**Ação 3** (para 2021/2022) – Preparar com os Estados-Membros uma iniciativa para facilitar e promover a «*tax compliance*» com as empresas, um quadro baseado em cooperação, confiança e transparência entre as administrações fiscais. A iniciativa deve fornecer um

quadro claro para um diálogo preventivo entre as administrações fiscais para a resolução comum de questões fiscais transfronteiriças na área do imposto sobre o rendimento das sociedades, abrangendo PME e grandes empresas, embora com um enfoque diferente para melhor se adequar às suas respetivas realidades, estando a Comissão a trabalhar em conjunto com peritos dos Estados-Membros na fase preparatória para o lançamento de projetos-piloto não legislativos destinados às PME's e às grandes empresas em 2021.

**Ação 4** (para 2022/2023) - A Comissão apresentará uma proposta legislativa para modernizar as obrigações declarativas de IVA. Deve ser implementado um intercâmbio de informações mais rápido, possivelmente em tempo real e mais pormenorizado sobre as transações de IVA intracomunitárias e, ao mesmo tempo, simplificar os mecanismos que podem ser aplicados às transações nacionais. A necessidade de alargar ainda mais a faturação eletrónica será analisado neste contexto.

**Ação 5** (para 2022/2023) – Propor uma alteração na Diretiva de IVA, de forma a alargar ainda mais o âmbito do IVA «*One Stop Shop*», que está em vigor desde 2015 para a declaração e pagamento do IVA sobre os serviços TBE<sup>10</sup> e que deve ser alargado em 2021 pelo pacote *de e-commerce VAT* para vendas à distância de bens e serviços que não sejam serviços TBE, visando incluir todas as restantes transações entre empresas e consumidores (B2C) ainda não abrangidas. Os contribuintes devem então poderem comunicar todas as transações (B2C) na UE, através de uma única declaração de IVA a apresentar no seu Estado-Membro de estabelecimento. A possibilidade de prever a utilização obrigatória do balcão único de importação e o limite fixado para a sua utilização serão também analisados neste contexto.

### **c) Pagamento**

Para garantir que os pagamentos ocorram da forma mais eficiente e rápida, a Comissão entende que, as administrações tributárias devem alargar os métodos de pagamentos eletrónico disponíveis para os contribuintes. A facilidade de pagamento é importante especialmente para pequenas e médias empresas, que tendem a enfrentar custos desproporcionais para regularizar a sua situação fiscal.

---

<sup>10</sup> *Telecommunications, broadcasting and electronic services.*

A Comissão entende ainda que, o valor do imposto devido, deve estar correto desde o início, para evitar que o contribuinte tenha que pedir o respetivo reembolso, que são demorados e por vezes estão sujeitos a fraudes, contudo, sempre que for solicitado esse reembolso, as administrações fiscais devem tratá-los o mais rápido possível, para evitar que os contribuintes tenham que esperar muito tempo e sofrer com problemas de tesouraria, sendo propostas as seguintes ações:

**Ação 6** (para 2020/2022) - A Comissão apresentará recomendações para melhorar a assistência à recuperação de impostos não pagos, sempre com respeito pelos direitos e garantias dos contribuintes. As conclusões do relatório da Comissão sobre o funcionamento do regime de assistência mútua para a cobrança de créditos relativos a impostos, direitos e outras medidas (COM (2017) 778), refere que, a fim de garantir a eficiência e eficácia da assistência mútua na recuperação de créditos, os Estados Membros devem reforçar os seus sistemas internos de recuperação de impostos e implementar recursos suficientes para lidar com as solicitações de assistência de recuperação, bem como, deverá ser efetuado melhorias, de determinados aspetos do funcionamento do sistema de assistência à cobrança de impostos (ao abrigo da Diretiva 2010/2439).

**Ação 7** (para 2022/2023) – Os contribuintes devem saber com clareza e antecedência onde devem pagar os impostos, sendo que, os Estados Membros ainda utilizam critérios diferentes e diversos para determinar o estatuto de residência fiscal, o que resulta em riscos de dupla tributação ou dupla não tributação, pelo que, a Comissão irá propor legislação para esclarecer onde os contribuintes devem ser considerados residentes para efeitos fiscais, no caso de operações transfronteiriços na UE.

**Ação 8** (para 2022/2023) - A melhoria do ambiente de tributação das empresas é uma prioridade da Comissão, contudo, ainda existem determinadas barreiras fiscais ao investimento transfronteiriço. A Comissão irá propor uma iniciativa legislativa para a introdução de um sistema comum e normalizado à escala da UE, do sistema de retenção na fonte, de isenções fiscais na fonte, acompanhado de um mecanismo de troca de informação e cooperação entre administrações tributárias, bem como, será avaliado a necessidade de troca de informações e cooperação, entre as autoridades fiscais e as autoridades de supervisão dos mercados financeiros. O objetivo desta ação será, por um lado, reduzir significativamente os custos relativos ao cumprimento fiscal, para os investidores transfronteiriços e, por outro lado, evitar a evasão fiscal.

#### **d) Verificação, monitorização e cooperação administrativa**

A Comissão entende que, as administrações fiscais têm o dever de verificar a situação fiscal dos contribuintes, realizando auditorias fiscais, permitindo manter a confiança na justiça do sistema tributário, garantindo condições equitativas na tributação e evitar que contribuintes cumpridores, paguem mais impostos, porque outros contribuintes não cumprem as obrigações e não pagam o que é devido.

Para o efeito, entende a Comissão que, as administrações tributárias devem utilizar, técnicas de gestão de risco, para permitir a melhor seleção dos contribuintes a controlar, baseando-se num vasto leque de fontes de informação, no caso dos contribuintes com operações transfronteiriças, por exemplo, devem ter em conta, as informações provenientes de outros Estados-Membros e países terceiros, graças ao intercâmbio de informações, sendo proposto as seguintes ações:

**Ação 9** (para 2022/2023) – A Comissão irá propor, provavelmente através de uma iniciativa legislativa, alterações no Regulamento (UE) n.º 904/2010 do Conselho, a fim de tornar o Eurofisc mais eficiente, melhorando a capacidade, por parte da UE, atribuindo-lhe mais ferramentas, na luta contra a fraude de IVA nas transações transfronteiriças. Importa ainda reforçar as interações entre o Eurofisc com outros organismos relevantes da UE e com as autoridades dos Estados Membros.

O Eurofisc deve-se tornar um centro da UE, para informações fiscais, servindo não apenas para fins de IVA, mas também para as autoridades dos mercados financeiros, como por exemplo, alfândegas, OLAF e Europol, devendo-se alargar o âmbito do Eurofisc, neste contexto, a fiscalidade direta deve beneficiar da capacidade proporcionada pelo Eurofisc.

**Ação 10** (para 2020/2021) – Entende a Comissão que o surgimento de novas formas de pagamento e investimento, como são os casos da cripto-ativos e dinheiro eletrónico, ameaçam minar o progresso feito em termos de transparência tributária nos últimos anos e apresentam riscos substanciais de evasão fiscal, pelo que, em 2021, a Comissão atualizará a diretiva sobre a cooperação administrativa para alargar o seu âmbito a uma economia em evolução e reforçar o quadro da cooperação administrativa.

**Ação 11** (para 2021/2022) - O Parlamento Europeu deu início ao lançamento de um Observatório Fiscal da UE como ação preparatória, na sequência do Projeto Piloto da UE sobre Tributação Justa, sendo que, a Comissão lançou recentemente o convite à

apresentação de propostas. As tarefas do Observatório Fiscal da UE consistirão em monitorizar e quantificar as tendências do nível e âmbito do abuso fiscal e, assim, contribuir para a formulação de políticas baseadas em evidências e estimular um debate europeu sobre questões tributárias internacionais.

**Ação 12 e 13** (para 2022/2023) – As verificações das transações transfronteiriças devem ser reforçadas, para garantir o IVA. A mera troca de informações ou avisos entre Estados Membros, como acontece principalmente hoje, não é adequada dado o volume das transações, em particular com a alteração das regras do IVA para o comércio eletrónico que entrou em vigor em 2021, pelo que, a Comissão irá explorar a forma de passar do intercâmbio manual para a partilha automatizada de dados através de sistemas eletrónicos, como acontece atualmente, com a partilha de dados aduaneiros sobre as importações de países terceiros e, se necessário, fará uma proposta para alterar o Regulamento do Conselho (UE) N.º 904/2010.

As novas tecnologias à disposição dos Estados Membros tornariam as transações transfronteiriças mais fáceis para as empresas cumpridoras, as autoridades fiscais concentrariam mais os seus controles sobre os contribuintes incumpridores, seguindo uma abordagem baseada no risco.

**Ação 14** (para 2022/2023) – Deve existir um diálogo mais estreito com os parceiros internacionais, a cooperação eficaz com países terceiros é muitas vezes necessária para garantir que a política fiscal da UE funcione numa economia global, as administrações fiscais dos Estados Membros não só precisam de trabalhar em conjunto como também de cooperar com países terceiros, pelo que, a Comissão irá propor o início do processo de negociação de acordos de cooperação administrativa em matéria de IVA com países terceiros relevantes (semelhante ao que existe entre a UE e a Noruega), começando por alguns dos principais parceiros comerciais da UE. O objetivo é garantir uma administração fiscal justa e eficaz.

#### **e) Litígios**

Prevenir a possibilidade de litígios e proporcionar segurança jurídica aos contribuintes, é essencial, os litígios deveriam ser evitados, mas quando isso não for possível, a resolução rápida permite reduzir ao mínimo os custos para os contribuintes e administrações tributárias, nesta área a Comissão propõe as seguintes ações:

**Ação 15** (para 2020/2021) - Monitoramento da diretiva do mecanismo de resolução de litígios, a Comissão acompanhará a implementação e o controlo da eficácia da diretiva relativa ao mecanismo de resolução de litígios, no que diz respeito aos litígios decorrentes da interpretação ou aplicação de acordos e convenções que preveem a eliminação da dupla tributação celebrada entre Estados Membros.

A Comissão continuará a trabalhar, em cooperação com os Estados Membros, na implementação de um órgão permanente de resolução de litígios, o denominado Comité Permanente, cuja base jurídica já está prevista na Diretiva 2017/1852 de 10 outubro, espera-se que contribua para a eficácia da resolução de disputas entre os Estados Membros.

**Ação 16** (para 2022/2023) - **Prevenção e resolução de litígios de IVA.** São necessários mecanismos para prevenir e resolver litígios relativos à aplicação da Diretiva IVA em todas as fases do ciclo de vida das transações de IVA, para garantir os princípios de segurança jurídica, neutralidade e equidade. A Comissão examinará todas as opções possíveis e, se for caso disso, apresentará uma proposta legislativa sobre um mecanismo de prevenção e resolução de litígios em matéria de IVA.

**f) Simplificação das regras fiscais da UE, para melhorar a competitividade do mercado único**

De acordo com a Comissão, para tornar a tributação mais simples e fácil, e que apoie o cumprimento fiscal, é necessário atualizar e simplificar a legislação existente em determinadas áreas. Um ponto fundamental será o restabelecimento de condições de concorrência equitativas entre as empresas da UE e os concorrentes pertencentes a países terceiros, bem como, deve ser assegurada a coerência com os principais objetivos políticos, como o Acordo Verde Europeu, também é importante que os contribuintes conheçam os seus direitos, nesta área é proposta as seguintes ações:

**Ação 17** (para 2020/2021) – A Carta dos direitos do contribuinte, a Comissão publicará uma comunicação que, fará o balanço dos direitos dos contribuintes em vigor ao abrigo da legislação da UE, bem como, fará uma recomendação aos Estados Membros, para facilitar a implementação dos direitos dos contribuintes e simplificar as obrigações fiscais.

**Ação 18** (para 2020/2021) - Atualizar as regras de IVA relativo a serviços financeiros, a isenção dos serviços financeiros prevista na Diretiva IVA, data da primeira vez em que a legislação em matéria de IVA entrou em vigor em 1977, pelo que, será apresentado uma

proposta legislativa para alterar estas disposições desatualizadas, as alterações deverão garantir condições de concorrência equitativas na UE e ter em consideração a competitividade internacional das empresas pertencentes à UE.

**Ação 19** (para 2020/2021) - Transformar o estatuto do Comité do IVA, como conclui a Comissão, o Comité do IVA é atualmente um comité consultivo, composto por representantes dos Estados Membros e da Comissão, sem competências de índole executivo. Entende a Comissão que, a atribuição de determinados poderes de execução à Comissão, sob reserva do controlo desse comité, deverá aumentar a eficiência do processo de tomada de decisão no domínio do IVA, contribuindo para uma aplicação mais uniforme da legislação da UE em matéria de IVA, em benefício dos sujeitos passivos que exercem atividades económicas em vários Estados Membros, pelo que, vai ser proposto uma alteração à Diretiva IVA, a fim de permitir ao referido comité, que supervisione as ações de execução da Comissão, através de deliberação por maioria qualificada.

**Ação 20** (para 2020/2021) - A Comissão irá organizar uma conferência sobre *Análise de Dados e Soluções Digitais* em 2021. Este evento proporcionará uma plataforma, para que todas as partes interessadas, expressem as suas necessidades e expectativas no que diz respeito à utilização de análise de dados e outras soluções digitais na área fiscal, bem como, proporcionar a oportunidade de partilhar as melhores práticas.

**Ação 21** (para 2020/2021) - A Comissão irá criar um grupo de peritos em preços de transferência, para elaborar soluções pragmáticas e não legislativas para os problemas práticos colocados pelas práticas de preços de transferência relevantes para a UE, este grupo será organizado de forma a permitir as contribuições dos Estados Membros e das partes interessadas das empresas e da sociedade civil. Esse grupo de especialistas aumentará a segurança fiscal e reduzirá, ao mesmo tempo, o risco de dupla tributação.

**Ação 22** (para 2022/2023) - Rever o regime especial de IVA sobre agências de viagens e operadores turísticos. A Diretiva IVA inclui um regime especial para as agências de viagens e os operadores turísticos, que não é aplicado da mesma forma na União, essas regras também conduzem, a um certo grau de distorção da concorrência entre agências de viagens estabelecidas na UE e as estabelecidas fora desse território, mas que organizam viagens dentro dele, agravado o problema pelo mercado digital, neste contexto, a Comissão irá propor a alteração da Diretiva IVA, a fim de simplificar o referido regime especial e

garantir condições equitativas na UE, tendo em conta a competitividade da indústria de viagens da UE.

**Ação 23** (para 2022/2023) - Adaptar o quadro do IVA à «*platform economy*», o rápido desenvolvimento da «*platform economy*», levanta questões quanto ao tratamento do IVA das transações entre usuários facilitadas pelas plataformas, nomeadamente quanto à qualificação de sujeito passivo e à natureza dos serviços em causa. A Comissão apresentará uma proposta legislativa para alterar a Diretiva IVA, que deverá proporcionar clareza e segurança jurídica aos atores envolvidos, bem como, será analisada a função que, as plataformas podem ter para garantir a cobrança do imposto.

**Ação 24** (para 2022/2023) - Tributação mais ecológica do setor de transporte de passageiros, sendo que, a Diretiva IVA contém várias isenções relacionadas com o setor do transporte de passageiros, contudo, estas isenções referem-se apenas a certos tipos de transporte de passageiros, originando por exemplo, a não tributação de IVA, no transporte aéreo e marítimo internacional de passageiros, pelo que, a Comissão irá apresentar, uma proposta legislativa para rever essas isenções, a fim de assegurar a sua coerência com os objetivos do Acordo Verde europeu, incluindo a simplificação das regras do IVA, no que diz respeito ao local de tributação dos serviços de transporte de passageiros.

**Ação 25** (para 2022/2023) - Pacote de comércio eletrônico para impostos especiais de consumo. Nesta área, entende a Comissão que, as regras atuais de venda à distância de produtos sujeitos a impostos especiais de consumo, apresentam encargos regulamentares e custos envolvidos muito elevados, para os operadores económicos, pelo que, irá ser estudado, formas de simplificar estas regras, para minimizar a fraude e a distorção da concorrência entre os operadores económicos, que operam online e os que têm lojas físicas, se for necessário, será apresentada uma proposta legislativa para alterar a Diretiva do Conselho, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo.

#### **5.4.2 - COM (2020) 313 Final:**

Como refere a Comissão, a boa governação fiscal é a base sobre a qual se constrói uma tributação justa, sendo que, esta abrange a transparência tributária, a concorrência tributária justa, a ausência de medidas tributárias prejudiciais e a aplicação de padrões internacionalmente aceites, pelo que, a presente comunicação, define as áreas prioritárias

de ação nos próximos anos, para melhorar os padrões de boa governação fiscal e garantir uma tributação justa, destacando-se as seguintes:

### **1 – Reforma do Código de Conduta Fiscal das Empresas (*O Código*):**

O Código de Conduta Fiscal das Empresas, tem sido o principal instrumento da UE para prevenir a concorrência fiscal prejudicial, desde a sua criação em 1997, conforme já explanado na presente dissertação, contudo a Comissão entende que, o referido Código, necessita de reforma e modernização, para fazer face, aos novos desafios, tais como, a globalização, a economia digital, o papel crescente das multinacionais na economia mundial, o aumento da importância dos ativos intangíveis e a redução das barreiras para os negócios, tudo isto, provocou a pressão sobre os Estados, para utilizar a tributação, como meio de atrair investimentos estrangeiros.

#### **a) O momento ideal para efetuar-se a reforma do Código**

De acordo com a Comissão, o momento da reforma do Código, deve ser cuidadosamente considerado, para garantir que o resultado seja o mais ambicioso e eficaz possível, as discussões internacionais que decorrem, sobre a reforma da tributação das empresas, conduzidas pela OCDE, poderiam ter um grande impacto sobre os limites aceites para a concorrência fiscal no futuro, nomeadamente, se os limites mínimos se tornarem o padrão global, originando que os países possam utilizar, as suas taxas de imposto, para atrair negócios e investimentos estrangeiros, devendo isto, ser claramente integrado nas ações da UE em matéria de concorrência fiscal justa, no âmbito da reforma do Código de Conduta, bem como, se não houver consenso sobre a tributação mínima a nível global, este conceito deve ser introduzido no Código, como uma norma da UE, para modernizar e clarificar o conceito de concorrência fiscal prejudicial e para garantir que todas as empresas paguem o valor justo de impostos, face aos lucros obtidos no mercado único.

#### **b) Revisão do âmbito e critérios do Código de Conduta**

Conforme refere a Comissão, existem várias questões, que devem ser tidas em conta, no contexto da reforma do Código de Conduta, nomeadamente:

- O âmbito do Código deve ser atualizado, de modo a abranger todas as medidas que representam um risco para a concorrência fiscal justa, como por exemplo, garantir que todos os casos de tributação muito baixa sejam analisados, dentro e fora da UE, sendo que, já é exigido aos países terceiros, a implementação de normas relacionadas com

transparência fiscal e substância económica, devendo estes requisitos serem formalmente incluídos no Código de Conduta.

### **c) Melhorar a governação fiscal do Código de Conduta**

De acordo com a Comissão, a reforma do Código de Conduta, deve proporcionar que este seja aplicado de forma mais transparente e eficaz, o Grupo do Código de Conduta, deveria disponibilizar publicamente mais informações, no seu site, bem como, implementar a votação por maioria qualificada, para tornar mais rápido a tomada de decisões e considerar consequências efetivas para os Estados Membros, incumpridores do Código de Conduta.

## **2 – Revisão da Lista da UE relativo a Jurisdições não cooperantes:**

A lista da UE de jurisdições fiscais não cooperantes foi proposta pela primeira vez na estratégia externa da Comissão de 2016, como uma ferramenta para lidar com os riscos externos de abuso fiscal e concorrência fiscal prejudicial.

Quatro anos após o lançamento da referida Lista, a Comissão acredita que é chegado o momento de fazer um balanço da experiência adquirida até agora e rever como pode permanecer eficaz, justa e adequada para novos desafios à medida que vão surgindo.

### **a) Revisão do âmbito geográfico da lista**

Conforme refere a comissão, os Estados Membros manifestaram o desejo de rever o âmbito geográfico da lista, nomeadamente, garantir que todas as áreas de risco foram cobertas e que jurisdições comparáveis estão a ser tratadas de forma justa e uniforme no âmbito do processo da UE.

Para alcançar os objetivos definidos no parágrafo anterior, a Comissão irá atualizar até ao final de 2020, o painel de avaliação original, utilizado para selecionar as jurisdições mais relevantes para análise, esse novo painel deverá refletir os dados mais recentes, bem como os desenvolvimentos na economia global e na política tributária, incluirá fontes de informação adicionais, para oferecer uma imagem abrangente das relações económicas e financeiras da UE com países terceiros, bem como, a Comissão terá em conta a nova metodologia para identificar países terceiros de alto risco, para fins de luta contra o branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

## **b) Revisão dos critérios de listagem da UE**

É necessário considerar se todos os critérios são relevantes para todas as jurisdições, com base no risco potencial de seu ambiente económico e fiscal, nomeadamente, se os critérios de listagem da UE podem ser aplicados de uma forma mais direcionada para certas jurisdições, ou se os critérios de boa governança tributária usados, para o processo de listagem, devem ser analisados de forma mais geral, para garantir que, estejam atualizados e sejam adequadamente ambiciosos.

Entende a Comissão ainda que, as discussões a nível internacional, sobre a tributação da economia digital e a reforma fiscal global, também terão de ser tidas em conta, nos critérios de cotação da UE, sendo isso particularmente importante, se houver um consenso global sobre a tributação efetiva mínima, na mesma linha, os critérios também devem ser revistos para garantir a aplicação destes, de forma suficientemente abrangente, para capturar todos os riscos.

## **c) Aumentar a transparência e a responsabilidade**

A Comissão sempre deu grande ênfase à necessidade de diálogo e compromisso com os países terceiros em causa, a este respeito, é importante estabelecer uma reunião anual para representantes das jurisdições, para discutir questões relacionadas com as listas da UE e para partilhar informações e melhores práticas, e fomentar o diálogo com países terceiros, para identificar preocupações razoáveis, que transmitirá aos Estados Membros num esforço de encontrar soluções.

A Comissão considera importante, aumentar o debate com os Estados Membros relacionados, com a pouca clareza da comunicação, dos critérios nacionais e dos processos de listagem, bem como, debater a existência de diferenças entre os países incluídos na lista da UE e nas listas nacionais, originando uma fonte de confusão e incerteza para um grande número de países terceiros, e coordenar ainda mais a abordagem da lista de jurisdições para efeitos fiscais, a fim de garantir que os países terceiros sejam tratados de forma coerente pela UE e pelos seus Estados Membros.

Por último, a Comissão continuará a exigir o máximo de transparência e responsabilização possível no processo de cotação dada aos países terceiros, no seio da UE.

**d) Fortalecimento da boa governação fiscal em acordos com países terceiros e aumento do diálogo com esses países, sobre impostos ambientais**

A Comissão considera ainda que, outra forma importante de a UE promover a equidade em questões fiscais, é através de uma cláusula de boa governação fiscal nos acordos internacionais relevantes com países terceiros, sendo que, na estratégia externa de 2016, já tinha sido sugerido, atualizar e reforçar a cláusula de boa governação padrão, para alinhá-la com as últimas normas internacionais, os Estados-Membros aprovaram um novo texto em maio de 2018 e confirmaram que essa formulação deve ser incluída em todos os acordos internacionais relevantes.

A Comissão continuará a insistir na inclusão da cláusula de boa governação fiscal em todas as negociações futuras relevantes sobre acordos internacionais, contudo, no caso de um país terceiro se recusar a aceitar a cláusula ou insistir em alterá-la, na medida em que deixa de servir o fim pretendido, deverá ser considerado, uma resposta adequada, nomeadamente, repensar a lista de países não cooperantes da UE.

A Comissão no seu diálogo com países terceiros, dará também ênfase ao "princípio do poluidor-pagador", consagrado no TFUE, que apela a uma fixação de preços pelas externalidades negativas de atividades poluentes ou outras atividades prejudiciais, sendo que, em muitos países em desenvolvimento, aumentar o valor das receitas obtidas, por meio da tributação ambiental, também tem o potencial de reduzir a dependência do estado, da ajuda e do financiamento da dívida e de facilitar a mobilização de recursos internos para serviços públicos.

**3 – Reforçar as medidas para melhorar a boa governação fiscal:**

**a) Promover a boa governação fiscal através dos fundos da UE**

Na Estratégia Externa de 2016, a UE introduziu uma relação juridicamente vinculativa entre as normas de boa governação fiscal e a utilização de fundos da UE, tal reflete-se nos principais instrumentos jurídicos, que impedem os fundos da UE de apoiar projetos que contribuem para a elisão fiscal, além disso, para instrumentos financeiros e garantias orçamentais, a estrutura legal impede a utilização de jurisdições da lista negra da UE para efeitos fiscais ou da lista da UE de países terceiros de alto risco, para fins de combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Defende a Comissão que, as ações a nível internacional e as regras mais rigorosas para a utilização dos fundos da UE, têm levado uma série de instituições financeiras internacionais e agências nacionais, a reforçarem os seus controlos de devida diligência, encorajando os operadores de mercado, a evitarem a utilização de esquemas em jurisdições não cooperantes e a prestar mais atenção aos riscos de evasão fiscal, pelo que, estas regras deveriam ser utilizadas de forma mais ampla, para reforçar os princípios da boa governação fiscal.

A Comissão incentiva os Estados Membros a seguirem as mesmas diretrizes, no que diz respeito à gestão dos fundos, deste modo, nenhum fundo da UE ou dos seus Estados Membros seria canalizado através de entidades de jurisdições cotadas ou envolvidas em esquemas de evasão fiscal. Tal daria à UE mais peso e credibilidade na promoção de normas de boa governação fiscal a nível internacional.

Na mesma linha de pensamento, a Comissão apresentou uma recomendação, segundo a qual os Estados-Membros devem condicionar o seu apoio financeiro às empresas à ausência de ligações entre essas empresas e as jurisdições que constam da lista da União de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais, de modo a garantir que os esforços consideráveis desenvolvidos, para apoiar a recuperação sejam executados de forma coerente com a necessidade de garantir a equidade fiscal internacional.

A Comissão irá também lançar, muito provavelmente no final de 2020, um debate com os Estados Membros, para encontrar a forma, como este alinhamento das políticas de financiamento da UE e nacionais pode ser alcançado.

Por outro lado, a Comissão irá ponderar a forma de integrar outros financiadores internacionais, na prevenção da evasão fiscal, na utilização de todos os fundos públicos e apresentará um relatório sobre o trabalho de coordenação interna da UE até meados de 2022 e, em seguida, estudará formas de promover as melhores práticas a um nível internacional mais alargado, bem como, importa continuar a estabelecer um diálogo estreito com as instituições financeiras internacionais e outros parceiros de execução, a fim de analisar o impacto dos novos requisitos da UE nos seus trabalhos e processos.

## **b) Fortalecimento das medidas defensivas contra as jurisdições não cooperantes**

A Comissão tem apelado sistematicamente aos Estados Membros, para que apliquem medidas defensivas fortes, dissuasivas e coordenadas, de forma comum, contra os países que constam da lista dos não cooperantes, foi desde dezembro de 2017 que, foram dados os primeiros passos no sentido da coordenação, tendo sido definido certas medidas administrativas, como o aumento das auditorias, a efetuar a empresas e investidores em países, que constam da lista dos não cooperantes, isto foi reforçado em 2019, quando se chegou a acordo, sobre um conjunto de medidas defensivas, a aplicar contra os referidos países.

Os Estados-Membros começarão a aplicar estas medidas defensivas em 2021 e acordaram em avaliar a necessidade de uma maior coordenação em 2022, esta abordagem coordenada vai na direção certa, mas carece de ambição, segundo a Comissão, deve ser evitado que, estas medidas não sejam aplicadas de forma uniforme na UE, permitindo a certos contribuintes, a possibilidade de explorarem as disparidades entre as medidas dos Estados Membros e continuem a retirar lucros não tributados do mercado único.

Para a Comissão importa, acompanhar atentamente a situação, à medida que os Estados-Membros começarem a aplicar as medidas defensivas que foram acordadas, e procederá a uma avaliação dessas medidas.

## **4 – Apoiar os países parceiros na boa governação fiscal:**

### **a) Fortalecimento da parceria e cooperação internacional**

A boa governação fiscal, continua sendo uma questão fundamental, sobre a qual todos os países devem prosseguir, inclusive é coerente com as políticas para o desenvolvimento, pelo que, a Comissão está determinada a dar um ímpeto ainda maior, às medidas e iniciativas fiscais de boa governação, para aumentar a mobilização de receitas internas entre os parceiros em desenvolvimento da UE.

A Comissão está a contribuir ativamente para a definição do plano para a próxima fase de trabalho da Iniciativa Fiscal de «Addis», pós-2020. Acredita firmemente que o trabalho nesta área deve estar totalmente alinhado com os objetivos de desenvolvimento Sustentável e que o trabalho sobre a mobilização de receitas internas a nível internacional deve ser acelerado.

Entende a Comissão que, a UE não pode trabalhar isoladamente na boa governação fiscal e na sua implementação nos países em desenvolvimento, sendo necessário, uma forte colaboração com a OCDE, a ONU e o FMI e outros atores internacionais, para permitir, coordenar eficazmente, a assistência e o apoio.

#### **b) Integração dos países em desenvolvimento na estrutura tributária global**

Os esforços da UE para ajudar os países em desenvolvimento a combater o abuso fiscal e a mobilizar receitas internas só podem ser eficazes se houver um forte senso de propriedade nas próprias jurisdições, de acordo com a Comissão.

Acresce que, o trabalho global para melhorar a boa governança, requer uma abordagem global totalmente inclusiva e colaborativa, pelo que, a UE tem apoiado ativamente a participação dos países em desenvolvimento em fóruns fiscais internacionais, onde são definidas normas e efetuadas avaliações pelos pares.

Refere ainda a Comissão que, através do processo de listagem da UE, todos os países foram incentivados a aderir ao Quadro Inclusivo para Erosão de Base e Transferência de Lucros (BEPS) da OCDE e ao Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações.

Acresce ainda que, a UE também forneceu financiamento, através de organizações internacionais, para assistência técnica aos países em desenvolvimento, na implementação das normas de boa governação fiscal.

#### **c) Aumento da agenda política**

A Comissão, em cooperação com o Alto Representante, irá também refletir sobre a forma de integrar prioridades fiscais mais amplas, nas relações da UE com os países em desenvolvimento, até porque, muitas destas prioridades fiscais, apesar de não estarem diretamente relacionadas com a boa governação fiscal, contudo, são extremamente relevantes, para no futuro, promoverem sistemas fiscais mais sustentáveis e robustos, nos países em desenvolvimento.

Para a Comissão, a UE deve ajudar os países em desenvolvimento, que pretendam reduzir as barreiras às empresas e as tarifas, identificando receitas fiscais alternativas sustentáveis e melhorando a governação administrativa no domínio das alfândegas e da fiscalidade, podendo incluir impostos ambientais, muitos dos quais são, em princípio, mais difíceis de promover a evasão fiscal e visam apoiar o desenvolvimento sustentável.

Em suma, a Comissão dará seguimento à proposta de um novo instrumento de boa Vizinhança, Desenvolvimento e Cooperação Internacional, prevendo que impostos, taxas e encargos cobrados pelos países parceiros, podem ser utilizáveis para financiamento.

#### **5.4.3 - COM (2020) 314 Final:**

Garantir a justiça fiscal ao prevenir a fraude, evasão e elisão fiscais, tornou-se agora mais importante do que nunca, dado o impacto negativo na economia dos Estados Membros, provocado pelas medidas adotadas para fazer face à crise de saúde pública do covid 19, sendo exigido a obtenção de mais receitas fiscais, para financiar tais medidas.

Neste contexto, considera a Comissão, a necessidade de reforçar a cooperação administrativa e o intercâmbio de informações, para combater a elisão e evasão fiscais na UE.

Ora a avaliação efetuada, da aplicação da Diretiva 2011/16/EU, do Conselho, de 15 fevereiro, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, mostrou ser ainda necessário melhorar algumas disposições existentes e alargar o seu âmbito no que diz respeito às informações comunicadas pelos operadores de plataformas digitais, para fazer face aos verdadeiros desafios colocados pelo comércio eletrónico.

Na referida avaliação, conclui-se que, a aplicação das disposições existentes da diretiva revelou discrepâncias significativas entre os Estados Membros, nomeadamente, enquanto alguns destes, estão dispostos a cooperar plenamente e trocar informações, outros adotam uma abordagem restritiva ou mesmo rejeitam o intercâmbio de informações, bem como, certas disposições revelaram-se insuficientes para responder às necessidades das administrações fiscais de cooperar com outros Estados Membros ao longo do tempo.

A avaliação efetuada à Diretiva, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, conclui igualmente que, as regras de utilização de controlos simultâneos e de autorização da presença de funcionários de um Estado Membro durante um inquérito noutra Estado Membro careciam de base jurídica em alguns dos sistemas nacionais, impedindo a utilização eficiente dessas disposições.

Acresce que, o relatório de 2018 do Fórum Conjunto de Preços de Transferência sobre controlos de preços de transferência dentro da UE, recomendou a adoção de uma abordagem coordenada, entre os Estados Membros, para os controlos de preços de

transferência, contribuindo para um melhor funcionamento do mercado interno, em duas vertentes:

- Permitir às administrações tributárias, possuir uma ferramenta transparente e eficiente para facilitar a atribuição do direito de tributação de determinada operação;
- Permitir a prevenção da ocorrência de dupla tributação ou dupla não tributação;

Em suma, entende a Comissão que, existe uma clara necessidade de alterar as disposições já plasmadas na Diretiva relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, mas igualmente, torna-se imperioso alargar a Diretiva, a novas áreas na UE, a fim de fazer face aos desafios colocados pela economia digital e ajudar as administrações fiscais a cobrar impostos de forma melhor e mais eficiente e a acompanhar os novos desenvolvimentos.

As características da economia de plataforma digital, dificultam a rastreabilidade e a deteção dos factos tributáveis pelas administrações fiscais, sendo o problema intensificado, em particular quando tais transações são realizadas por meio de operadores de plataforma digital estabelecidos em outra jurisdição.

A falta de comunicação dos rendimentos auferidos pelos vendedores, pela prestação de serviços ou venda de bens através das plataformas digitais, conduz à redução das receitas fiscais dos Estados Membros, permitindo a esses vendedores, uma vantagem em relação aos que não atuam em plataformas digitais.

Face ao exposto a Comissão propõe as seguintes alterações à Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 fevereiro:

**a) Troca de informações mediante solicitação**

- A inclusão do art.º 5.º A, estabelecendo a definição da norma de relevância previsível aplicável em caso de pedido de informações, esta definição estabelece os elementos da norma e os requisitos processuais que a autoridade requerente deve observar.
- A inclusão do art.º 5.º B, estabelecendo as condições quando o pedido de informações, refere-se a um grupo de contribuintes que não podem ser identificados individualmente pelo nome ou de outro modo, mas apenas podem ser descritos com base num conjunto comum de características, nesses casos, a autoridade competente requerente, deve fornecer informações adicionais à autoridade requerida.

- Alterar o parágrafo 10 do art.º 8.º A da Diretiva, nomeadamente, da não aplicação da norma de relevância previsível do art.º 5.º A, quando o pedido de informações é enviado na sequência de uma decisão transfronteiriça trocada ou de um acordo prévio de preços nos termos da Diretiva do Conselho (UE) 2015/2376 de 8 de dezembro de 2015.

- Alterar o n.º 1 do art.º 17.º, com o objetivo de clarificar o significado de esgotamento das fontes habituais de informações, ou seja, antes de solicitar as informações, a autoridade requerente é obrigada a esgotar todas as fontes habituais de informação que poderia ter utilizado, para obter as informações solicitadas e utilizar todos os meios disponíveis, contudo, se, ao fazê-lo, a autoridade requerente enfrentar dificuldades desproporcionadas e correr o risco de comprometer a realização dos seus objetivos, a obrigação não se aplica.

- Alterar o n.º 2 do art.º 20.º, para garantir que os formulários para o intercâmbio de informações, mediante pedido, sejam adaptados em conformidade.

#### **b) Troca automática de informações obrigatória**

- O n.º 1 do art.º 8.º, estabelece as categorias de rendimentos sujeitos a troca automática de informações obrigatória entre os Estados Membros, neste caso, é proposto a inclusão dos royalties, nas categorias de rendimentos sujeitas à troca de informações, esta alteração obrigará os Estados Membros a trocar todas as informações disponíveis, mas em pelo menos duas categorias para os períodos tributáveis até 2024 e em pelo menos quatro categorias de rendimentos com outros Estados Membros em relação aos períodos tributáveis a partir de 2024, de acordo com o **artigo 8.º (3)**.

- A Comissão propõe igualmente a inclusão do **art.º 8.º AC**, que vai estabelecer o âmbito e as condições a implementar, para a troca automática obrigatória de informações a comunicar pelos operadores das plataformas digitais às autoridades competentes, estas regras são detalhadas no respetivo anexo V da Diretiva alterada.

Numa primeira fase, as referidas regras preveem a obrigação dos operadores das plataformas digitais, recolherem e verificarem as informações em conformidade com os procedimentos de diligência que devem ser devidos.

Numa segunda fase, os referidos operadores das plataformas digitais, devem relatar as informações sobre os vendedores que utilizam a respetiva plataforma em que operam, para vender os seus produtos, ou fornecer serviços ou investir e emprestar no contexto de «*crowdfunding*».

Por fim, numa terceira fase, as referidas informações devem ser comunicadas à autoridade competente do Estado Membro onde o vendedor sujeito a declaração é residente fiscalmente ou onde se encontra localizado o imóvel, se for caso disso.

Ora, como já foi mencionado anteriormente, o anexo V da Diretiva, vai definir as regras detalhadas, sobre a troca automática de informações obrigatória, por parte dos operadores das plataformas digitais, nomeadamente, quem é responsável pela comunicação das informações às autoridades competentes, a definição de plataforma, de operador da plataforma e operador de plataforma de relatórios, sendo que, o conceito de plataforma não inclui, software que permita exclusivamente o processamento de pagamentos ou os usuários que anunciem uma atividade relevante ou se a plataforma servir apenas para redirecionamento ou transferência de usuários para uma outra plataforma.

É definido igualmente o conceito de Operador de Plataforma de Relatório, considerando-se como tal, um operador que seja residente fiscal num Estado Membro ou está sujeito à legislação de um Estado Membro, ou tenha o seu local de gestão ou estabelecimento permanente num Estado Membro.

O âmbito da presente regra também vai incluir, os operadores de plataforma que não cumprem nenhuma das condições acima explicitadas, mas que facilitam o desempenho de uma atividade relevante, por vendedores reportáveis que são residentes para efeitos da presente diretiva num Estado Membro ou no que diz respeito ao aluguer de bens imóveis que estes estejam localizados num Estado Membro (normalmente designados por «plataformas estrangeiras»).

Acresce que, de acordo com a proposta constante no n.º 4 do art.º 8.º AC, estas plataformas têm a obrigação de se registarem num Estado Membro, no parágrafo F da secção IV do já referido anexo V, encontram-se explicitadas os detalhes dos procedimentos a adotar para o efeito.

Acresce ainda que, na proposta, o parágrafo três do n.º 4 do novo artigo 8.º AC, confere à Comissão, competências de execução para adotar um formulário tipo.

Os operadores de plataforma já identificados, em sede de IVA, não se podem registar noutro Estado Membro, que não seja o de identificação, para efeitos de IVA.

Importa ainda referir as atividades que são reportáveis, para o efeito, uma atividade relevante inclui, o aluguer de bens imóveis, a prestação de serviços pessoais, a venda de

bens, o aluguer de qualquer meio de transporte e o investimento e empréstimo no contexto de «*crowdfunding*».

Um Serviço Pessoal é um serviço que envolve trabalho baseado em tempo ou tarefa, executado por um ou mais indivíduos, que agem de forma independente ou em nome de uma entidade, para o efeito, este serviço é realizado a pedido de um utilizador, online ou fisicamente offline, após ter sido facilitado através de uma plataforma.

Por fim, considera-se um vendedor, para efeitos desta Diretiva, um usuário da plataforma que está registado na plataforma e realiza qualquer uma das atividades relevantes, e que, durante o período de reporte, teve a sua residência fiscal num Estado Membro, ou teve um número de identificação NIF ou IVA emitido num Estado Membro, ou para um vendedor que é uma entidade, com um estabelecimento estável num Estado Membro.

Um operador de plataforma para efeitos da presente Diretiva, deverá recolher as informações necessárias, verificá-las e disponibilizá-las até 31 de dezembro do período a que respeitam, e comunica-las às autoridades competentes, no prazo de um mês após o final do período a reportar, no qual o vendedor é identificado como um vendedor relatável.

Em suma, de forma resumida, estas são as alterações propostas pela Comissão, na Diretiva 2011/16/EU, do Conselho, de 15 fevereiro, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade.

Podemos assim concluir que, a grave crise económica provocada pela situação do covid 19 e antevendo o agravamento da referida crise nos anos seguintes, impulsionou a Comissão Europeia, a apresentar em 15-07-2020 um pacote fiscal, composto por três comunicações ao Conselho e ao Parlamento Europeu, nomeadamente:

- Definindo um plano de 25 ações a implementar nos próximos anos, pelos Estados Membros, promovendo a implementação, de uma tributação justa e eficiente;
- A adoção de um conjunto de medidas que, possibilitem reforçar a boa governação fiscal com os países terceiros; e por fim,
- Alterar a Diretiva 2011/16/EU, do Conselho, de 15 fevereiro, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, através da clarificação de algumas regras já existentes, bem como, introduzir um intercâmbio automático de informações entre as administrações fiscais dos Estados Membros, sobre os rendimentos / receitas geradas pelas

entidades que comercializam nas plataformas digitais, de forma que os referidos ganhos sejam tributados de forma justa;

## **6 – A Diretiva anti elisão fiscal (ATAD 1):**

Após a proposta de Diretiva anti elisão fiscal, pela Comissão Europeia, é aprovada pelo Conselho em 12 julho, a Diretiva 2016/1164 (*Anti Tax Avoidance Directive – ATAD 1*), que contém regras mínimas anti abuso a aplicar aos impostos societários dos Estados Membros.

De acordo com o seu artigo 3.º, a Diretiva «*não obsta à aplicação das disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional*», ou seja, depreende-se daqui, que esta Diretiva não visa uma verdadeira harmonização, os Estados Membros mantêm as regras anti abuso que já têm em vigor, nos seus ordenamentos jurídicos internos, apenas acrescentam determinado aspetos, que ainda não estão tratados nas suas regras internas.

Esta Diretiva é a forma de concretização multilateral do projeto BEPS, para os Estados Membros, constando nela, algumas recomendações das ações BEPS, tais como, as regras de limitação da dedutibilidade de juros (ação 4) e as regras de Controlled Foreign Corporation (CFC rules) (ação 3).

Importa referir que, por exemplo, as regras de limitação da dedutibilidade de juros e *Exit Tax*, que constam na Diretiva, são propostas as suas aplicações, porque presumem-se que existiu abuso fiscal nas transações em causa, não sendo elas, discriminatórias à luz das liberdades fundamentais do TFUE.

As práticas fiscais prejudiciais, que o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas proíbia, têm a sua correspondência no projeto BEPS e importa serem interpretadas com respeito pelo Direito da União Europeia.

Em suma, a Diretiva contra as práticas de elisão fiscal, contém regras comuns que visam concretizar na prática as recomendações plasmadas no projeto BEPS, adaptando-as ao mercado interno da União Europeia, com respeito pela jurisprudência do TJUE.

Estas regras da Diretiva, são aplicáveis ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, residentes na União Europeia, incluindo os estabelecimentos estáveis localizados

num Estado Membro, pertencente a um sujeito passivo residente no interior da comunidade ou em país terceiro.

No âmbito da Diretiva, não existe uma preocupação de harmonização da tributação direta, continuando a existir a disparidade das taxas entre os Estados Membros, impossibilitando a eliminação da concorrência fiscal, pelo que, importa efetuar uma análise mais pormenorizada do conteúdo da Diretiva.

Ora, constam na Diretiva, as **regras de limitação de dedutibilidade de juros, de impostos à saída (*Exit Tax*), a regra de inversão (cláusula de *switch over*), regras CFC, regra geral anti abuso e regras anti híbridos.**

## **6.1 - Regras de limitação da dedutibilidade dos juros:**

### **6.1.1 – A importância da jurisprudência do TJUE:**

No âmbito da União Europeia, a jurisprudência do TJUE, considerou as regras sobre subcapitalização, contrárias ao direito de estabelecimento, plasmado no art.º 49.º do TFUE, sendo Portugal um dos Estados Membros, que continha essas regras.

Foi no acórdão no caso de *Lankhorst-hohorst GMBH*<sup>11</sup>, que o TJUE considerou as regras de subcapitalização, não compatíveis com o Direito da União Europeia, sendo que estas regras, estabeleciam uma presunção de prática abusiva, para os casos em que o endividamento de uma entidade residente em território comunitário para com uma entidade não residente com qual tivesse relações especiais, tivesse ultrapassado um determinado limite.

Ora, constituindo estas regras uma presunção de abuso, e como qualquer presunção deve ser elidível, facto que não acontecia no caso em concreto, ou seja, as regras de subcapitalização que estavam previstas, não tinham sido desenhadas como presunções inilidíveis, pelo que, violavam igualmente, o princípio da proporcionalidade, um princípio fundamental do Direito Fiscal Internacional.

---

<sup>11</sup> Acórdão do TJUE de 12 dezembro 2002, processo C-324/00 Langhorst-Hohorst GMBH.

O acórdão do TJUE que decorre do caso *Lankhorst-Hohorst GMBH*, vai originar a introdução das regras de limitação da dedução dos juros de financiamento segundo o critério EBITDA.

Este caso *Lankhorst-Hohorst GMBH*, sociedade com sede na Alemanha, que opõe esta entidade ao Governo Alemão, apresentava os seguintes factos:

- A *Lankhorst-Hohorst GMBH*, tem como atividade principal o comércio de artigos e acessórios náuticos e como único sócio a entidade *Lankhorst BV*, com sede nos Países Baixos, que concedeu à sociedade Alemã, um empréstimo a 10 anos com taxa de juro de 4,5 %, tendo a sociedade Alemã deduzido os respetivos juros.
- A Administração fiscal Alemã, não aceitou tais deduções, alegando que, os juros pagos à entidade sedeadada nos Países Baixos, eram equiparáveis a uma distribuição de lucros ocultos, de acordo com a lei Alemã equivalente ao IRC (KSTG) e tributou esses rendimentos à taxa de 30%.

A questão prejudicial que foi colocada ao TJUE, era se “O principio da liberdade de estabelecimento, previsto no art.º 43.º do Tratado (atual art.º 49.º do TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regra constante na lei Alemã”

O Governo Alemão na sua defesa, refere que, a medida constante na sua lei, visava lutar contra a evasão fiscal.

Ora entende o TJUE que:

- Em resposta à questão prejudicial colocada, de acordo com a jurisprudência assente, a fiscalidade direta é da competência de cada Estado Membro, mas respeitando sempre o direito comunitário, devendo estes absterem-se de discriminações em função da nacionalidade.
- Os juros pagos por uma filial residente à sociedade mãe não residente são considerados como dividendos ocultos, pelo que, são tributados à taxa de 30%, enquanto que, no caso dessa sociedade mãe ser residente, então esses mesmos juros pagos são tratados como gastos e não como dividendos, podendo ser deduzidos.
- Esta diferença de tratamento é obstáculo à liberdade de estabelecimento.
- No caso em concreto, a legislação Alemã visa qualquer situação que envolva uma sociedade mãe com sede fora do território Alemão, por isso, não tem como objetivo

específico, excluir do benefício fiscal, da dedução dos juros, os expedientes meramente artificiais com a finalidade de escapar à tributação.

**Face ao exposto, conclui o TJUE que, O art.º 43.º CE (atual 49.º do TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma medida como a que consta na legislação Alemã.**

Este acórdão está na origem na introdução das regras de limitação à dedução de juros utilizando o critério do EBITDA, em detrimento das regras de subcapitalização que eram existentes, primeiro foi a Alemanha, depois a Itália, Espanha e Portugal (que alterou ao art.º 67.º do Código do IRC).

Importa referir que, a introdução das regras de limitação à dedução de juros utilizando o critério do EBITDA, não é causado unicamente pelo caso *Lankhorst-Hohorst GMBH*, mas também pelo caso *Bosal Holding*<sup>12</sup>. Neste caso, não era aceite a dedução de juros relacionados com o financiamento de afiliadas localizadas em países terceiros, dada a inexistência de um regime simétrico, ou seja, no caso dos Países Baixos os dividendos que vinham do exterior não eram tributados, pois segundo a legislação desse Estado Membro, os dividendos são tributados a uma taxa muito reduzida, provocando uma dupla não tributação.

A partir da jurisprudência do TJUE, emanada dos casos acima explanados, foi introduzido as regras de limitação à dedução de juros segundo o critério EBITDA, são aplicáveis igualmente a todas as situações, inclusive a situações nacionais, entre entidades nacionais, pelo que, as regras não são discriminatórias, ao contrário das antigas regras de subcapitalização.

#### **6.1.2 – O regime do art.º 4.º da ATAD 1:**

O art.º 4.º da Diretiva anti abuso, segue na sua generalidade, as recomendações da ação 4 do BEPS, e refere no seu n.º 1 que “*Os gastos excessivos com empréstimos obtidos são dedutíveis no período de tributação em que são incorridos apenas até 30 % dos resultados dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA).*”.

---

<sup>12</sup> Acórdão do TJUE de 18 setembro de 2003, processo C-168/01, Bosal Holding

Importa acrescentar que, os limites à dedutibilidade dos juros, definem uma regra de neutralidade fiscal, ou coerência fiscal, entre a dedução e a tributação dos juros, sendo que, os custos de empréstimos obtidos, devem sempre ser deduzidos na medida em que o sujeito passivo tenha o benefício de receber juros ou outros rendimentos tributáveis, que provêm de ativos financeiros.

Acresce ainda que, este mesmo n.º 1 do art.º 4.º da Diretiva, no 2.º parágrafo, seguindo as recomendações da ação 4 do BEPS, permite a opção de determinar-se um rácio de grupo, apurando-se o EBITDA e os gastos excessivos de financiamento do grupo.

O n.º 2 do referido artigo da Diretiva exclui os rendimentos isentos, da fórmula do EBITDA do contribuinte, sendo que o n.º 3, permite a opção do Estado Membro de substituir o rácio de 30% por um limite definido de €3.000.000,00 de juros.

O n.º 4 do mesmo artigo da Diretiva, na sua alínea a), estabelece uma regra transitória, permitindo a exclusão da aplicação da regra da limitação à dedução de juros, dos empréstimos concluídos antes de 17 de junho de 2016, desde que, as respetivas cláusulas não sejam alteradas posteriormente.

No n.º 5, encontram-se ainda exceções à regra de limites da dedutibilidade de juros, no caso do contribuinte, ser sócio ou acionista de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, podendo dispor da plena dedução dos seus custos excessivos de empréstimos obtidos, se conseguir comprovar que o rácio entre o seu capital próprio e o total dos seus ativos é igual ou superior ao rácio equivalente do grupo, respeitando os requisitos definidos no n.º 5.

É igualmente estabelecido pela Diretiva, no n.º 6 do art.º 4.º, uma regra de reporte para o futuro, do excesso de juros não dedutíveis e dando possibilidade de reporte para o passado, mas neste caso, com um limite temporal, permitindo estas regras seguir as recomendações da ação 4 do BEPS, fazendo face à divergência temporal entre o momento da despesa e o resultado EBITDA, bem como à volatilidade nos ganhos.

Em suma, podemos concluir que, as regras de limitação da dedutibilidade de juros, funcionam como uma regra anti abuso, existindo uma presunção de abuso, de forma inilidível.

A aplicação destas regras ao grupo de empresas e poderem ter como parâmetro, o grupo em si, é amplamente justificado, até porque, é entre as empresas do grupo, com relações

especiais, que podem de forma artificial, promover o sobre endividamento, reduzindo de forma abusiva a carga fiscal.

Em virtude da elisão fiscal através do sobre endividamento, também poder ocorrer com entidades independentes, a ação 4 do BEPS recomenda que, as regras de limitação da dedutibilidade de juros sejam extensivas ao endividamento de um grupo para com entidades terceiras.

Por fim, importa referir que, estas regras de limitação à dedutibilidade de juros, podem provocar um aumento efetivo do custo do capital e conseqüentemente pode existir uma redução do investimento real, por isso alguns autores entendem que, estas regras podem ser prejudiciais para os Estados Membros.

## **6.2 - Impostos à saída (Exit Tax):**

### **6.2.1 – Conceito e objetivos:**

Os contribuintes por vezes podem ter a tentação de reduzir a sua carga fiscal, transferindo o domicílio fiscal e/ou os seus ativos para um Estado que tenha uma reduzida tributação.

Estas práticas provocam a distorção do mercado, intensificando a erosão das bases tributáveis do Estado de partida, bem como, a transferência de lucros futuros, visando tributá-los no país de reduzida tributação.

Quando os contribuintes alteram a sua residência fiscal ou transferem ativos (sem serem alienados) para fora de um determinado Estado Membro, este vê-se privado do direito a futuras receitas fiscais geradas por esses contribuintes, mas ainda não realizadas.

Ora, a tributação à saída (*Exit Tax*) tem como intenção, prevenir a erosão da base tributável do Estado de partida ou de origem, provocada pela transferência de ativos, sem alteração de propriedade, para fora da jurisdição desse mesmo Estado, tendo estes ativos incorporados em si mesmo, ganhos ainda não realizados.

Os impostos à saída não são regras reativas ao abuso fiscal, mas sim regras de prevenção á evasão fiscal, correspondem a uma tributação excecional de mais valias potenciais, visando como já vimos, assegurar a cobrança de imposto sobre o património do contribuinte, no momento em que este ou um seu estabelecimento estável se deslocam para fora do Estado de partida.

A ação 6 do BEPS, menciona os impostos à saída, não existindo uma recomendação específica para a sua introdução, sendo defendido que não são incompatíveis com as convenções de dupla tributação.

### **6.2.2 – O regime do art.º 5.º da ATAD 1:**

A presente Diretiva anti elisão fiscal, incorpora no seu art.º 5.º o Direito da União em matéria de tributação de impostos à saída, concedendo aos contribuintes a possibilidade de diferir o pagamento do montante de imposto durante um certo numero de anos e de pagamentos faseados.

A aplicação da tributação à saída no território da União Europeia, deve cumprir as liberdades fundamentais consagradas no TFUE e seguir a jurisprudência dominante do TJUE.

De acordo com a presente Diretiva, no seu art.º 5.º n.º 1, ficam sujeitos a impostos à saída as transferências:

- Interestadual de ativos da sede para um seu estabelecimento estável.
- Interestadual de ativos, de um estabelecimento estável para a sua sede.
- De residência para outro Estado Membro ou país terceiro, com exceção dos ativos que permaneçam no Estado de saída afetos a um estabelecimento estável.
- De um estabelecimento estável para outro Estado Membro ou país terceiro.

Este artigo da Diretiva, menciona o apuramento de mais valias potenciais, calculando a diferença entre o valor de mercado e o valor contabilístico para objetivos fiscais.

Importa referir que, o caso da alienação não é abrangido pela presente Diretiva, sendo que, para efeitos da alínea c) do n.º 1 do referido artigo da Diretiva, é considerada uma alienação ao valor de mercado, qualquer transferência subsequente para um país terceiro, de ativos de um estabelecimento estável situado no primeiro Estado Membro, e no qual os ativos estão efetivamente afetos.

O n.º 6 deste artigo, define o conceito de valor de mercado como *“o montante pelo qual os ativos podem ser trocados ou as obrigações mútuas podem ser regularizadas entre compradores e vendedores não relacionados e interessados numa transação direta”*.

Acresce que, o contribuinte tem sempre a opção de diferir o pagamento de um imposto à saída, nas situações plasmadas no n.º 1, mediante o pagamento em prestações num prazo ao longo de cinco anos, no caso de se tratar de uma transferência para outro Estado Membro ou do EEE, (n.º 2 do art.º 5.º), mas ficando sujeito a pagar juros e a prestar garantia, conforme o disposto no n.º 3 do mesmo artigo.

Importa ainda salientar que, as transferências temporárias de ativos, não estão sujeitas a impostos à saída, desde que, estes revertam para o Estado Membro do autor da transferência num prazo de 12 meses, este artigo da Diretiva não se aplica “*o presente artigo não se aplica às transferências de ativos relacionadas com o financiamento através de valores mobiliários, aos ativos constituídos como garantia, ou caso a transferência de ativos seja efetuada a fim de satisfazer requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios ou para efeitos de gestão de liquidez*”, conforme o disposto no n.º 7.

### **6.2.3 – A importância da jurisprudência do TJUE:**

Na jurisprudência do TJUE, relacionada com os impostos à saída (*Exit Tax*), apresenta uma certa dicotomia, entre se estamos na presença de pessoas coletivas ou singulares, para melhor se compreender esta situação, importa analisar dois acórdãos do tribunal.

No caso *Nacional Grids Indus*<sup>13</sup>, que é originado por um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Gerechtshof Amesterdam dos Países Baixos ao TJUE, num caso, que opõe a entidade National Grid Indus BV à Administração Fiscal dos Países Baixos (Holanda), sendo que, os factos em análise, é a questão da compatibilidade das legislações fiscais nacionais (no caso em concreto a legislação da Holanda), que prevê a tributação de mais valias imediatas à saída das sociedades, que transferem a sua sede ou os seus ativos para outro Estado Membro.

A questão colocada no caso era a seguinte “*Uma sociedade constituída segundo o direito de um Estado-Membro, que transfere a sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, sem que essa transferência de sede afete a sua qualidade de sociedade do primeiro Estado-Membro, pode invocar o artigo 49.º TFUE para efeitos da impugnação*

---

<sup>13</sup> Acórdão do TJUE de 29 novembro 2011, processo C-371/10

*da legalidade de um imposto que lhe foi liquidado pelo primeiro Estado-Membro quando da referida transferência de sede”.*

Ora, resumidamente, o acórdão do TJUE refere que, *“não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual o montante do imposto sobre as mais-valias latentes atinentes a elementos do património de uma sociedade é fixado definitivamente....no momento em que a sociedade, devido à transferência da sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, deixa de auferir lucros tributáveis no primeiro Estado-Membro”.*

Todavia o TJUE *“se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que impõe a cobrança imediata do imposto sobre as mais-valias latentes atinentes a elementos do património de uma sociedade que transfere a sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, no próprio momento da referida transferência...”.*

Porém refere ainda o TJUE que, a legislação nacional pode ser aceite desde que permita *“à sociedade que transfere a sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, a opção entre, por um lado, o pagamento imediato do montante do imposto, que gera uma desvantagem em matéria de tesouraria para essa sociedade, mas a dispensa de ulteriores encargos administrativos, e, por outro, o pagamento diferido do montante do referido imposto, acrescido, se for caso disso, de juros segundo a legislação nacional aplicável, pagamento esse que é necessariamente acompanhado de um encargo administrativo para a sociedade em causa, associado ao seguimento dos ativos transferidos, constitui uma medida que, simultaneamente, é adequada a garantir a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros”.*

Face ao exposto, podemos verificar que, o TJUE permite os impostos à saída, desde que seja dada a opção ao sujeito passivo de adiar a sua cobrança até ao momento de realização das mais valias. Neste caso o Estado pode exigir o pagamento de juros e a prestação de uma garantia até ao momento em que as mais valias são realizadas.

Ora, esta situação tem tradução na presente Diretiva Anti elisão Fiscal, nomeadamente nos seus, n.º 2 e n.º 3 do art.º 5.º, já mencionados anteriormente, em que é permitido o diferimento da tributação dos impostos à saída num prazo de cinco anos, mediante o pagamento de juros e prestação de uma garantia.

Importa referir que este acórdão do TJUE no caso *Nacional Grids Indus*, o sujeito passivo era uma pessoa coletiva, porém o princípio da proporcionalidade adotado pelo tribunal é diferente quando estamos na presença de uma pessoa individual.

No caso *De Lasteyrie du Saillant*<sup>14</sup>, o TJUE teve uma decisão algo diferente do processo *Nacional Grids Indus*, senão vejamos:

- Hughes de Lasteyrie du Saillant era um cidadão francês, com domicílio fiscal em França, em 12 de setembro de 1998, decidiu deixar esse país e instalar-se na Bélgica, detinha nessa data ou tinha detido, num dado momento, no decurso dos cinco anos anteriores à sua saída de França, com os membros da sua família, títulos que conferiam direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades com sede em França.

- A legislação fiscal Francesa, obrigava que os contribuintes que tenham tido domicílio fiscal em França durante pelo menos seis dos últimos dez anos, deveriam ser tributados pelas mais-valias verificadas, determinadas pela diferença entre o valor dos direitos sociais à data da transferência do domicílio para fora de França e o seu preço de aquisição pelo contribuinte.

- A tributação da mais-valia está subordinada à condição de que os direitos, direta ou indiretamente, detido sobre os lucros da sociedade pelo cedente, cônjuge, ascendentes ou descendentes tenham ultrapassado em conjunto 25% desses lucros, no decurso de cinco anos, pelo que, a Administração Fiscal Francesa efetuou a tributação ao Sr, Hughes de Lasteyrie du Saillant.

- O Governo Francês alega que, o objetivo desta norma, era prevenir um risco de evasão fiscal.

- A questão prejudicial colocada era se “*O princípio da liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 52º do Tratado CE (que passou a art.49.º no TFUE) opõe-se a que um EM institua, para efeitos de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias em caso de transferência do domicílio fiscal*”.

- O TJUE decide que, «*O princípio da liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 52º do Tratado CE (que passou a art.49º) deve ser interpretado no sentido que se opõe a que um EM institua, para efeitos de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de*

---

<sup>14</sup> Acórdão do TJUE de 11 de março 2004, processo C-9/02.

*tributação das mais-valias, ainda não realizadas, como o previsto no artigo 167º CGI, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse estado».*

Ora, podemos assim verificar que, no caso *De Lasteyrie du Saillant*, o TJUE considerou que a legislação francesa em causa, não podia restringir o **exercício da liberdade de estabelecimento**, possuindo, no mínimo, um efeito dissuasivo nos contribuintes que pretendiam estabelecerem-se noutro Estado Membro, em virtude destes, terem um tratamento desfavorável em relação, às pessoas que mantêm o seu domicílio fiscal em França, por serem sujeitos a tributação imediata de mais valias não realizadas (potenciais), simplesmente pelo facto de transferirem o seu domicílio fiscal para outro Estado Membro.

Podemos então concluir que, entre os dois acórdãos do TJUE, relacionados com os impostos à saída, as decisões são diferentes, o juízo de proporcionalidade do tribunal foi distinto, num caso para uma pessoa coletiva, (caso *Nacional Grids Indus*), noutro um contribuinte individual (caso *De Lasteyrie du Saillant*), tendo sido consagrado no art.º 5.º da Diretiva, a jurisprudência emanada do caso *Nacional Grids Indus*.

Importa salientar que, a ausência de harmonização dos elementos de conexão, nomeadamente quem determina o nascimento e a morte das pessoas coletivas é a legislação interna de cada Estado Membro, pelo que, a jurisprudência relacionada com impostos à saída de pessoa coletivas, pode ser justificada, apesar de restritivas, com o respeito pelos princípios fundamentais plasmados no TFUE, sendo que, o art.º 5.º da Diretiva anti elisão, atenua essas restrições.

### **6.3 - A regra de inversão (switch over):**

As dificuldades existentes na concessão de dedução de crédito de impostos pagos no estrangeiro, promovem que os Estados Membros cada vez mais, isentem de tributação os rendimentos provenientes do estrangeiro.

Esta situação pode incentivar a entrada no mercado interno, de rendimentos que não são tributados ou sujeitos a baixa tributação, inclusive esses rendimentos podem circular na União Europeia sem tributação, aproveitando instrumentos disponíveis na legislação.

Para fazer face a estas práticas, são utilizadas as cláusulas “switchover”, em que o sujeito passivo é sujeito a tributação nos rendimentos provenientes do estrangeiro, mas sendo-lhe

concedido um crédito de imposto relativo ao imposto pago no estrangeiro, desencorajando a transferência de lucros de jurisdições de elevada tributação para território de baixa tributação, com exceção dos casos que exista uma explicação comercial para a referida transferência.

Esta regra foi controversa desde o início, tendo sido eliminada da Diretiva, todavia, como esta só contém regras mínimas, os Estados não ficam impedidos de adotar ou manterem as regras da inversão.

#### **6.4 - As regras CFC:**

##### **6.4.1 – Conceito e objetivos:**

As regras CFC, relativas às sociedades estrangeiras controladas, visam prevenir a adoção de práticas de planeamento fiscal, por parte de entidades com filiais controladas em jurisdições de baixa tributação, transferindo grandes quantidades de lucros do Estado da sede da empresa mãe (que estariam sujeitas a alta tributação) para as filiais localizadas nesses territórios de reduzida tributação, com o objetivo de reduzir a carga fiscal do grupo de sociedade onde elas se integram.

Normalmente, os rendimentos transferidos para a empresa filial, são rendimentos passivos móveis, tais como por exemplo, a transferência, dentro de um determinado grupo, dos direitos de propriedade intelectual para a sociedade filial (controlada) localizada na jurisdição de reduzida tributação, com o intuito da empresa mãe pagar royalties à filial, pela contrapartida de utilizar os ativos detidos por esta (detêm os direitos de propriedade intelectual do ativo), transferindo assim rendimentos para um território de baixa tributação.

Esta situação de transferência de forma artificial de rendimentos para jurisdições de baixa tributação, na maior parte dos casos, jurisdições de países externos à União Europeia, afeta grandemente o mercado interno, originando perda de rendimentos que deveriam ser tributados, no âmbito dos Estados Membros.

Para fazer face a esta transferência de lucros para territórios de baixa tributação, onde estão localizadas as filiais, as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas, permitem a retribuição dos rendimentos obtidos por essas filiais à empresa mãe, ou seja, esta fica sujeita ao imposto sobre o rendimento no seu Estado de residência, geralmente um Estado de elevado nível de tributação.

Em suma, as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas (CFC), têm o objetivo de eliminar/atenuar a transferência de lucros para territórios de baixa tributação.

#### **6.4.2 – As regras CFC e as liberdades fundamentais do TFUE:**

Porém importa refletir sobre a questão, será que as normas relativas às sociedades estrangeiras controladas (CFC) podem constituir um obstáculo às liberdades fundamentais plasmadas no TFUE, nomeadamente, ao direito de estabelecimento (art.º 49.º TFUE) e à livre circulação de capitais (art.º 63.º TFUE) ou à livre prestação de serviços (art.º 56.º TFUE)?

É verdade que, a criação de obstáculos, à constituição de uma afiliada num determinado Estado Membro, por parte de uma sociedade mãe situada noutro Estado Membro, podem colocar em causa, em simultâneo, o direito de estabelecimento e a livre circulação de capitais.

De acordo com o TFUE, no seu n.º 1 do art.º 49.º, 1.º parágrafo “...*são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado Membro no território de outro Estado Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado Membro estabelecidos no território de outro Estado Membro*”.

Já o TFUE, no seu art.º 63.º, refere no n.º 1 que “...*são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados Membros e entre Estados Membros e países terceiros*”, e no n.º 2 “...*são proibidas todas as restrições de pagamentos entre Estados Membros e entre Estados Membros e países terceiros*”.

Assim podemos concluir que, conforme o plasmado no TFUE, a livre circulação de capitais (art.º 63.º TFUE), proíbe qualquer tipo de obstáculos colocados por um Estado Membro a contribuintes de outro Estado Membro, bem como a contribuintes nacionais de um país terceiro, ou com rendimentos em qualquer desses Estados, já o direito de estabelecimento (art.º 49.º TFUE), só proíbe restrições colocadas por um Estado Membro a contribuintes de outro Estado Membro.

A aplicação conjugada da livre circulação de capitais e do direito de estabelecimento, permite alargar o alcance do direito de estabelecimento, abrangendo igualmente os

contribuintes de países terceiros, o mesmo acontecerá para as outras liberdades fundamentais, se as conjugarmos com a livre circulação de capitais.

Importa então definir o critério ou a fronteira que delimita o âmbito da aplicação de cada uma destas liberdades fundamentais da União Europeia, a determinado caso, sendo que, será a jurisprudência emanada do TJUE que vai definir tais critérios ou fronteiras.

Segundo a jurisprudência decorrente do TJUE, o grau de influência nas decisões de uma sociedade, (influência decisiva) por parte de um acionista, é um critério importante para a aplicação do direito de estabelecimento e de livre circulação de capitais, pelo que, se a legislação de um determinado Estado Membro, for aplicada em situações, em que um acionista de uma sociedade, tem uma influência tal nas decisões dessa mesma sociedade, que lhe permita determinar e/ou definir as suas atividades, então neste caso, está em causa o direito de estabelecimento.

Porém o caso *Cadbury Schweppes*<sup>15</sup>, em que estava em causa a aplicação das regras CFC, por parte do Reino Unido, o TJUE adotou na sua análise, o critério da influência decisiva, mas tendo em conta, a finalidade da legislação em causa.

De acordo com esta jurisprudência do TJUE, importa então verificar, se a legislação fiscal que introduz um obstáculo à livre circulação, apenas tem a pretensão de abranger situações de influência decisiva ou incluir igualmente as situações em que não exista a influência decisiva, sabendo de antemão que, as regras relacionadas com sociedades estrangeiras controladas (CFC) só são aplicáveis aos casos de influência decisiva.

Para averiguar-se a questão da existência da influência decisiva ou não, importa analisar-se caso a caso, tendo em conta os factos de cada caso específico.

Importa referir que, a aplicação das regras relacionadas com sociedades estrangeiras controladas (CFC), é considerado pelo TJUE, uma restrição ao direito de estabelecimento, e no caso de não existir atividade económica no Estado de acolhimento, haverá obstáculos à livre circulação de capitais, sendo que, essa restrição só é justificada, se permitir a demonstração de que há abuso, e o abuso existe no caso, de utilização de esquemas puramente artificiais, conforme consta é definido no caso *Cadbury Schweppes*.

---

<sup>15</sup> Acórdão do TJUE de 12 setembro de 2006, processo C-196/04.

### **6.4.3 – A importância da jurisprudência do TJUE, o caso Cadbury Schweppes:**

O caso *Cadbury Schweppes*<sup>16</sup> é originado por um pedido de decisão prejudicial ao TJUE, nos termos do art.º 267.º do TFUE (antigo art.º 234.º CE), tendo como objeto a interpretação dos artigos, 49.º TFUE (antigo 43.º CE), 56.º TFUE (antigo 49.º CE) e 63.º TFUE (antigo 56.º CE), que opõe o grupo Cadbury Schweppes à Administração Fiscal do Reino Unido.

A Cadbury Schweppes Plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd, residente no Reino Unido, é a sociedade mãe do grupo Cadbury Schweppes, que inclui duas filiais financeiras, a Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTS) e a Cadbury Schweppes Treasury International (CSTI), ambas localizadas em Dublin na Irlanda, sujeitas aí, a uma taxa de imposto irlandesa inferior, nomeadamente sujeitas a uma taxa de cerca de 10%.

As atividades das sociedades, CSTS e CSTI, é angariar fundos e coloca-los à disposição das filiais do grupo, sendo que a CSTI é filial da CSTS.

A Administração Fiscal do Reino Unido, aplicou a legislação relativa a Sociedades Estrangeira detida em mais de 50% pela sociedade residente, (SEC), que é aplicável no caso em que, a sociedade detida está estabelecida a um nível de tributação inferior, no qual o imposto pago no país em que se encontra situada é inferior a  $\frac{3}{4}$  do montante de imposto que seria pago no Reino Unido sobre os lucros tributáveis.

Face ao exposto, a Administração Fiscal imputou, os lucros obtidos pelas filiais na Irlanda à sociedade mãe, residente no Reino Unido, tributando-os neste último território.

O Governo do Reino Unido alega, que a legislação relativa às SEC, pretende lutar contra a evasão fiscal.

A questão prejudicial colocada ao TJUE: “Os arts. 43.º CE (atual 49.º TFUE, 49.º CE (atual 56.º TFUE) e 56.º CE (atual 63.º TFUE) opõem se a uma legislação fiscal nacional que prevê, em determinadas condições, a tributação da sociedade mãe relativamente aos lucros realizados por uma SEC?”

Com base nos factos acima descritos, o Advogado Geral conclui o seguinte:

---

<sup>16</sup> Processo C-196/04, acórdão do TJUE de 12 setembro de 2006, sobre abuso de direito – regras CFC.

- A concorrência fiscal entre os Estados Membros através da escolha do regime fiscal é lícita. O nível de tributação constitui um elemento muito importante na escolha da localização da filial de um grupo de sociedades, tratando-se de um ato puramente lícito.
- Importa saber se o facto de uma sociedade se estabelecer num Estado Membro para beneficiar do regime fiscal mais favorável constitui uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento.
- Por outro lado, o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, considera que medidas fiscais que preveem um nível baixo de tributação, são medidas potencialmente prejudiciais.
- Esta restrição, imposta pela legislação relativa às SEC, só pode ser admitida, se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, neste caso, é necessário que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objetivo assim prosseguido e que não ultrapasse o necessário para o atingir.
- Uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento, pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado Membro em causa.
- A aplicação da tributação prevista na legislação relativa às SEC, deve ser excluída, quando não obstante a existência de razões de natureza fiscal, a constituição de uma SEC corresponde a uma realidade económica.
- Esta constituição deve corresponder a uma implantação real que tem por objetivo a realização de atividades económicas efetivas no estado Membro de acolhimento, como resulta da jurisprudência.
- Elementos que constituem prova da existência física da SEC: instalações, de pessoal e equipamento, se tais elementos não forem verificados, a filial é considerada como sendo uma filial «caixa de correio» ou de «fachada».
- Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, da existência de expedientes puramente artificiais, e se no cerne das razões que levaram à constituição da SEC, está a intenção de obter uma redução fiscal no Reino Unido.

Face ao exposto o TJUE responde à questão prejudicial, da seguinte forma:

*“Os artigos 43 CE (atual 49 ° TFUE) e 48 CE (atual 54 ° TFUE) devem ser interpretados no sentido de que se opõem à incorporação, na matéria colectável de uma sociedade residente estabelecida num EM, dos lucros realizados por uma sociedade estrangeira controlada noutro EM quando esses lucros são aí sujeitos a um nível de tributação inferior ao aplicável no primeiro Estado, a menos que tal incorporação diga apenas respeito aos expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido. A aplicação dessa medida de tributação deve por conseguinte, ser afastada quando se verificar, com base em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, que, não obstante a existência de razões de natureza fiscal, a referida sociedade controlada está realmente implantada no EM acolhimento e aí exerce atividades económicas efetivas”.*

Ora, algumas ilações importantes podemos retirar da decisão do TJUE, no caso *Cadbury Schweppes*, nomeadamente, são factos determinantes para aferir da existência de expedientes puramente artificiais, verificar se:

- O contribuinte tem uma intenção subjetiva de obter uma vantagem fiscal estabelecendo-se noutro Estado Membro.
- Existe um estabelecimento no outro Estado Membro que prossiga atividades económicas.
- Esse estabelecimento dispõe de uma existência física em termos de instalações, pessoal e equipamento.

A questão do apuramento dos factos, em relação se algum expediente em particular é puramente artificial, deve ser analisado, caso a caso, pelos tribunais domésticos de cada Estado Membro.

As regras relativas às sociedades estrangeiras controladas (CFC), são regras anti abuso, no âmbito da União Europeia, de acordo com a jurisprudência do caso *Cadbury Schweppes*, importando primeiro analisar estas regras à luz das liberdades fundamentais do TFUE, elas são um obstáculo à livre circulação, e só podem ser aceites se forem justificadas, sendo essa justificação potencial, a necessidade de controlar o abuso.

#### **6.4.4 – O regime da ATAD 1:**

A jurisprudência do TJUE no caso *Cadbury Schweppes* e as recomendações da ação 3 BEPS, encontram-se refletidas nos artigos 7.º e 8.º da Diretiva. O artigo 7.º define de forma

ampla o conceito de sociedades estrangeiras controladas, com o intuito de tentar cobrir toda e qualquer sociedade, cujos lucros não estejam sujeitos a imposto ou estejam isentos de imposto no Estado Membro da entidade controlada, e que cumpram cumulativamente as condições plasmadas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 7.º.

A alínea a) do numero 2 do art.º 7.º traduz a concretização das recomendações da ação 3 BEPS, sendo que o seu 1.º parágrafo, permite duas opções aos Estados Membros, incluir os rendimentos não distribuídos da entidade ou aplicar a regra CFC a várias categorias de rendimentos que tenham características de maior mobilidade e que se encontram aí enumerados, nomeadamente, nas alíneas i) até vi), conforme consta na Diretiva.

No caso da opção pela inclusão dos rendimentos não distribuídos pela entidade, aplica-se o disposto na alínea b) do referido numero 2 do art.º 7.º, que reflete a aproximação à doutrina dominante no projeto BEPS, sobre a cadeia de valor.

O 2.º parágrafo da alínea a) do numero 2 do art.º 7.º, refere que a presente alínea não é aplicável, “...*caso a sociedade estrangeira controlada exerça uma atividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes*”. Este parágrafo, reflete a jurisprudência do TJUE, no caso *Cadbury Schweppes*, bem como, aproxima-se da primeira análise ou teste do BEPS e traduz uma regra para aferir se a atividade da sociedade controlada não é fictícia, ou seja, se essa atividade é genuína e tem substancia económica.

O 3.º parágrafo da alínea a) do numero 2 do art.º 7.º, permite limitar a aplicação do teste da genuinidade da atividade da sociedade controlada, aos Estados Membros da União Europeia e do Espaço Económico Europeu, entendendo-se aqui, as regras CFC restringem apenas o direito de estabelecimento e nunca a livre circulação de capitais, entendimento considerado duvidoso por alguns autores, nomeadamente pela Dr. Ana Paula Dourado<sup>17</sup>, em que defendem, a existência de obstáculos à livre circulação de capitais, no caso de não existir atividade económica no Estado de acolhimento, sendo que, essa restrição só é justificada, se permitir a demonstração de que há abuso.

De acordo com os números 3 e 4 do referido art.º 7.º, os Estados Membros, e independentemente das opções que tenham feito no âmbito do ponto anterior, podem

---

<sup>17</sup> Ana Paula Dourado em “*Governança Fiscal Global*”, 2018 – 2ª edição, págs. 127 e 128

definir limites que permitam excluir das regras CFC, uma entidade ou um estabelecimento estável, que apresente uma dimensão económica reduzida.

O art.º 8.º da Diretiva, define como deve ser calculado os rendimentos das sociedades estrangeiras controladas, para cada uma das alternativas possíveis, que constam no n.º 2 do art.º 7.º, ou seja, caso a opção tenha sido a inclusão pelos rendimentos não distribuídos da entidade aplica-se o n.º 2 do art.º 8.º ou pela inclusão dos rendimentos do estabelecimento estável proveniente de diversas categorias aplica-se o n.º 1 do art.º 8.º.

Se a opção tiver sido pelo critério da inclusão dos rendimentos do estabelecimento estável proveniente de diversas categorias (art.º 7.º n.º 2a)), então os rendimentos a incluir na base tributável do contribuinte são apurados de acordo com o regime do imposto sobre o rendimento das sociedades do Estado Membro onde o contribuinte reside, sendo que, as perdas não relevam para este cálculo, podendo serem reportadas para futuros períodos fiscais (n.º 1 do art.º 8.º).

No caso da opção pelo critério da inclusão dos rendimentos não incluídos da entidade (art.º 7.º n.º 2b)), incluir-se-á os rendimentos na base tributável do contribuinte até ao limite dos montantes gerados através de ativos e riscos ligados às funções dos dirigentes que são assumidas pela sociedade que exerce o controlo. A atribuição dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas é apurada segundo o princípio da plena concorrência.

Em suma, optando-se por esta última alternativa, o apuramento do rendimento tributável da sociedade que controla, deve ter em conta a aplicação correta do mecanismo dos preços de transferência.

Por fim, os números 5, 6 e 7 do art.º 8.º da Diretiva, definem a forma como deve ser efetuada a eliminação da dupla tributação:

- No caso de uma futura distribuição de lucros pela empresa controlada, deduz-se o imposto anteriormente pago no âmbito das regras CFC.
- No caso da alienação da participação na entidade controlada ou na atividade do estabelecimento estável, e qualquer produto que tenha resultado dessa alienação tenha sido incluído anteriormente nas regras CFC, então deduzir-se-á esse montante à base tributável, no momento do apuramento do valor de imposto devido sobre esse produto.

- O Estado Membro da residência do contribuinte (sociedade controladora) deve permitir uma dedução, de acordo com a sua legislação interna, do imposto pago pela sociedade controlada ou estabelecimento estável, no território de localização destes últimos.

### **6.5 – Regra Geral Anti Abuso:**

As formas de planeamento fiscal agressivo são cada vez mais desenvolvidas e inovadoras, e por inerência disso mais complexas para serem desmontadas por qualquer legislação fiscal, que normalmente evolui de forma bem mais lenta, e como tal, não consegue ter ao seu dispor, todos os mecanismos específicos necessários, para lutar contra esses regimes agressivos.

Acresce que, a cada vez maior sofisticação das práticas abusivas de planeamento fiscal, e a maior lentidão na evolução das legislações fiscais, impedem que exista para muitos dos casos, uma determinada norma específica para fazer face às referidas práticas, pelo que, torna-se de grande utilidade a existência de uma regra geral anti abuso.

Ora, a regra geral anti abuso numa disposição fiscal de um país, destina-se a preencher as lacunas existentes nas regras específicas anti abuso, no combate contra a elisão fiscal, isto é, em todas as práticas abusivas, em que ainda não tenham sido objeto de disposições legais específicas, pode-se aplicar a regra geral.

A regra geral anti abuso, confere poder legislativo às autoridades fiscais, de poderem recusar aos contribuintes, os benefícios fiscais obtidos nas suas práticas abusivas, refletindo assim, os testes sobre a artificialidade das operações referidas pela jurisprudência emanada do TJUE.

Acresce que, a aplicação em cada Estado Membro, das várias regras gerais anti abuso, devia ser uniforme no interior da União Europeia e em situações com países terceiros, por forma a evitar que, o âmbito e os resultados dessa aplicação, não sejam diferentes e que tenham a finalidade de colmatar as lacunas existentes das regras específicas, sem prejudicar a aplicação destas, quando for o caso disso.

A Diretiva anti elisão fiscal procura essa uniformização na aplicação das regras gerais anti abuso, por parte de cada Estado Membro, a situações limitadas de montagens puramente artificiais, fictícias, pois caso contrário, o contribuinte deveria dispor do direito de optar

por operações que lhe permitam reduzir a sua carga fiscal, nas suas atividades nacionais e transfronteiriças.

### **6.5.1 – O regime do art.º 6.º da ATAD 1:**

A diretiva anti elisão fiscal contém no seu art.º 6.º uma Regra Geral Anti abuso, que apresenta um conceito mais simplificado do que o tipificado pela legislação fiscal Portuguesa, no seu art.º 38.º n.º 2 da LGT.

De acordo com a definição da Diretiva, não podem ser consideradas para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, quaisquer montagens fictícias ou uma série delas, com o objetivo principal de obter uma vantagem fiscal, que permita anular o objeto ou a finalidade das disposições fiscais aplicáveis. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte (n.º 1 do art.º 6.º).

Acresce que para efeitos do n.º 1 (parágrafo anterior), considera-se montagem ou uma série de montagens como fictícia, na medida em que, não foi colocada em prática por motivos comerciais válidos, que traduzam a realidade económica ou substância económica (n.º 2 do art.º 6.º).

De acordo com o n.º 3 do art.º 6.º, se as montagens ou série de montagens, não sejam consideradas nos termos do n.º 1, então a coleta é apurada com base na substância económica em conformidade com a respetiva legislação nacional.

Podemos verificar no art.º 6.º da Diretiva que, os seus números 1 e 2, encontra-se a referência ao conceito de genuinidade, quando é dito, «*os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que.....não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes...*» (n.º 1 do art.º 6.º) ou quando diz «*Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica*».(n.º 2 do art.º 6.º).

Como já vimos no ponto anterior da presente dissertação, no caso *Cadbury Schweppes*, o TJUE refere em expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido, enquanto a Diretiva opta como vimos, pela referência, a montagens que não sejam genuínos, não contendo a expressão de montagens artificiais.

Ora, a opção por esta redação do art.º 6.º da Diretiva, poderá ser pelo facto, da artificialidade dos esquemas, ser mais complexo de comprovar nomeadamente quando existem movimentos financeiros, neste caso, podendo estar em causa restrições à livre circulação de capitais, definindo que uma montagem não é genuína «*na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica*».

No caso *Cadbury Schweppes*, cuja jurisprudência foi confirmada por acórdãos posteriores, refere-se a expedientes meramente artificiais como forma de verificar se existe abuso, considerado a falta de realização de atividades económicas e de existência física, dando o exemplo de uma mera caixa de correio ou mera fachada.

Ora, este caminho seguido pelo TJUE, neste caso *Cadbury Schweppes*, não considerou os factos, de que para verificar a existência de uma realidade económica, por parte de uma filial, num determinado país, se podia analisar a proporção entre o montante de lucros tributados nesse país e a criação de valor, tal como era recomendado pelo projeto BEPS, sendo uma incógnita a interpretação que vai ser dada à cláusula geral anti abuso plasmada na Diretiva anti elisão fiscal.

Relativamente à interpretação que os Estados Membros vão dar à designação que consta na Diretiva sobre, «montagens fictícias e razões economicamente válidas», vamos ter que esperar, a jurisprudência emanada do futuro do TJUE, quando este for chamado a pronunciar-se.

A cláusula geral anti abuso plasmada no art.º 6.º da Diretiva, não integra um conceito mínimo sobre abuso, mas permite que os Estados Membros nas suas legislações internas, possam alargar esse conceito, até porque, conforme dispõe, o n.º 3 do art.º 6.º da Diretiva, depois de desconsiderar-se as montagens que não são genuínas, tributar-se-á, os esquemas genuínos, de acordo com a legislação interna.

A legislação Portuguesa tem uma cláusula geral anti abuso que se encontra plasmada no n.º 2 do art.º 38.º da LGT, que deve ser aplicada de acordo com os procedimentos prévios dispostos no art.º 63.º do CPPT, em pontos posteriores da presente dissertação, far-se-á uma análise mais pormenorizada da CGAA Portuguesa.

## **6.6 – Assimetrias híbridas:**

As assimetrias híbridas originam duplas deduções, ou seja, deduções em ambos Estados que estão a interagir ou a dedução de rendimentos num dos Estados e não inclusão no outro, sendo estas situações, causadas pelas diferenças existentes na qualificação jurídica dos pagamentos (instrumentos financeiros) ou das empresas, no momento da interação dos dois ordenamentos jurídicos.

Acresce que, os sujeitos passivos, nomeadamente os que se encontram envolvidos em estruturas transfronteiriças, aproveitam essas assimetrias entre os sistemas fiscais dos países, para reduzir a sua carga fiscal.

### **6.6.1 – O regime da ATAD 1:**

Com o intuito de combater estas assimetrias, a ATAD 1 no seu art.º 9.º, prevê que um Estado Membro deve seguir a mesma qualificação jurídica concedida a um instrumento híbrido ou a uma entidade híbrida, por parte do Estado Membro onde tenham a origem os pagamentos, as despesas ou as perdas.

De acordo com o n.º 1 do art.º 9.º, a dedução é concedida apenas no Estado Membro em que esse pagamento tem origem, evitando assim, a possibilidade de dupla dedução, sendo que, a determinação da origem do gasto, tem intrinsecamente em si, a aplicação das novas regras sobre preços de transferência.

Importa referir que, conforme já foi analisado anteriormente na presente dissertação, a ação 2 BEPS, mencionava a necessidade de neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos, sendo que o art.º 9.º da Diretiva, segue a ideia do projeto BEPS, mas concretizando as recomendações das ações 8-10 BEPS, sobre preços de transferência.

Ora, o art.º 9.º da Diretiva, promove um regime no qual faz relacionar a dedução do gasto com o território do Estado, onde esse mesmo gasto teve lugar e existiu criação de valor, dando assim, prioridade ao princípio da substância sobre a forma, exigindo uma reformulação sobre preços de transferência.

Contudo este art.º 9.º foi alterado pela Anti Tax Avoidance Directive 2 (doravante também designada de ATAD 2).

## 6.6.2 – As alterações promovidas pela ATAD 2:

A Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, doravante também designada de ATAD 2, vai alterar a ATAD 1, no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

Conforme consta na introdução da ATAD 2 no parágrafo 8, «A Diretiva (UE) 2016/1164 inclui regras relativas a assimetrias híbridas entre Estados-Membros, e deverá também incluir regras relativas a assimetrias híbridas com países terceiros caso pelo menos uma das partes envolvidas seja um contribuinte sujeito ao imposto sobre as sociedades ou, no caso dos híbridos inversos, uma entidade num Estado-Membro, bem como regras sobre as assimetrias importadas...incluindo os estabelecimentos estáveis, ou mecanismos equiparados a estabelecimentos estáveis, de entidades residentes em países terceiros...».

Ora, a ATAD 2 vai produzir alterações no art.º 9.º da ATAD 1 e aditar os artigos 9.º A e 9.º B, por forma a integrar as entidades e situações descritas, no parágrafo anterior.

O art.º 2.º da ATAD 1, é igualmente alterado, integrando agora algumas definições novas, destacando-se a alteração ao seu n.º 9, que incrementa as situações, em que estamos na presença de uma assimetria híbrida, nomeadamente uma situação que envolva um contribuinte ou uma entidade caso, nos termos do n.º 3 do art.º 9.º:

- O pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro dá origem a um encargo dedutível no Estado de residência do devedor sem estar incluída no lucro tributável do Estado de residência do beneficiário, por motivo imputável a diferenças na qualificação do instrumento ou do pagamento efetuado ao abrigo do mesmo e:

- Esse pagamento não seja incluído dentro de um prazo razoável.

Considera-se que um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro é tratado como incluído no rendimento dentro de um prazo razoável, quando ocorre uma das seguintes situações:

- O pagamento for incluído pela jurisdição do ordenante num período de tributação que tem início no prazo de 12 meses a contar do termo do período de tributação do ordenante;

- Esperar, num prazo razoável, que o pagamento venha a ser incluído pela jurisdição do beneficiário num período de tributação futuro e as condições de

pagamento forem as que seriam presumivelmente acordadas entre empresas independentes.

- O pagamento efetuado a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável, origina um encargo dedutível sem inclusão, por divergências na qualificação jurídica do pagamento ou das entidades, por parte das diferentes legislações das jurisdições intervenientes.

- O pagamento a favor de uma entidade com um ou vários estabelecimentos estáveis, origina um encargo dedutível sem inclusão, decorrente de divergência entre as legislações dos Estados interveniente, originando diferenças na imputação de pagamentos entre a sede e um estabelecimento estável, ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis da mesma entidade.

- O pagamento efetuado a um estabelecimento estável, dá origem a um encargo dedutível no Estado de residência do devedor, sem inclusão no lucro tributável no território de localização do estabelecimento estável, em virtude, de não ter sido considerado esse pagamento.

- O pagamento feito por uma entidade híbrida ou entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, dá origem a um encargo dedutível sem inclusão, resultante do pagamento não ter tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário.

- Ou ocorre a dedução em ambos os Estados.

No **art.º 9.º da ATAD 1 alterado pela ATAD 2**, foram acrescentados vários pontos (n.º 3, 4, 5 e 6), sendo que aos **pontos 1 e 2**, que já existiam na primeira Diretiva, foram agora acrescentadas alíneas, que referem o seguinte:

- No caso de uma assimetria híbrida resultar dupla dedução, é recusada a dedução no Estado Membro do investidor e caso a dedução não seja aí recusada, então é recusada no Estado Membro do ordenante.

Contudo a dupla dedução pode ser aceite se, houver compensação com rendimentos de dupla inclusão, efetuado num período de tributação atual ou subsequente.

- No caso de uma assimetria híbrida, originar uma dedução sem inclusão, a dedução é recusada no Estado Membro do ordenante e no caso da dedução não ser aí recusada, então

o montante do pagamento que originou a assimetria, será tributado no Estado Membro do beneficiário.

Acresce que de acordo com o **n.º 3**, os Estados Membros recusam a dedução de um pagamento efetuado por um contribuinte, relativo a despesas dedutíveis que originam uma assimetria híbrida, através de uma operação ou conjunto de operações realizadas, entre empresas associadas ou através de um entendimento estruturado, exceto se, uma das jurisdições intervenientes tiver efetuado ajustamento de compensação da referida assimetria.

O **n.º 5**, considera a possibilidade dos Estados Membros, exigirem a um contribuinte residente, a inclusão no lucro tributável, do rendimento de um seu estabelecimento estável, não sujeito a imposto no Estado Membro do contribuinte, envolvido numa assimetria híbrida, por não ser tido em conta, exceto se, esse Estado Membro por força de uma convenção de dupla tributação, seja obrigado a isentar tal rendimento.

Por fim o **n.º 6**, dá especial atenção às transferências concebidas com intuito de isenção do imposto retido na fonte, sobre o pagamento, originado por um instrumento financeiro transferido para mais do que uma das partes intervenientes, neste caso, o Estado Membro do contribuinte, deve limitar o benefício daquela isenção, na proporção do rendimento tributável, respeitante a esse pagamento.

Os artigos **9.º A e 9.º B**, foram aditados, sendo que, o primeiro é respeitante às assimetrias híbridas inversas e traduz-se no seguinte:

- Se uma ou mais entidades associadas, detenham de forma agregada, de forma direta ou indireta, 50% ou mais, dos direitos de voto, participações no capital ou direitos nos lucros, de uma entidade híbrida constituída ou estabelecida num Estado Membro, sejam residentes em territórios que tratem a entidade híbrida como sujeito passivo, então esta última entidade é considerada sujeito passivo no Estado Membro e aí é tributada sobre o seu rendimento.

O **art.º 9.º B**, é respeitante às situações dos contribuintes que têm duplo domicílio fiscal, pelo que, a dedução de pagamentos, despesas ou perdas, de tal contribuinte, for dedutível da base tributável, em ambas as jurisdições, então:

- O Estado Membro do contribuinte recusa a dedução, se a outra jurisdição permitir a compensação da dupla dedução, com rendimento que não seja de dupla inclusão.

- No caso das duas jurisdições, serem ambos Estados Membros, recusa a dedução, o Estado Membro, em que o contribuinte não é considerado residente, de acordo com a convecção para evitar dupla tributação entre os dois Estados Membros.

Importa referir ainda que, todas as alterações produzidas pela presente Diretiva, é para entrarem em vigor a 1 de janeiro de 2020, com exceção do disposto no art.º 9.º A, no qual os Estados-Membros dever efetuar a respetiva transposição, até 31 de dezembro de 2021, para ser aplicado a partir de 1 de janeiro 2022, conforme está previsto no n.º 3 do art.º 2.º da ATAD 2.

Em suma, as regras anti híbridas, seguem as recomendações do projeto BEPS, só se aplicam às situações transfronteiriças, caracterizam-se por serem normas de repartição de competências e não de exercício de competências, pelo que, estão conforme o disposto no TFUE, quanto a restringir alguma das liberdades fundamentais.

#### **6.7 – Ceticismo relativo à implementação da ATAD 1:**

Alguns autores são cétricos quanto à correta aplicação na prática, das regras da ATAD 1, por parte de cada Estado Membro, conforme refere o professor João Sérgio Ribeiro, apesar dos objetivos principais da Diretiva ser a implementação, de forma coordenada e coerente, das recomendações do BEPS na União Europeia, existem dúvidas, quanto à possibilidade de atingir-se plenamente esse objetivo, nomeadamente porque, os Estados Membros gozam de grande liberdade, para estruturarem as suas regras contra a elisão, proporcionando, diferenças de implementação entre eles.<sup>18</sup>

Acresce que, de acordo com esses mesmos autores, a pressão que o mundo empresarial efetuará aos respetivos governos, para limitar a aplicação das medidas previstas na ATAD 1, bem como, a argumentação da necessidade proteção das liberdades económicas fundamentais, agravará as disparidades e intensidade da implementação das regras, entre os vários Estados Membros.

---

<sup>18</sup> Ribeiro, J. S. (2018). *Direito Fiscal da União Europeia. Tributação Direta*. Coimbra: Almedina, (pág. 248)

## **7 - A Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio de 2018:**

Esta Diretiva visa aprofundar a regulamentação sobre cooperação administrativa, no domínio da fiscalidade, estabelecida pela Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 fevereiro de 2011, obrigando a comunicação às Autoridades Tributárias de cada país, de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços, com relevância fiscal.

Pretende-se assim com esta nova Diretiva, garantir um melhor funcionamento do mercado interno na UE, desencorajando a utilização de mecanismos de planeamento fiscal agressivos transfronteiriços, bem como, evitar a falta de cumprimento, da obrigação de comunicação de informações sobre contas financeiras ou de identificação dos beneficiários efetivos, para efeitos de troca automática de informações, conforme a norma comum de comunicação, elaborada pela OCDE e implementada na UE, através da Diretiva 2014/107/UE (também designada de *DAC 2*).

Esta Diretiva vai promover alterações na Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 fevereiro de 2011, acrescentando novos conceitos, tais como:

**Mecanismo transfronteiriço** – Corresponde a um mecanismo relativo a mais que um Estado Membro ou a um Estado Membro e a um país terceiro, desde que, se verifique, uma das seguintes condições:

- a) Nem todos os participantes no mecanismo sejam, para efeitos fiscais, residentes na mesma jurisdição;
- b) Algum dos participantes no mecanismo seja, para efeitos fiscais, simultaneamente residente em mais do que uma jurisdição;
- c) Algum dos participantes no mecanismo exerça uma atividade noutra jurisdição através de um estabelecimento estável situado nessa jurisdição e o mecanismo constitua uma parte ou a totalidade da atividade desse estabelecimento estável;
- d) Algum dos participantes no mecanismo exerça uma atividade noutra jurisdição sem ser residente para efeitos fiscais nessa jurisdição nem criar um estabelecimento estável situado nessa jurisdição;
- e) Esse mecanismo tem um possível impacto na troca automática de informações ou na identificação do beneficiário efetivo.

**Mecanismo transfronteiriço a comunicar** – Todo o mecanismo transfronteiriço que contenha, pelo menos, uma das características chaves descritas no anexo IV da Diretiva.

**Características-chave** – Traduzem num elemento de um mecanismo transfronteiriço que indicia um potencial risco de evasão fiscal, incluindo o contornar de obrigações legais de informação sobre contas financeiras ou de identificação dos beneficiários efetivos.

Importa referir que no anexo IV da Diretiva, constam as características - chave previstas, no qual existe a obrigação de serem comunicadas às administrações fiscais, elas são bastante exaustivas, encontram-se bastante explicitadas no referido anexo da Diretiva, pelo que, não vão ser explanadas pormenorizadamente na presente dissertação, elas dividem-se nas seguintes categorias:

- Características - chave genéricas relacionadas com o teste do benefício principal.
- Características - chave específicas relacionadas com o teste do benefício principal.
- Características - chave específicas relacionadas com operações transfronteiriças.
- Características - chave específicas relacionadas com obrigações legais de informação sobre contas financeiras ou de identificação dos beneficiários efetivos.
- Características - chave específicas relacionadas com preços de transferência.

**Intermediário** – qualquer pessoa que conceba, comercialize, organize ou disponibilize para aplicação ou administre a aplicação de um mecanismo a comunicar e deve preencher um dos seguintes requisitos:

- a) Ser residente num Estado Membro;
- b) Tenha um estabelecimento estável num Estado Membro através do qual sejam prestados os serviços relacionados com o mecanismo;
- c) Estar constituído num Estado Membro ou ser regido pela legislação de um Estado Membro;
- d) Esteja registado num Estado Membro junto de uma associação profissional relacionada com a prestação de serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria;

**Contribuinte relevante** - qualquer pessoa ou entidade sem personalidade jurídica à qual seja disponibilizado para aplicação um mecanismo a comunicar ou que esteja preparada

para aplicar um mecanismo a comunicar ou que tenha aplicado uma qualquer etapa ou parte de um mecanismo a comunicar.

**Mecanismo comercializável** - os concebidos, comercializados, prontos a aplicar ou disponibilizados para aplicação dispensando uma adaptação substancial do mesmo.

**Mecanismo personalizado** – Todos os demais, que não sejam comercializáveis.

- **É inserido o artigo 8.º - AB**, que estabelece a obrigação de cada Estado-Membro exigir que os intermediários apresentem informações que sejam do seu conhecimento ou que estejam na sua posse ou sob o seu controlo, relativas a mecanismos transfronteiriços a comunicar, no prazo de 30 dias a contar:

- Do dia seguinte àquele em que o mecanismo transfronteiriço a comunicar é disponibilizado para ser aplicado, ou está pronto para ser utilizado ou do momento em que tenha sido realizado o primeiro passo na aplicação do mecanismo transfronteiriço a comunicar, o evento que for primeiro.

Acresce que os intermediários podem ser dispensados da tal comunicação, se a obrigação de apresentação da informação, violar um dever de sigilo profissional legalmente protegido ao abrigo do direito nacional desse Estado-Membro, nesta situação, é exigido aos intermediários que notifiquem, qualquer outro intermediário ou, na inexistência deste intermediário, o contribuinte relevante das suas obrigações de apresentação de informações.

Em suma, esta Diretiva estabeleceu um conjunto comum de normas, para os Estados Membros, nomeadamente:

- A obrigação de todos os intervenientes (intermediários e contribuintes) envolvidos na conceção, comercialização, organização ou administração da aplicação de uma operação transfronteiriça, informarem as autoridades fiscais sobre os mecanismos transfronteiriços suscetíveis de serem utilizados para fins de planeamento fiscal agressivo.

- A necessidade das autoridades fiscais de cada Estado Membro partilharem entre si informações, sendo que esta troca de informações, deverá ser efetuada através da rede comum de comunicações (CCN).

- Com o intuito de facilitar a troca automática de informações, os Estados Membros devem aplicar um conjunto de medidas, de forma a harmonizar a comunicação de toda a informação necessária.
- A importância da definição das características – chave, ou seja, a necessidade de reunir todos os aspetos e operações que possam indiciar evasão fiscal ou práticas abusivas.
- A necessidade dos Estados Membros, estabelecerem sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, destinadas a tornar eficaz a aplicação do disposto da Diretiva.

Importa ainda referir que, os Estados Membros devem adotar e publicar até 31 dezembro de 2019, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva e as disposições da mesma, deverão ser aplicadas a partir de 01 de julho de 2020.

## **8 – Os limites ao planeamento fiscal no âmbito da legislação Portuguesa:**

É através do mecanismo das cláusulas anti abuso que normalmente se faz o combate à elisão fiscal internacional, ou com a cláusulas específicas anti abuso (*sniper approach*), em que a conduta que se pretende evitar encontra-se expressamente tipificada, nas leis internas ou nos tratados internacionais, ou com cláusulas gerais anti abuso (*shotgun approach*), aplicada em situações que não são abrangidas por qualquer regra específica.

Importa referir que, em ambas as cláusulas, está subjacente a realizações de operações reais, portanto não simuladas, com o intuito essencial de eliminação ou diminuição da carga fiscal, sendo que, as normas específicas, visam situações específicas expressas na lei, enquanto que as normas gerais incidem sobre situações que não contempladas pelas normas específicas.

Foi a partir da década de 90, que começaram a ser introduzidas na legislação Portuguesa, normas no âmbito dos impostos sobre o rendimento, sobre o património e benefícios fiscais, que tinham em comum, o alvo a que se dirigiam, nomeadamente as operações realizadas com entidades localizadas em países, territórios ou regiões de tributação claramente mais favorável, ou seja, correspondiam a normas específicas anti abuso.

O Ordenamento Jurídico Fiscal Português, apresenta várias normas anti abuso, que são aplicadas a situações específicas, encontrando-se elas, plasmadas em vários diplomas legais, desde o Código do IRC, Código do IRS, Património, etc.

Estas CEAA, não têm um procedimento formal de aplicação, tal como tem a CGAA, mas quando aplicadas pela AT, são normalmente, correções meramente aritméticas.

Seguidamente, vamos focar a nossa análise, na nova redação da CGAA e nas várias CEAA existentes no ordenamento Jurídico Português.

## **8.1 – A Cláusula Geral Anti abuso no ordenamento jurídico fiscal Português:**

Relativamente à CGAA, que se encontra plasmada no 2 do art.º 38.º da LGT, a sua introdução é datada de julho de 1999, pela Lei n.º 100/99 de 26 julho, que foi alterada pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 dezembro, tendo esta última redação, perdurado até maio de 2019, só sendo alterada através da Lei 32/2019, de 3 maio, que efetuou a transposição da Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 julho (já analisada na presente dissertação), para o ordenamento jurídico Fiscal Português.

### **8.1.1 – O regime do art.º 38.º n.º 2 da LGT:**

A nova redação dada ao n.º 2 do art.º 38.º da LGT, bem como, o aditamento do n.º 3 ao referido preceito legal, é o reflexo da transposição do art.º 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 julho, efetuada através da Lei 32/2019, de 3 maio, sobre a harmonização, no âmbito da União Europeia. da aplicação da regra geral anti abuso,

O n.º 2 do art.º 38.º da LGT refere que *«As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas»*.

Importa acrescentar que, esta nova redação deste preceito legal, reflete o art.º 6.º da Diretiva no seu n.º 1 e 3, sendo que, a Diretiva refere montagens em vez de construções.

Relativamente ao n.º 3 do art.º 38.º da LGT que foi aditado, a sua alínea a) define o que são *«construções não genuínas»* e traduz o n.º 2 do referido artigo 6.º da Diretiva, considerando que, uma construção ou série de construções não são genuínas se não tiverem

substância económica, enquanto que a alínea b) traduz o ultimo parágrafo do n.º 1 do daquele artigo da Diretiva.

Já os n.ºs 4 e 5 do art.º 38.º da LGT, foram igualmente aditados, pela Lei 32/2019, de 3 maio, pretendendo o Legislador definir a forma da aplicação da CGAA, nas situações em que as construções ou série de construções, resultam na falta de retenções na fonte a título definitivo ou na redução do montante de imposto retido a título definitivo. Nestes casos, a respetiva vantagem fiscal produz-se na esfera do beneficiário dos rendimentos, contudo, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento de tais construções, aplicam-se as regras gerais de responsabilidade, em caso de substituição tributária.

Acresce ainda que, em caso da aplicação da CGAA, são agravados em 15 pontos percentuais, os juros compensatórios que são devidos nos termos do art.º 35.º do mesmo diploma legal, de acordo com o n.º 6 do art.º 38.º da LGT.

### **8.1.2 – O procedimento próprio do art.º 63.º CPPT:**

A Cláusula Geral Anti abuso, tem um procedimento próprio, com vista a sua aplicação, que se encontra plasmado no artigo 63.º do CPPT, sendo o ónus da prova, da responsabilidade da AT.

Importa referir que, o n.º 1 do art.º 63.º do CPPT, acrescenta mesmo que, qualquer tributo liquidado com base na disposição anti abuso que consta no n.º 2 do art.º 38.º da LGT, segue o procedimento constante no art.º 63.º do CPPT.

A Autoridade Tributária, efetua um projeto de aplicação da disposição anti abuso, que notifica ao contribuinte, concedendo um prazo de audição prévia, de 30 dias, a contar da referida notificação, nesse prazo pode o contribuinte apresentar as provas que achar pertinentes, conforme o disposto nos n.ºs 4 alínea a), 5 e 6 do art.º 63.º do referido diploma.

Este art.º 63.º, prevê um procedimento tributário específico para a aplicação da disposição anti abuso e impõe à Administração Tributária, um especial dever de fundamentação dessa decisão, pelo que o n.º 3 do referido preceito legal, nas alíneas a) a d), igualmente alterados pela Lei 32/2019, de 3 maio, definem expressamente, que o projeto e a decisão da aplicação da disposição anti abuso, devem conter o seguinte:

- Descrição da construção ou série de construções que foram realizadas com abuso das normas jurídicas em vigor ou efetuadas sem qualquer tipo de substância económica.
- A demonstração de que essa construção ou série de construções, foi efetuada com o objetivo principal de obter vantagem fiscal, não conforme com o objeto ou finalidade do direito fiscal aplicável.
- A identificação dos atos e/ou negócios que correspondam à substância económica ou razões económicas válidas, bem como, a identificação das normas de incidência que lhe são aplicáveis.
- A demonstração de que o sujeito passivo a quem recai legalmente a obrigação de efetuar a retenção na fonte, ou de reter um montante de imposto superior, tinha ou deveria ter conhecimento da construção ou série de construções, isto no caso da aplicação do n.º 5 do art.º 38.º da LGT.

Ora, a aplicação da disposição geral anti abuso, só pode ser efetuada no âmbito de um procedimento inspetivo, conforme impõe o disposto na alínea b) do n.º 4, sendo exigido, que a AT na sua fundamentação, cumpra os requisitos anteriormente explanados.

Importa acrescentar que, o não cumprimento na fundamentação, dos procedimentos dispostos no art.º 63.º do CPPT, originou a decisão do STA, desfavorável à AT, no caso *Surgicare*<sup>19</sup>, no acórdão, de 25-11-2015, sobre a aplicação da CGAA em matéria de abuso fiscal, em sede de IVA.

### **8.1.3 – Os elementos que compõem a CGAA:**

É decorrente da jurisprudência emanada dos tribunais internos e do CAAD, que a norma plasmada no n.º 2 do art.º 38.º da LGT, consagra quatro pressupostos necessários para a sua aplicação, como é acolhido pelo acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15-02-2011, processo n.º 04255/10, nomeadamente:

O **elemento meio** – a forma utilizada, com a prática de certos atos e negócios dirigidos essencialmente, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos.

---

<sup>19</sup> Acórdão de 25-11-2015 do STA, proc.º 0576/13 e acórdão do TJUE de 12-02-2015, proc.º C-662/13.

O **elemento resultado** – a atividade do contribuinte visa a vantagem fiscal, o objetivo da redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos.

O **elemento intelectual** – o qual tem a ver com a motivação fiscal do contribuinte, ou seja, com o facto dos atos ou negócios praticados pelo mesmo, serem essencialmente ou principalmente dirigidos a obter vantagem fiscal.

O **elemento normativo** – a reprovação normativo-sistemático da vantagem obtida, o contribuinte atua com manifesto abuso das formas jurídicas em vigor.

Acresce que, encontrando-se comprovadamente reunidos os pressupostos acima identificados, efetiva-se então a cláusula, com o cumprimento do **elemento sancionatório**, ou seja, como consequência da CGAA, a desconsideração dos atos e negócios praticados pelo contribuinte.

Estes elementos não são independentes uns dos outros, como refere o autor Courinha (2009, pág. 165), «a análise dos referidos elementos não pode ser estanque. Isto significa que, embora sejam concebidos de forma autónoma, auxiliam-se mutuamente em diversas situações, podendo, na prática, a fixação de um elemento depender de um outro, para se verificar o desenho elisivo».

Importa efetuar uma análise mais pormenorizada de cada um destes pressupostos de aplicação da CGAA.

#### **O elemento meio:**

Este elemento corresponde à via utilizada pelo contribuinte para obter o desejado ganho ou vantagem fiscal., pelo que, podemos dividir o **elemento meio**, na sua **estrutura** e **características**.

- **Estrutura** – Importa que a AT logre comprovar o carácter pré-planificado e unitários dos atos ou negócios praticados pelo contribuinte. Ou seja, para ser aplicada a CGAA, tem que existir um conjunto de atos ou negócios, sequenciais, lógicos e planeados, organizados de modo unitário (encadeados), com vista a atingir o resultado fiscal visado, assegurando o efeito económico pretendido.

Ora, esta prova que é exigida à AT, não é mais do que, o requisito que se encontra plasmado na alínea a) do n.º 3 do art.º 63.º CPPT, ou seja, a descrição das construções ou série de construções realizados com abuso das formas jurídicas, que não tenham razões económicas válidas que reflitam a substância económica.

- **Características** – Os atos ou negócios, para serem sujeitos à CGAA, é necessário que o contribuinte quando os desenvolve, tenha ao seu dispor outras opções, acabando por escolher livremente um caminho que conduz ao resultado fiscalmente menos oneroso, sem ter sido coagido.

Neste caso, estamos na presença do requisito de fundamentação, disposta na alínea c) do n.º 3 do art.º 63.º CPPT, nomeadamente, a identificação dos atos ou negócios, que correspondam à substância ou realidade económica válida e respetiva norma de incidência aplicável.

#### **O Elemento resultado:**

Para efeitos da CGAA, as situações de vantagem fiscal devem entender-se, como qualquer situação pela qual, em virtude da prática de determinados atos, se obtém uma carga tributária mais favorável ao contribuinte, do que aquela que resultaria da prática dos atos normais e de efeito económico equivalente, que “caem” nas normas da incidência.

Neste elemento resultado, importa comprovar que o contribuinte logrou, pelos seus atos, a verificação de uma certa vantagem fiscal e a equivalência dos efeitos económicos com aqueles do ato normal tributado.

#### **O elemento intelectual:**

O elemento intelectual é outro requisito que sustenta a CGAA, ou seja, concretamente, a motivação fiscal do contribuinte.

Ou seja, não basta decorrer da análise dos atos ou negócios jurídicos em questão, a obtenção de um resultado fiscalmente vantajoso e um resultado não fiscal equivalente, é exigido igualmente, que as escolhas adotadas pelo contribuinte, sejam dirigidas para a obtenção de um resultado fiscal, prevalecendo sobre um resultado não fiscal, devendo-se falar de motivação face aos meios e aos resultados.

Podemos concluir que, a prova da existência do elemento resultado conjugado com o elemento intelectual, traduz o requisito de fundamentação, plasmado na alínea b) do n.º 3 do art.º 63.º CPPT.

#### **O elemento normativo:**

O elemento normativo, é aquele que menos claramente, decorre da letra do n.º 2 do art.º 38.º da LGT, porém é uma forte exigência da aplicação da CGAA.

Cabe à Autoridade Tributária, demonstrar que as intenções de determinada norma tributária, é contrária à aceitação dos resultados produzidos pelos atos ou negócios efetuados pelo contribuinte.

Para efeitos da aplicação da CGAA, importa saber se a lei pressupõe a tributação de determinada situação, se o sector de tributação em análise visava ou não abranger igualmente um determinado conjunto de casos, se ocorre ou não uma incongruência com os princípios ordenadores do Sistema Fiscal.

### **O elemento sancionatório:**

Este elemento corresponde às consequências da aplicação da CGAA, que atinge com a sanção legalmente prevista, o combate à elisão fiscal, por via da negação dos efeitos fiscais que se pretendia obter.

A aplicação da CGAA, permite desconsiderar os atos e negócios praticados pelo contribuinte, por forma a negar as vantagens fiscais primordiais visadas, devendo-se proceder à reconstrução dos atos ou negócios jurídicos celebrados, caso não tivesse prevalecido a motivação de obter uma dada vantagem fiscal.

Em suma, a CGAA, deve impedir que a lei fiscal seja defraudada, realizando-se a tributação de acordo com a carga tributária que resultaria da aplicação direta da norma iludida e sem recurso aos meios que, permitiram o resultado não fiscal equivalente, e obtendo uma certa vantagem fiscal.

### **8.2 - Pagamento a entidades não residentes sujeitos a regime fiscal privilegiado:**

Em 2014, foi aditado o art.º 23.º - A no código do IRC, que para além de corresponder ao disposto no antigo art.º 45.º, incorporou igualmente a norma anti abuso específica que se encontrava plasmado no revogado art.º 65.º.

Ora, de acordo com a **alínea r) do n.º 1 do art.º 23.º - A do CIRC**, não são dedutíveis para efeitos de apuramento do lucro tributável, as importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português, e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável, **salvo, se o sujeito passivo provar que tais encargos correspondem a operações efetivamente realizadas e não têm um carácter anormal ou um montante exagerado.**

Importa referir que, um determinado país, território, região ou jurisdição, apresenta um regime fiscal claramente mais favorável, se:

- Constar da lista *dos países, territórios ou regiões com regime fiscal claramente mais favorável*, aprovada por portaria (portaria n.º 345-A/2016 de 30 dezembro), pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, conforme dispõe o n.º 1 do art.º 63 - D da LGT.

- Conforme dispõe o n.º 5 do art.º 63 - D da LGT, não constando da referida lista, não disponham de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC ou, existindo, a taxa aplicável seja inferior a 60 % da taxa de imposto prevista no n.º 1 do artigo 87.º do Código do IRC, sempre que, cumulativamente:

a) seja feita remissão expressa nos códigos e leis tributárias para este número do presente artigo;

b) existam relações especiais, nos termos das alíneas a) a g) do n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC, entre as pessoas ou entidades envolvidas nas operações subjacentes às normas referidas na alínea anterior

Para o efeito, A Autoridade Tributária e Aduaneira notifica o sujeito passivo para produção da prova referida na alínea r) do n.º 1, devendo, para o efeito, ser fixado um prazo não inferior a 30 dias, conforme dispõe o **n.º 8 do mesmo preceito**.

Como se pode concluir, o **ónus da prova é do sujeito passivo**, o legislador pretende com esta norma, evitar ou atenuar o abuso com operações com entidades sedeadas em regimes fiscais privilegiados, quer com operações fictícias, ou com transações com características anormais ou de montante exagerado.

### **8.3 - Preços de transferência (art.º 63.º CIRC):**

Os preços de transferência (*transfer pricing*), encontram-se plasmados no **art.º 63.º do CIRC** e têm assumido uma importância cada vez maior ao nível tributário e cujo problema tem sido potenciado pela globalização e pela proliferação dos paraísos fiscais, o que permite o surgimento de novas práticas.

Na definição de preços de transferência, dada por Xavier (2017, pág. 496), permitindo-nos concluir que, o regime de preços de transferência está amplamente associado ao conceito de evasão fiscal, nomeadamente quando nos diz «a prática denominada de preços de

transferência consiste na política de preços que vigora nas relações internas de empresas interdependentes e que, em virtude destas relações especiais, pode conduzir à fixação de preços artificiais, distintos dos preços de mercado».

Por outro lado, a autora Teixeira (2016, pág. 115 e 116) diz-nos que,

O facto da temática sobre preços de transferência ter sido objeto de vários estudos doutrinários e da jurisprudência nacional e internacional, originou que a organização da OCDE, se dedicasse ao assunto, tendo emitido vários relatórios e estudos, com o intuito de resolver vários problemas que entretanto surgiram, pelo que, destacam-se as diretrizes da OCDE sobre preços de transferência, que devem ser seguidas no momento da interpretação do art.º 9.º da Convenção Modelo.

Em matéria de preços de transferência, destacam-se as Recomendações da OCDE (*Guidelines*) que visavam harmonizar entre os seus membros, a interpretação a adotar na aplicação do art.º 9.º do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimentos e o Património (CMOCDE).

Importa referir que, no n.º 1 do art.º 63.º do CIRC, no n.º 1 do art.º 1.º da Portaria 1446-C/2001, de 21 dezembro e no n.º 1 do art.º 9.º da CMOCDE, em todos estes preceitos legais relacionados com preços de transferência, está subjacente o princípio de plena concorrência (*arm's length principle*).

Este princípio de plena concorrência, caracteriza-se pela lógica económica, em que as transações entre empresas multinacionais, são meras transferências internas, pelo que, apesar de se tratar de operações vinculadas, sobre as mesmas, deve ser aplicado o método ou abordagem da entidade separada, ou seja, pretende-se que cada empresa integrante de um grupo multinacional, seja tratada como se fosse uma entidade separada ou independente.

Conforme o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 63.º do CIRC, a regra dos preços de transferência é aplicável, quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições:

- A realização de operações comerciais, financeira ou operações de reestruturação ou de reorganização empresariais;
- Um dos contratantes da operação ser sujeito passivo de IRC;
- A existência de relações especiais entre os contratantes da operação, correspondendo a uma das situações descritas no n.º 4 do referido artigo;

Importa acrescentar que, relativamente às operações vinculadas, a análise delas deve ser efetuada a nível individual, de forma a permitir a sua comparação com as operações realizadas entre entidades independentes, baseada nas regras normais de mercado.

Em termos territoriais, importa salientar que, este regime é aplicável, quer a operações entre entidades residentes e sujeitos apenas à jurisdição Portuguesa, incluindo um estabelecimento estável situado em território português, como também é aplicável a operações multinacionais, quando um dos contratantes não é residente no Território Nacional.

Relativamente à qualidade dos contratantes, um destes terá que ser sujeito passivo de IRC, até porque, o objetivo deste regime, numa primeira fase, é a realização de correções positivas na determinação do lucro tributável, mediante a aplicação de ajustamentos primários.

Outra das exigências para serem aplicados os preços de transferência, é a existência prévia de relações especiais entre os contratantes, as mesmas encontram-se tipificadas nas várias alíneas do n.º 4 do art.º 63.º CIRC, e encontram-se explanadas no quadro, que consta em apêndice à presente dissertação. *Vide apêndice A*

### **8.3.1 - Métodos de determinação dos preços de transferência:**

Na legislação nacional, a aplicação dos métodos de preços de transferência é regulamentada pela Portaria 1446-C/2001, de 21 dezembro, conforme dispõe o n.º 15 do art.º 63.º CIRC.

Como já foi mencionado no ponto anterior, na regra de preços de transferência, encontra-se consagrado o princípio de plena concorrência (*arm's length principle*), que é de difícil aplicação, como é reconhecido no preâmbulo da referida Portaria ou pelas próprias Recomendações da OCDE (*Guidelines*).

Na escolha do respetivo método a utilizar, encontram-se fixadas duas regras gerais principais, que devem ser aplicadas cumulativamente, nomeadamente as seguintes:

- a) Prioridade na utilização de métodos tradicionais, tais como, o **método do preço comparável de mercado**, o **método do preço de revenda minorado** ou o **método do custo majorado**, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 4.º da Portaria 1446-C/2001.

- b) **Se os métodos tradicionais não possam ser aplicados ou não sejam fiáveis,** podem-se aplicar, o **método do fracionamento do lucro**, o **método da margem líquida da operação**, ou a regra do melhor método ou outro método mais apropriado aos factos e às circunstâncias específicas de cada operação, prevista na alínea b) do n.º 1 do art.º 4.º da Portaria 1446-C/2001 e na alínea b) do n.º 3 do art.º 63.º CIRC.

Importa então salientar que, o sujeito passivo deverá dar preferência aos métodos tradicionais, só quando estes evidenciarem menor fiabilidade, deve utilizar os métodos baseados no lucro ou outros mais apropriados.

A análise da fiabilidade dos resultados obtidos pela aplicação de determinado método, exige a revisões periódicas das varáveis e pressupostos adotados e utilizados, bem como, a necessidade de existência e validade dos dados comparáveis.

Contudo, se existir dúvidas de fiabilidade com os resultados obtidos com um método, deve ser confirmado esses resultados, com a aplicação de outros métodos, isolados ou combinados com outros, conforme o disposto no n.º 4 do art.º 4.º da Portaria acima mencionada.

Acresce que, de acordo com o disposto no n.º 2 do art.º 4.º da referida Portaria, o método mais apropriado para cada operação ou série de operações é aquele *«que é suscetível de fornecer a melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam normalmente acordos, aceites ou praticados numa situação de plena concorrência»*, sendo que, esse método é fiável, se reunir cumulativamente as seguintes características:

- a) O maior grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e não vinculadas e entre as entidades vinculadas e independentes;
- b) A maior qualidade e quantidade de informação disponível;
- c) O menor número de ajustamentos para efeitos de eliminar as diferenças existentes entre os factos e as situações comparáveis;

Importa salientar que, como refere expressamente o n.º 3 do art.º 4.º da mencionada Portaria, *«Duas operações reúnem as condições para serem consideradas comparáveis se são substancialmente idênticas, o que significa que as suas características económicas e financeiras relevantes são análogas ou suficientemente similares...»*.

No que concerne aos dados comparáveis com entidades independentes, dois tipos podem ser utilizados:

- a) Dados comparáveis internos, resultantes das operações entre uma entidade vinculada e entidade(s) independente(s), semelhantes ou similares à operação vinculada (realizada exclusivamente entre entidades relacionadas);
- b) Dados comparáveis externos, obtidos de operações efetuadas entre entidade(s) independente(s), que são semelhantes ou similares à operação vinculada (realizada exclusivamente entre entidades relacionadas);

Para efeitos de comparabilidade entre as operações vinculadas e não vinculadas, o art.º 5.º da Portaria 1446-C/2001, define quais são os fatores de comparabilidade.

### **8.3.2 – Métodos aceites:**

Ora, nos termos do n.º 3 do art.º 63.º do CIRC e do n.º 1 do art.º 4.º da Portaria referida no parágrafo anterior, os métodos de determinação dos preços de transferência aceites e recomendados pela OCDE, são os seguintes:

#### **A) Métodos tradicionais baseados nas operações:**

- **Método do preço comparável de mercado (*Comparable Uncontrolled Price Method – CUP*).**
- **Método do preço de revenda minorado (*Resale Price Method - RPM*).**
- **Método do custo majorado (*Cost Plus Method – CPM*).**

#### **Método do preço comparável de mercado (CUP):**

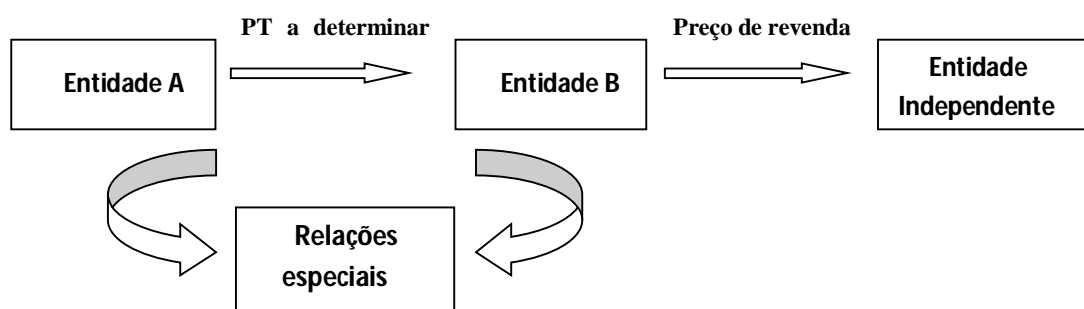
Este método consta do art.º 6.º da Portaria acima mencionada e da alínea a) do n.º 3 do art.º 63.º CIRC, permitindo comparar diretamente os preços, pelo que, é considerado o mais fiável e o mais direto e como tal, o mais apreciado pelas administrações fiscais, poderá ser utilizado recorrendo a dados comparáveis internos ou externos.

Importa referir que, a utilização deste método está fortemente dependente do grau de comparabilidade dos bens transacionados ou serviços prestados, não devendo ser aplicado, quando estamos na presença de intangíveis valiosos, tais como, marca do produto, a originalidade e inovação, que impossibilitam a comparabilidade com outros.

A aplicação deste método é ainda dificultada quando não existem dados comparáveis internos, que obriga a efetuar-se ajustamentos para anular as diferenças materialmente relevantes nas condições comerciais distintas, que possam surgir nos dados externos.

### **Método do preço de revenda minorado (RPM):**

Este método consta do art.º 7.º da Portaria acima mencionada e da alínea a) do n.º 3 do art.º 63.º CIRC e consiste na determinação do preço de transferência (PT), reconstituindo o circuito económico, partindo do preço de revenda praticado pela entidade relacionada com uma operação efetuada com uma entidade independente.



**Figura 3.1** – Circuito económico no método RPM

Fonte adaptado de Albuquerque (2015, pág. 184)

**Preço de transferência = Preço de revenda – margem de lucro bruto comparável  
(interna ou externa)**

Importa referir que, não são aceites operações com margens negativas, nulas ou com valor irrelevantes, sendo que, todas as entidades que intervenham em operações vinculadas, devem ter um lucro semelhante ao que seria obtido por entidades independentes, como corolário do princípio de plena concorrência, que norteia o regime de preços de transferência.

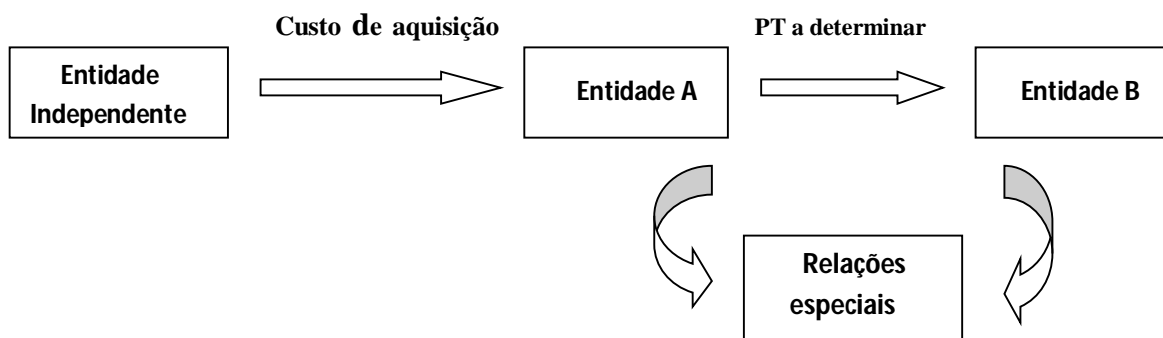
De acordo com as recomendações da OCDE, este método deve ser utilizado quando:

- Os bens, ativos ou serviços vão ser posteriormente transacionados com clientes independentes.
- As bases de custos não são passíveis de comparação ou é desconhecido a estrutura do custo de aquisição suportado com fornecedores independentes.
- A comparabilidade das funções seja mais relevante que a similaridade dos produtos ou serviços.

- É impossível a aplicação do método do preço comparável de mercado, relativamente aos produtos transferidos.

**Método do custo majorado (CPM):**

Este método consta no art.º 8.º da Portaria que regulamenta os preços de transferência e na alínea a) do n.º 3 do art.º 63.º CIRC, consistindo na determinação do preço de transferência, tal como o método anterior, reconstituindo o circuito económico, mas tendo em conta, o custo de aquisição inicial efetuada pela entidade relacionada a uma entidade independente (fornecedor).



**Figura 3.2** - Circuito económico no método CPM

Fonte adaptado de Albuquerque (2015, pág. 185)

**Preço de transferência = Custo do fornecedor + margem de lucro bruto comparável (interna ou externa)**

De acordo com a OCDE, é aconselhável a aplicação deste método, nas seguintes situações:

- Os bens, ativos ou serviços foram adquiridos a fornecedores independentes ou foram fabricados por entidades relacionadas.
- Não é conhecido o preço de revenda aplicado a clientes independentes, normalmente nas vendas de produtos semiacabados entre empresas associadas que posteriormente são revendidos como produtos acabados.
- É possível a comparabilidade entre as estruturas de custos.
- Impossível a aplicação do método comparável de mercado.

**B) Métodos baseados no lucro das operações:**

- **Método do fracionamento do lucro (*Profit Slip Method – PSM*).**

**- Método da margem líquida da operação (*Transacional Net Margin Method – TNMM*)**

**Método do fracionamento do lucro (PSM):**

Plasmado no art.º 9.º da Portaria referida anteriormente, que regulamenta os preços de transferência e igualmente mencionado na alínea a) do n.º 3 do art.º 63.º CIRC, este método ao contrário dos anteriores, não tem por base, a análise individual de cada operação vinculada, mas sim, determinar o lucro global de um conjunto de operações, normalmente complexas.

Conforme o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 9.º da referida Portaria, este método visa, determinar o lucro global obtido pelas entidades intervenientes nas operações vinculadas, e reparti-lo (fracioná-lo) por essas mesmas entidades, utilizando um dos seguintes critérios:

- a) **Critério da análise das contribuições** – consiste na repartição do lucro global resultante das operações vinculadas, de acordo com o valor relativo do contributo dado por cada entidade nas referidas operações, medido pelo volume e importância das funções desempenhadas, ativos utilizados ou riscos assumidos por cada interveniente nessas operações.
- b) **Critério da análise residual – composto por duas etapas, numa primeira etapa** é atribuído a cada entidade interveniente, uma remuneração mensal normal, de acordo com os padrões praticados no mercado por entidades independentes, esse valor é subtraído ao lucro global das operações vinculadas, sendo que esse montante obtido (lucro ou perda) é **numa segunda etapa**, repartido por cada uma dessas entidades, conforme o contributo de cada uma delas na realização das operações em causa.

Importa ainda referir que, é aplicado em duas fases, a primeira consiste na identificação do montante global dos lucros a repartir e na segunda fase, procede-se à repartição do lucro global entre as entidades intervenientes na operação vinculada, adotando um dos critérios explanados no parágrafo anterior.

A adoção deste método é aconselhável, quando se verifique as seguintes situações, conforme disposto no n.º 4 do art.º 9.º da Portaria acima referida:

- A avaliação individualizada impossibilitada, devido à complexidade das operações ou série de operações, realizadas de forma integrada pelas entidades intervenientes.

- Existência de ativos incorpóreos de elevado valor e muito específicos, o que impossibilita ter uma base de comparação apropriada e não permite a utilização de outros métodos.
- Situações em que não é possível identificar operações entre entidades independentes comparáveis.

### **Método da margem líquida da operação (TNMM):**

Este método é caracterizado, por aplicar-se, a uma operação vinculada, uma margem de lucro líquido comparável interna ou externa, ou seja, tendo como base, uma operação não vinculada, entre o sujeito passivo e uma entidade independente, ou outra empresa do grupo e a entidade independente ou só entre entidades independentes, tendo em conta, as circunstâncias e características de cada operação e a natureza da atividade.

Importa referir que, no rácio em questão, só devem ser incluídos custos e ganhos operacionais, sendo excluídos os resultados extraordinários ou anormais.

No que concerne à escolha do rácio/indicador que seja mais apropriado para determinada operação vinculada, se estivermos na presença de atividades de revenda, o mais apropriado é a **rentabilidade das vendas (resultado operacional / Volume Negócios)**, ou no caso de atividades de capital intensivo de produção que exige avultas montantes de investimento, é aconselhável a utilização da **rentabilidade dos ativos ou capitais próprios**.

Acresce que, a base de comparação das rentabilidades líquidas, deve ser feita, operação a operação, portanto de forma individual

De acordo com as recomendações da OCDE, este método deve ser utilizado nas seguintes situações:

- Quando não é possível a aplicação dos métodos de preço de revenda minorado e do custo majorado, por não se conhecerem, as margens brutas ou bases de custos que, sejam comparáveis e sempre que a comparabilidade das funções seja mais relevante que a similaridade dos produtos e serviços.
- Quando se conhecem as margens brutas e custos, comparáveis, mas não é possível efetuar-se os ajustamentos necessários, que decorrem de funções e riscos adicionalmente assumidos e sempre que a comparabilidade das funções seja mais relevante que a similaridade dos produtos e serviços.

- Quando existem ativos intangíveis de valor relevante e muito específicos, dificultando a utilização de bases comparáveis de entidades independentes e não sendo possível a aplicação dos métodos de preço de revenda minorado e do custo majorado.

### **C) Outros métodos:**

Os métodos explanados anteriormente, quer os tradicionais baseados nas operações, quer os baseados no lucro das operações, são os que são adotados pela legislação portuguesa e recomendados pela OCDE.

Se o contribuinte aplicar outros métodos, que não estão regulamentados de forma pormenorizada, compete a este, comprovar que esses métodos residuais cumprem o requisito do princípio de plena concorrência, conforme o disposto da alínea b) do n.º 1 do art.º 4.º da Portaria 1446-C/2001, ou seja, é o contribuinte que tem o ónus da prova da aplicação de outros métodos.

### **8.3.3 – O dever especial de fundamentação exigido:**

O legislador previu um dever de fundamentação particularmente exigente, no caso de correções fundamentadas, com base no incumprimento de qualquer obrigação legal exigida quando existem relações especiais, como acontece com as correções, originadas por infração à regra dos preços de transferência do art.º 63.º do CIRC, estabelecendo para estas situações, um dever especial de fundamentação, que se encontra plasmado no n.º 3 do art.º 77.º da LGT.

Conforme o disposto no referido preceito legal, a fundamentação deste tipo de correções, obedece ao cumprimento dos seguintes requisitos:

- a) Descrição das relações especiais, enquadrando-as em alguma das alíneas do n.º 4 do art.º 63.º do CIRC. *Vide Apêndice A*
- b) Indicação das obrigações relacionadas com relações especiais, incumpridas pelo sujeito passivo.
- c) Aplicação dos métodos previstos na lei e o dever de fundamentação dos elementos de comparação adequadamente observados, relativo a operações com entidades independentes.
- d) Quantificação dos respetivos efeitos.

#### **8.4 - Regras Controlled Foreign Corporation (CFC rules) (art.º 66.º do CIRC):**

No art.º 66.º do CIRC, consta a norma específica anti abuso, relacionada com a regra das sociedades estrangeiras controladas, tendo a redação deste preceito legal, sido alterada com a Lei n.º 32/2019, de 03 de maio, que efetuou a transposição dos art.ºs 7.º e 8.º da Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 julho, anti elisão fiscal.

Esta regra plasmada no art.º 66.º do CIRC, possibilita a imputação aos sujeitos passivos residentes em território português, na proporção da sua participação no capital social, os lucros ou rendimentos obtidos, não sem antes ser feita a dedução do imposto que recaia sobre esses mesmos lucros ou rendimentos, por entidades residentes fora do território nacional e submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável.

Para que esta norma anti abuso seja de aplicar, é necessário que o sujeito passivo detenha, direta ou indiretamente, mesmo que seja através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades, (conforme n.ºs 1 do art.º 66.º CIRC).

De acordo com o n.º 6 do referido preceito legal, consideram-se entidades submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável, quando:

- a) *O território da mesma constar da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.*
- b) *O imposto sobre os lucros efetivamente pago seja inferior a 50 % do imposto que seria devido nos termos do CIRC.*

Conforme o n.º 4 do mesmo preceito legal, no caso dos prejuízos apurados pela entidade residente num regime fiscal claramente mais favorável, os mesmos são dedutíveis aos rendimentos imputáveis nos termos do n.º 1 do mesmo preceito legal, até à respetiva concorrência, em um ou mais dos cinco períodos de tributação seguintes, na proporção, do capital detido, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades. Esta redação é a transposição da última parte do n.º 1 do art.º 8.º da Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 julho.

O n.º 7 do art.º 66.º CIRC, nas suas várias alíneas, exclui a aplicação do n.º 1, a certos rendimentos obtidos pela entidade não residente, quando não excedam 25 % do total dos seus rendimentos, nomeadamente no caso de:

- a) *royalties ou outros rendimentos provenientes de direitos da propriedade intelectual, direitos de imagem ou direitos similares.*
- b) *dividendos e rendimentos provenientes da alienação de partes de capital.*
- c) *Rendimentos provenientes de locação financeira.*
- d) *Rendimentos provenientes de operações próprias da atividade bancária, da atividade seguradora ou de outras atividades financeiras, realizadas com entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do n.º 4 do artigo 63.º.*
- e) *Rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do n.º 4 do artigo 63.º, e que acrescentem pouco ou nenhum valor económico.*
- f) *Juros ou outros rendimentos de capitais.*

Ora, importa referir que, esta redação deste preceito legal, traduz expressamente, o disposto na alínea a) do n.º 2 e n.º 3 do art.º 7.º da Diretiva anti elisão fiscal, acima mencionada.

No caso em que a entidade não residente, efetua a distribuição de lucros e/ou rendimentos à entidade residente em território nacional, o montante dos rendimentos que foram imputados anteriormente, incluídos na base tributável nos termos do n.º 1, é deduzido da base tributável aquando do cálculo do montante do imposto devido sobre os lucros distribuídos, a fim de garantir a ausência de dupla tributação, conforme o disposto no n.º 8 do preceito legal em análise, que traduz o n.º 5 do art.º 8.º da referida Diretiva.

Esta norma anti abuso específica, relativa à transparência fiscal internacional, tem como objetivo contornar e evitar as situações de acumulação, por sujeitos residentes, de rendimentos obtidos através de entidades por eles controladas, e que se encontrem em territórios com um regime fiscal privilegiado, com o único intuito de diferir ou mesmo eliminar a tributação no país onde os sócios são residentes.

## **8.5 - Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento (art.º 67.º do CIRC):**

Como já foi explanado anteriormente, o acórdão do TJUE, no processo *Lankhorst-Hohorst GMBH*<sup>20</sup>, considerou a regra de subcapitalização, contrária ao princípio da liberdade de estabelecimento, plasmado no art.º 49.º do TFUE, pelo que, os Estados Membros que tinham na sua legislação tal regra, tiveram que a revogar, como foi o caso de Portugal, no seu art.º 61.º do CIRC.

Em suma, o referido acórdão, está na origem na introdução das regras de limitação à dedução de juros utilizando o critério do EBITDA, plasmada no art.º 67.º do CIRC, que é aplicável a todas as situações, inclusive entre entidades nacionais, em detrimento das regras de subcapitalização que estavam em vigor anteriormente, consideradas discriminatórias à luz dos princípios fundamentais do tratado europeu, pois só eram aplicáveis, às entidades não residentes com relações especiais.

Importa ainda salientar que, a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 julho, contém esta regra no seu art.º 4.º, mas em virtude desta, já constar no ordenamento jurídico fiscal português, anteriormente à transposição da referida Diretiva, a Lei n.º 32/2019, de 03 de maio (que efetua a transposição da Diretiva), só altera o art.º 67.º do CIRC, no seu n.º 12, relativo ao conceito de gastos de financiamento líquidos.

Este preceito legal, impõe um limite fiscal aos gastos suportados com o financiamento líquido, ou seja, com os encargos associados com a remuneração de capitais alheios.

De acordo com o plasmado no **n.º 1 do preceito, aqueles gastos só são aceites fiscalmente, até ao maior dos seguintes valores, €1.000.000,00 ou 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.**

O **n.º 2** permite ainda que, os valores não deduzidos nos termos do n.º 1, possam ainda ser deduzidos nos cinco períodos seguintes de tributação, mas mantendo-se os limites descritos no parágrafo anterior.

Por sua vez, o **n.º 3**, permite acrescer ao montante máximo dedutível, nos termos da alínea b) do n.º 1, até ao quinto período de tributação posterior, a parte do montante de gastos de

---

<sup>20</sup> Acórdão do TJUE de 12 dezembro de 2002, proc.º C – 324/00.

financiamento líquidos não utilizados do limite 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.

O **n.º 5**, possibilita a aplicação do presente preceito legal, a um grupo de sociedades sujeitas ao regime especial de tributação dos grupos de sociedades, prevista no art.º 69 do CIRC, com opção efetuada pela sociedade dominante.

Caso a opção do n.º 5 tenha sido efetuado, o limite de €1.000.000,00 previsto na alínea a) do n.º 1, é mantido, independentemente do número de sociedade que compõe o grupo, ou quando superior, o limite da alínea b), corresponde à soma algébrica dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos apurados nos termos deste artigo pelas sociedades que o compõem, conforme dispõe a **alínea a) do n.º 5** do presente artigo do CIRC.

De acordo com a **alínea b) do n.º 5**, os gastos de financiamento líquidos ainda não deduzidos, relativos a períodos anteriores à aplicação do regime do art.º 69.º do CIRC, podem ainda serem considerados nos termos do n.º 2, porém até ao limite do n.º 1, apurado individualmente de acordo com os valores correspondentes à sociedade a que diz respeito.

Da mesma forma, a **alínea c) do n.º 5**, a parte do montante de gastos de financiamento líquidos não utilizados do limite 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, por qualquer sociedade do grupo, em períodos de tributação anteriores à aplicação do regime do art.º 69.º do CIRC, só podem nos termos do n.º 3 serem acrescidos ao limite máximo dedutível, da sociedade correspondente apurado individualmente.

Ora, o objetivo do legislador com este preceito, é evitar o abuso com o endividamento excessivo, impondo um limite aos gastos contabilizados relacionados com a remuneração de capitais alheios.

## **8.6 - Tributação à saída (Exit Tax):**

Como já foi explanado anteriormente na presente dissertação, aquando da análise efetuada ao art.º 5.º da Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 julho, as normas de «*Exit tax*», visam proteger as receitas fiscais do Estado de residência, nas situações de mudança de sede ou residência fiscal para fora da jurisdição desse Estado, através do pagamento prévio

do imposto sobre os ganhos de capital potenciais (mais valias latentes), considerando-se realizados ficticiamente no momento da deslocalização.

No ordenamento jurídico fiscal Nacional, encontram-se plasmadas este tipo de normas, em sede de IRS e em sede de IRC, nomeadamente as seguintes:

#### **8.6.1 – A norma do n.º 6 do art.º 16.º do CIRS:**

Neste preceito legal é estabelecido uma presunção relativa, até prova em contrário (elidível como qualquer presunção), determinando que, qualquer pessoa de nacionalidade portuguesa, que deslocalize a sua residência fiscal para país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças (portaria n.º 345-A/2016 de 30 dezembro), são considerados residentes em território nacional, no ano em que se verifica tal mudança e nos quatro anos seguintes.

Esta presunção pode ser elidível, pelo que, esta norma não se aplica, se o interessado provar que a referida mudança se deve, por exemplo ao exercício naquele território de atividade temporária por conta de entidade patronal domiciliada em território português.

#### **8.6.2 – As normas dos arts.º 83.º e 84.º do CIRC:**

Em sede de IRC, o art.º 83.º prevê que, quando uma entidade com sede ou direção efetiva em território nacional, incluindo a Sociedade Europeia e a Sociedade Cooperativa Europeia, cessa a sua atividade, em virtude de ter transferido a respetiva residência para fora desse território, então é considerado para apuramento do seu lucro tributável, do período de tributação em que ocorra essa cessação, o montante das diferenças positivas ou negativas, entre os valores de mercado e os valores fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais dessa entidade, mesmo que não expressos na contabilidade.

O art.º 84.º prevê a aplicação do disposto do artigo anterior, a um estabelecimento estável de entidade não residente situado em território português.

#### **8.7 - Restrições ao reporte e dedução de prejuízos fiscais:**

O n.º 1 do art.º 52.º CIRC possibilita que os prejuízos fiscais apurados em determinado período de tributação sejam deduzidos aos lucros tributáveis, quando estes existirem, de um ou mais períodos, nos 12 períodos de tributação posteriores.

Esta matéria foi considerada pelo legislador como propícia a condutas menos próprias por parte dos contribuintes, como forma de tirar partido e obter lucros extra com situações abusivas, contornando o artigo a seu favor. Nesse sentido, no **n.º 8** do mesmo artigo, encontra-se prevista uma norma especial anti abuso em matéria de dedução de prejuízos.

Assim, quando no término do período de tributação, em que é efetuada a dedução do prejuízo fiscal, se verificar que, no período de tributação onde ocorreu o prejuízo, houve uma alteração da titularidade em mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto, esta dedução deixa de ser possível.

#### **8.8– A Lei n.º 26/2020, de 21 julho:**

Esta lei é o resultado da transposição da Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio, para o normativo jurídico fiscal Nacional, revogando o Decreto Lei n.º 29/2008, de 25 fevereiro, relativo a deveres de comunicação à AT, de esquemas de planeamento fiscal agressivo, conforme consta no art.º 25.º da referida Lei.

Este diploma legal, visa corresponder às recomendações que constam do relatório da ação 12 do BEPS, nomeadamente, quanto à necessidade do desenho de regras, por parte dos regimes fiscais internacionais, que exigem aos contribuintes e consultores, a divulgação de acordos de planeamento fiscal agressivo, bem como, promovendo o desenvolvimento e a implementação de um intercâmbio de informações e cooperações mais eficazes entre as administrações fiscais.

Face ao exposto, podemos verificar que, o objeto da Lei 26/2020, de 21 julho, é estabelecer a obrigação de comunicação à AT, de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços, que tenham relevância fiscal e para as finalidades que nela estão previstas, procedendo à transposição da Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio, já analisada na presente dissertação, produzindo alterações na Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 fevereiro, no que diz respeito à troca automática de informações obrigatório no domínio da fiscalidade, em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar, conforme plasmado no art.º 1.º da referida lei.

#### **Explicitação de algumas definições importantes:**

O art.º 2, tem em si plasmado algumas definições, que traduzem a transposição do art.º 1.º da Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio, nomeadamente as seguintes:

- a) **Ativos intangíveis difíceis de avaliar** – são os ativos intangíveis ou direitos sobre ativos intangíveis, que não têm elementos comparáveis fiáveis, no momento da sua transferência entre empresas associadas, e no momento da conclusão da referida transferência, sejam altamente incertos, as previsões de fluxos de caixa futuros e de rendimentos obtidos com a operação, bem como, de pressupostos aplicados na avaliação do ativo intangível, tornando muito dificultada a previsão de ganhos a obter com a transferência desse ativo intangível;
- b) **Características chave** – são as que indiciam um potencial risco de evasão fiscal, bem como, o contornar de obrigações legais de informações sobre contas financeiras ou identificação dos beneficiários efetivos;
- c) **Contribuinte relevante** – Qualquer pessoa ou uma entidade sem personalidade jurídica, que proceda à aplicação de um mecanismo a comunicar ou esteja preparada para aplicar um mecanismo a comunicar, ou que tenha aplicado uma parte ou uma qualquer etapa de um mecanismo a comunicar;
- d) **Empresa associada** – Uma pessoa que esteja relacionada com outra, por uma das seguintes formas:
- Uma pessoa participa na gestão de outra pessoa por estar em posição de exercer uma influência significativa sobre a outra pessoa.
  - Uma pessoa participa no controlo de outra pessoa através de uma participação superior a 25 % dos direitos de voto.
  - Uma pessoa participa no capital de outra pessoa através de um direito de propriedade que, direta ou indiretamente, seja superior a 25 % do capital.
  - Uma pessoa tem direito a 25 %, ou mais, dos lucros de outra pessoa.
- e) **Intermediário** - qualquer pessoa que conceba, comercialize, organize ou disponibilize para aplicação ou administre a aplicação de um mecanismo a comunicar, excluindo as seguintes atuações:
- A mera comunicação de informação estritamente descritiva de regimes tributários existentes, nomeadamente, benefícios fiscais.
  - O aconselhamento estritamente prestado quanto a uma situação tributária já existente do contribuinte relevante.

- O exercício do mandato no âmbito do procedimento administrativo tributário, do processo de impugnação tributária, do processo penal tributário ou do processo de contraordenação tributária, bem como, o aconselhamento relativo à condução dos respetivos trâmites dos referidos processos.

f) **Mecanismo** – De acordo com esta Lei, é considerado mecanismo, qualquer plano, projeto, proposta, conselho, instrução ou recomendação, que podem ser exteriorizados de forma expressa ou tacitamente, podendo ou não, serem concretizados em acordo ou transação, constituído por uma construção com uma ou mais de uma etapa, ou por uma série de construções, que podem ser sequenciais ou simultâneas.

Este mecanismo pode ser classificado em comercializável, personalizado ou transfronteiriço.

g) **Mecanismos comercializáveis** – Os mecanismos concebidos, comercializados, prontos a aplicar ou disponibilizados para aplicação dispensando uma adaptação substancial do mesmo.

h) **Mecanismos personalizados** – Quaisquer mecanismos que não sejam comercializáveis.

i) **Mecanismos transfronteiriços** – Quaisquer mecanismos respeitantes a mais do que um Estado Membro da UE ou entre um Estado Membro da UE e um país terceiro, desde que se verifique uma das seguintes condições:

- Nem todos os participantes no mecanismo sejam, para efeitos fiscais, residentes na mesma jurisdição;
- Algum dos participantes no mecanismo seja, para efeitos fiscais, simultaneamente residente em mais do que uma jurisdição;
- Algum dos participantes no mecanismo exerça uma atividade noutra jurisdição através de um estabelecimento estável situado nessa jurisdição e o mecanismo constitua uma parte ou a totalidade da atividade desse estabelecimento estável;

- Algum dos participantes no mecanismo exerça uma atividade noutra jurisdição sem ser residente para efeitos fiscais nessa jurisdição nem criar um estabelecimento estável situado nessa jurisdição;
- Esse mecanismo tem um possível impacto na troca automática de informações ou na identificação do beneficiário efetivo;

j) **Teste do benefício principal** – Considera-se satisfeito, quando for possível determinar-se, que a vantagem fiscal obtida pelo contribuinte relevante ou de um terceiro, é o benefício principal ou um dos benefícios principais, que à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, pode esperar-se obter do mecanismo, de forma razoável.

l) **Vantagem fiscal** – Corresponde à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, a obtenção de benefícios fiscais ou a utilização de prejuízos fiscais, que só são possíveis de obter-se no todo ou em parte, através da utilização do mecanismo.

Importa referir que a definição de «Teste do benefício principal» explanada na alínea K) do n.º 1 do art.º 2.º da Lei n.º 26/2020, de 21 julho, vai de encontro ao plasmado na Parte I do anexo que consta na Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio, que é aditado (designado por anexo IV) na Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 fevereiro.

#### **Quais os mecanismos que devem ser comunicados à AT:**

Ora, conforme dispõe os artigos 3.º e 7.º ambos da referida Lei, devem ser comunicados à AT, qualquer mecanismo transfronteiriço ou interno, que contenha pelo menos uma das características chave plasmadas no art.º 5.º.

Importa então definir as características chave, que estão tipificadas no art.º 5.º do diploma em análise, encontrando-se divididas em cinco categorias, nomeadamente:

- Características - chave genéricas relacionadas com o teste do benefício principal.
- Características - chave específicas relacionadas com o teste do benefício principal.
- Características - chave específicas relacionadas com operações transfronteiriças.
- Características - chave específicas relacionadas com obrigações legais de informação sobre contas financeiras ou de identificação dos beneficiários efetivos.

- Características - chave específicas relacionadas com preços de transferência.

Características - chave genéricas relacionadas com o teste do benefício principal.

Estamos na presença de características – chave genéricas relacionadas com o teste do benefício principal, sempre que:

- a) O contribuinte relevante ou outra pessoa que intervenha no mecanismo, compromete-se a não revelar a terceiros, nomeadamente a intermediários e à AT, de que forma o mecanismo pode proporcionar benefício fiscal;
- b) O intermediário tem direito a usufruir honorários pelo mecanismo, nomeadamente, juros, remunerações para custos de financiamento e outros encargos, e os referidos honorários são fixados:
  - Em função do montante da vantagem fiscal que resulta do mecanismo, ou
  - Ao facto de o mecanismo permitir ou não a obtenção da vantagem fiscal, podendo estar incluído a obrigação de devolução total ou parcial dos honorários, na hipótese de que não seja obtida a vantagem fiscal, total ou parcial;
- c) Um mecanismo que contenha documentos e/ou uma estrutura suficientemente normalizada, esteja disponível para mais de que um contribuinte relevante, sem ser necessário adaptá-lo substancialmente;

Características - chave específicas relacionadas com o teste do benefício principal:

Consideram-se características – chave, sempre que:

- a) Num mecanismo, um dos intervenientes toma medidas artificiosas, que corresponde na aquisição de uma empresa deficitária, na cessação da atividade principal da referida empresa, e utilizando as suas perdas para reduzir os seus encargos fiscais, inclusive através da transferência dessas perdas para outras jurisdições ou da aceleração da utilização dessas mesmas perdas;
- b) Um mecanismo que proporciona o efeito de converter rendimento em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos que são tributados a taxas de imposto mais reduzidas ou isentos de imposto;

- c) Um mecanismo inclui operações circulares que originam um «carrocel» de fundos (*round-tripping*), efetuado através do envolvimento de entidades interpostas, sem terem uma outra função comercial primária ou de operações que se compensam ou anulam mutuamente, ou com características semelhantes;

Características - chave específicas relacionadas com operações transfronteiriças:

Estamos na presença de características – chave específicas relacionadas com operações transfronteiriças, sempre que:

- a) Um mecanismo envolva a dedutibilidade de pagamentos transfronteiriços entre duas ou mais empresas associadas, em que se verifica, uma das seguintes condições:
  - i) O destinatário dos pagamentos não é residente, em termos fiscais, em nenhuma jurisdição fiscal;
  - ii) O destinatário dos pagamentos é residente numa jurisdição fiscal, contudo, essa jurisdição:
    - Consta da lista de jurisdições de países terceiros, que tenham sido avaliados como não cooperantes, pelos Estados Membros da UE, coletivamente ou no âmbito da OCDE;
    - Não aplica qualquer imposto sobre as sociedades (não sujeitando a imposto ou aplicando isenção de imposto) ou aplica uma taxa nominal de imposto sobre as sociedades inferior a 1%;
  - iii) Na jurisdição em que o destinatário reside, em termos fiscais, o pagamento seja tributado mais favoravelmente, ou não está a sujeito a imposto ou está isento de tributação;
- b) São requeridas em mais do que uma jurisdição, deduções sobre a mesma depreciação de um ativo;
- c) É requerida em mais do que uma jurisdição, a eliminação ou atenuação da dupla tributação respeitante à mesma rúbrica de rendimento ou de capital;
- d) Existe um mecanismo que inclui transferência de ativos e em que existe, entre as jurisdições envolvidas, uma diferença no montante tratado como pagável, relativamente a esses ativos;

Características - chave específicas relacionadas com obrigações legais de informação sobre contas financeiras ou de identificação dos beneficiários efetivos:

Segundo este diploma legal, considera-se que estamos na presença deste tipo de características – chave, sempre que:

- a) Um mecanismo tem o efeito de contornar a obrigação de apresentação de informações decorrentes dos atos jurídicos que dão execução à legislação da UE sobre a troca automática de informações relativas a contas financeiras, ou decorrentes de qualquer acordo equivalente, incluindo acordos com países terceiros, ou tirando proveito da ausência de legislação ou acordos sobre a matéria, e desde que se verifique uma das seguintes situações:
  - i) O recurso a uma conta, produto ou investimento, que não sendo, ou não pretenda ser, uma conta financeira, apresenta características bastante semelhantes às de uma conta financeira;
  - ii) A transferência de contas financeiras ou de ativos financeiros para jurisdições que não estejam sujeitas à obrigação de troca automática de informações relativas a contas financeiras, com o estado de residência fiscal do contribuinte relevante, bem como, a utilização dessas mesmas jurisdições;
  - iii) A reclassificação de rendimentos e capital, em produtos ou pagamentos, que não estejam sujeitos à obrigação de troca automática de informações relativas a contas financeiras;
  - iv) A transferência ou a conversão de uma instituição financeira ou uma conta financeira, ou mesmo dos ativos que aí constam, para instituição financeira, conta financeira ou ativos, que não estejam sujeitos à obrigação de troca automática de informações sobre contas financeiras;
  - v) O recurso a entidades jurídicas, mecanismos ou estruturas, que eliminem ou pretendam eliminar a comunicação da identidade, de um ou mais titulares, de contas ou pessoas que exercem controlo, de acordo com a troca automática de informações relativas a contas financeiras;
  - vi) Mecanismos que impeçam os procedimentos de devida diligência utilizados pelas instituições financeiras, ou exploram lacunas nos referidos procedimentos, para cumprirem as suas obrigações de apresentação de

informações sobre contas financeiras, inclusive utilizando jurisdições com regimes inadequados ou insuficientes, para garantir a aplicação da legislação contra o branqueamento de capitais, ou a utilização de jurisdições com exigências de transparência insuficientes, relativamente a pessoas coletivas ou mecanismos legais;

- b) Um mecanismo que envolva uma cadeia opaca de propriedade jurídica ou de beneficiários efetivos, com recurso a pessoas, estruturas legais ou mecanismos e que:
  - i) não prossigam uma atividade económica substancial, com utilização de pessoal, equipamentos, ativos e instalações adequadas; e,
  - ii) sejam constituídas, geridas, residentes, controladas ou estabelecidas em qualquer uma das jurisdições, que não seja a jurisdição de residência de um ou mais beneficiários efetivos dos ativos detidos por essas pessoas, mecanismos ou estruturas legais; e ainda,
  - iii) seja impossível identificar os beneficiários efetivos dessas pessoas, mecanismos ou estruturas legais, de acordo com a definição de «beneficiário efetivo» constante na Lei n.º 83/2017, de 18 agosto;

Características - chave específicas relacionadas com preços de transferência:

Considera-se que estamos na presença desta categoria de características – chave, sempre que:

- a) Um mecanismo utilize unilateralmente, regimes de salvaguarda ou de proteção de uma jurisdição, que não estejam previstos internacionalmente, nas normas da OCDE sobre preços de transferência;
- b) Um mecanismo que corresponda a uma transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar;
- c) Um mecanismo que corresponda a uma transferência transfronteiriça, entre empresas que sejam associadas, de funções e/ou riscos e/ou ativos, se os resultados anuais previstos antes de juros e impostos (EBIT), durante os três anos seguintes à transferência, do cedente ou cedentes, forem inferiores a 50%

dos EBIT anuais previstos, desse mesmo cedente ou cedentes, caso a referida transferência não tivesse sido realizada;

**Quem tem a obrigação de comunicação dos mecanismos:**

Face à explicitação das situações previstas, que originam a obrigação de comunicação à AT, no âmbito deste diploma legal, importa saber agora, quem tem a responsabilidade, de efetuar tal comunicação, para o efeito, os artigos 9.º a 13.º definem quem são as pessoas, obrigadas a tal desiderato.

Ora, de acordo com o disposto nos artigos 9.º e 10.º ambos deste diploma legal em análise, a obrigação de comunicação à AT dos mecanismos transfronteiriços e internos previstos nos artigos 3.º e 7.º respetivamente, cabe ao intermediário, desde, que preencha um dos seguintes requisitos:

- a) Ser residente, para efeitos fiscais, no território português;
- b) Tenha um estabelecimento estável no território português, através do qual sejam prestados os serviços relacionados com o mecanismo;
- c) Esteja constituído em Portugal, ou regido pela legislação Portuguesa;
- d) Esteja registado em território português, junto de uma associação profissional relacionada com a prestação de serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria;

Conforme dispõe o art.º 10.º, nas situações não cobertas pelo dever legal ou contratual de sigilo, o intermediário deve prestar informações que sejam do seu conhecimento ou que estejam na sua posse ou sob o seu controlo, relativas a mecanismos transfronteiriços e internos a comunicar, no prazo de 30 dias a contar:

- Do dia seguinte àquele em que o mecanismo transfronteiriço ou interno a comunicar é disponibilizado para ser aplicado, ou está pronto para ser utilizado ou do momento em que tenha sido realizado o primeiro passo na aplicação do mecanismo transfronteiriço a comunicar, o evento que for primeiro.
- Do dia seguinte àquele em que prestou, diretamente ou através de outras pessoas, ajuda, assistência ou aconselhamento.

Acresce que, no caso de verificar-se o dever legal ou contratual de sigilo, o intermediário tem ainda a obrigação comunicar à AT todas as informações que sejam do seu

conhecimento ou que estejam na sua posse ou sob o seu controlo, relativas a mecanismos transfronteiriços e internos a comunicar, no caso de não ter sido informado do cumprimento do dever de comunicação, por parte do contribuinte relevante (quando a obrigação recai neste), devendo cumprir essa obrigação no prazo de 10 dias seguidos, conforme o disposto no n.º 2 do art.º 10.º conjugado com o n.º 4 do art.º 13.º da referida lei em análise.

No caso de comunicação de um mecanismo comercializável, o n.º 4 do art.º 10.º exige ainda que, o intermediário apresente à AT, de três em três meses, um relatório de atualização que inclua as novas informações que tenham surgido, desde a primeira comunicação ou desde o relatório anterior.

Nas situações em que o intermediário esteja obrigado à comunicação de informações sobre o mecanismo transfronteiriço, que devem igualmente serem comunicadas às autoridades competentes de outros Estados Membros da UE, então essas informações são comunicadas às seguintes autoridades competentes, conforme o que se verificar primeiro:

- a) Do Estado Membro em que o intermediário seja residente para efeitos fiscais;
- b) Do Estado Membro em que o intermediário tenha um estabelecimento estável através do qual sejam prestados os serviços relacionados com o mecanismo a comunicar;
- c) Do Estado Membro em que o intermediário esteja constituído ou por cujas leis seja regido;
- d) Do Estado Membro em que o intermediário esteja inscrito junto de uma associação profissional relacionada com a prestação de serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria;

Contudo, no caso de não existir um intermediário, nas condições previstas no art.º 9.º ou nas situações cobertas pelo dever legal ou contratual de sigilo, conforme dispõe os artigos n.ºs 11.º, 12.º e 13.º todos do diploma legal em análise, recai no contribuinte relevante, a obrigação de comunicação à AT, de todas as informações relativas aos mecanismos transfronteiriços e internos, no prazo de 30 dias seguidos, a contar:

- Do dia seguinte àquele em que o mecanismo transfronteiriço ou interno a comunicar é disponibilizado para ser aplicado, ou está pronto para ser utilizado ou

do momento em que tenha sido realizado o primeiro passo na aplicação do mecanismo transfronteiriço a comunicar, o evento que for primeiro.

E,

Desde que o contribuinte relevante, preencha um dos seguintes requisitos:

- a) Seja residente, para efeitos fiscais, em território nacional;
- b) Possua um estabelecimento estável em território nacional que beneficie do mecanismo;
- c) Receba ou gere rendimentos em território nacional;
- d) Exerça uma atividade em território nacional ou esteja registado, para efeitos fiscais, em Portugal;

Acresce que, o contribuinte relevante tem ainda a obrigação de, em cada um dos anos que aplica o mecanismo que foi alvo de comunicação, informar a AT das atualizações das informações anteriormente comunicadas, conforme consta no n.º 2 do art.º 12.º.

Nas situações em que o contribuinte relevante, esteja obrigado a comunicar informações sobre um mecanismo transfronteiriço, a comunicar igualmente às autoridades competentes de outros Estados Membros da UE, então essas informações deverão ser comunicadas às autoridades competentes, conforme o que se verificar primeiro:

- a) Do Estado Membro de residência fiscal, do contribuinte relevante;
- b) Do Estado Membro onde esteja localizado um estabelecimento estável do contribuinte relevante, que beneficie do mecanismo;
- c) Do Estado Membro em que o contribuinte relevante obtenha rendimentos ou gere lucros, apesar de não ser residente, para efeitos fiscais, nem possuir um estabelecimento estável, em nenhum dos Estados Membros;
- d) Do Estado Membro no qual o contribuinte relevante exerce uma atividade, apesar de não ser residente, para efeitos fiscais, nem possuir um estabelecimento estável, em nenhum dos Estados Membros;

Ora, conhecidas as situações que motivam a comunicação à AT, das informações relacionadas com mecanismo transfronteiriços e internos, bem como, quem são os responsáveis por tais comunicações, importa agora, definir que tipo de informação é

transmitida, para o efeito, o art.º 15.º estabelece os seguintes elementos que devem ser transmitidos:

- a) A identificação dos intermediários e dos contribuintes relevantes (nome, datas e locais de nascimento, residência para efeitos fiscais e números de identificação fiscal, no caso de pessoas singulares e as pessoas que sejam empresas associadas do contribuinte relevante);
- b) A pormenorização das características - chave que consubstanciam o mecanismo como mecanismo a ser comunicado à AT;
- c) Caracterização sintética do conteúdo do mecanismo a comunicar, referindo o nome no qual é normalmente designado, bem como, a descrição de forma abstrata, das atividades empresariais relevantes ou dispositivos normativos, exceto se aquela descrição, seja revelador de um segredo profissional, comercial ou industrial ou a revelação das informações são contrárias à ordem pública;
- d) A designação da data em que foi realizado ou venha a ser, o primeiro passo da aplicação do mecanismo a comunicar;
- e) Descrição detalhada das disposições normativas que tiveram como base a formação do mecanismo a comunicar;
- f) O valor das operações, em que o mecanismo a comunicar é composto, independentemente da vantagem fiscal obtida pela utilização do referido mecanismo;
- g) Identificação do Estado Membro dos contribuintes relevantes, bem como, de outro Estado Membro que intervenha no mecanismo a comunicar;
- h) Identificação de outras pessoas ou entidades sem personalidade jurídica, de um Estado Membro, que tenha sido abrangido pelo mecanismo a comunicar, bem como, a identificação desse Estado Membro.

Acresce que, a AT pode solicitar, nos termos do CPPT, para que a pessoa responsável pela comunicação do mecanismo, esclareça, aperfeiçoe ou complete a informação a transmitir, num prazo entre dez a vinte dias seguidos, conforme dispõe o n.º 3 do art.º 15.º da Lei n.º 26/2020, em análise.

## **Finalidade da Informação comunicada à AT:**

### **a) Finalidades externas:**

As informações prestadas à AT, se forem relacionadas com mecanismos transfronteiriços, são comunicadas por esta, às autoridades competentes de outros Estados Membros da UE, por meio de uma troca automática de informações, no prazo de um mês a contar da data do fim do trimestre, em que as referidas informações foram prestadas à AT, e adotando as medidas práticas adotadas pela Comissão Europeia, quanto à utilização de formulários normalizados, conforme plasmado no n.º 1 do art.º 16.º do diploma legal em análise.

### **b) Finalidades internas:**

Com a informação recolhida relativo aos mecanismos comunicados, de acordo com o disposto no art.º 17.º, a AT utiliza-a internamente para:

- i) efetuar o enquadramento das situações tributárias que tenham sido conhecidos através dos mecanismos comunicados, face à legislação em vigor à data dos factos;
- ii) conceber e/ou propor medidas normativas adequadas que proporcione um melhor enquadramento das situações tributárias que foram dadas a conhecer pelos mecanismos comunicados;
- iii) adequar o planeamento das ações inspetivas tributárias à relevância dos mecanismos comunicados;
- iv) divulgar no Portal das Finanças, de forma abstrata, sem identificação dos respetivos participantes, os mecanismos comunicados, por forma a prevenir a evasão fiscal, podendo incluir, mecanismos que a própria AT tenha tido conhecimento no âmbito da sua ação.

Esta divulgação no Portal das Finanças, não deverá ser efetuada se, pela complexidade e novidade do mecanismo, não ser apropriado a sua divulgação, para efeitos de prevenção da evasão fiscal ou a defesa do interesse público, que a AT prossegue.

### **Consequências do não cumprimento do disposto na Lei 26/2020:**

O art.º 19.º do diploma legal em análise, introduz um regime sancionatório contraordenacional, por incumprimento do disposto no referido diploma, refletindo o exigido pelo n.º 6 do art.º 1.º da Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 maio, que introduz alterações ao art.º 25.º A da Diretiva 2011/16/EU, de 15 fevereiro.

O regime adotado corresponde à aplicação de coimas, por incumprimento de determinadas obrigações, constituindo contraordenações tributárias, sendo aplicado o RGIT, com as devidas adaptações.

### **Regime Transitório:**

As comunicações relativas a mecanismos cujo primeiro passo de aplicação tenha ocorrido ou venha a ocorrer entre 25 de junho de 2018 e 30 de junho de 2020, devem ocorrer até 31 de agosto de 2020.

Nas situações previstas, em que se verifique a existência de dever legal ou contratual de sigilo, compete ao contribuinte relevante, nos termos do n.º 1 do art.º 13.º, a obrigação de comunicação do mecanismo, devendo, nesse caso, o intermediário notificá-lo, de acordo com o n.º 2 do art.º 13.º, no prazo de 10 dias seguidos após a entrada em vigor do presente diploma, para que cumpra a obrigação de comunicação dos mecanismos transfronteiriços referidos no número anterior, no prazo de 30 dias seguidos a contar da referida notificação, devendo o intermediário cumprir tal obrigação subsidiariamente, até 31 agosto de 2020.

### **8.9 - O Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM):**

Este regime foi criado em 1980, visando o desenvolvimento económico da Região Autónoma da Madeira, que se consubstancia num mecanismo de auxílios de Estado sob a forma fiscal, que se encontra contemplado no art.º 349 do TFUE, contudo, é necessário que este regime seja aprovado e notificado pela Comissão Europeia.

O CINM ou Zona Franca da Madeira (ZFM), começou por ser um regime global unitário que abrangia quatro setores de atividade, nomeadamente:

- As atividades financeiras e os serviços internacionais.
- O registo internacional de navios da Madeira (MAR).
- A Zona Franca Industrial.

Ora, importa referir que, por vezes o CINM é apelidado de «paraíso fiscal», mas é considerado sim, um regime preferencial, em virtude de ser um regime transparente, existe total troca de informações, é regularmente avaliado pela Comissão Europeia, sendo aplicáveis, a esse regime, as mesmas regras que estão em vigor no resto do território nacional, relacionadas com a fiscalização, controlo e supervisão, só diferindo em termos de concessão de benefícios fiscais, em sede IRC, nomeadamente, a aplicação de taxas reduzidas.

Ao longo do tempo existiu três regimes de incentivos fiscais, o Regime I, constante no art.º 33.º do EBF, o Regime II previsto no art.º 35.º do EBF e o Regime III que se encontra previsto no art.º 36.º do EBF, atualmente já vamos no Regime IV, que se encontra consagrado no art.º 36.º A do EBF.

O Regime I (art.º 33.º EBF) – produziu efeitos até 31 de dezembro de 2011 e a admissão de entidades no regime ocorreu até 31 de dezembro de 2000, era caracterizado por uma isenção em IRC, nas quatro atividades explicitadas anteriormente, existindo ainda benefícios concedidos pela Comissão Europeia, sem limite temporal.

Importa referir que, após a revisão efetuada sobre auxílios de Estado e fiscalidade direta e sobre auxílios de Estado visando o desenvolvimento regional, bem como os trabalhos efetuados pelo Grupo do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, o regime foi novamente aprovado por um período de quatro anos, produzindo efeitos até 31 dezembro de 2011, dando origem ao Regime II, previsto no art.º 35.º do EBF.

O Regime II (art.º 35.º EBF), revogado pela Lei que aprovou o orçamento de 2012, caracterizava-se, por constar requisitos de admissão das entidades em função do número de postos de trabalho criados e da contribuição para a diversificação e modernização da Região da Madeira, bem como, foi introduzido a limitação dos benefícios de IRC a plafonds.

Importa referir que, com a introdução do regime II, foram excluídas as atividades de intermediação financeira, de seguro e das instituições auxiliares de intermediação financeira e de seguros, bem como as atividades tipo serviços intragrupo (centros de coordenação, de tesouraria e de distribuição), mantendo-se as atividades de registo internacional de navios da Madeira (*Shipping*), Zona Franca Industrial e serviços internacionais.

O Regime III ou novo regime (art.º 36.º EBF), é aplicado a entidades que se licenciem no período entre 1 de janeiro de 2007 e 31 dezembro de 2013, e os efeitos dos benefícios concedidos, têm um horizonte temporal até 31 de dezembro de 2020.

Este regime, em relação ao anterior, mantém a tributação do IRC a taxas reduzidas e a fixação de plafonds máximos à matéria coletável, como limitação dos benefícios concedidos, bem como mantém-se a dedução de 50% à coleta de IRC, desde que estejam preenchidos determinados requisitos, bem como, mantém-se o regime aplicado às SGPS.

O Regime III difere do anterior, no aspeto da criação de um regime geral degressivo dos benefícios concedidos, ou seja, tributando-se os rendimentos em IRC às taxas de 3% nos anos de 2007 a 2009, de 4% nos anos de 2010 a 2012 e de 5% nos anos 2013 e seguintes, aplicáveis às entidades licenciadas a partir de 1 janeiro de 2007 até 31 de dezembro de 2013, para o exercício das atividades industriais, comerciais, de transportes marítimos e serviços não financeiros.

Atualmente temos um novo regime, que consta do artigo 36º A do EBF (Regime IV), aditado pela Lei 64/2015, de 1 julho, aplica-se às entidades licenciadas até 31 dezembro 2020, produzindo efeitos de 01 janeiro de 2015 até 31 dezembro de 2027.

Importa referir que, na aprovação deste Regime IV, a Comissão Europeia entendeu que este devia ser aprovado com base na aplicação da alínea a) do n.º 3 do art.º 107.º e 108.º ambos do TFUE, que consideram certos auxílios compatíveis com o mercado interno e não de acordo com o regime de auxílios ao funcionamento, como tinha acontecido até aqui.

Este Regime IV, mantém as características principais do Regime III, como seja, a tributação dos rendimentos em sede de IRC à taxa de 5% e a limitação da concessão do benefício através da aplicação de plafonds máximos à matéria coletável objeto do benefício fiscal em sede de IRC.

Conforme o n.º 2 do art.º 36.º A EBF, as entidades licenciadas no CINM, para poderem usufruir dos benefícios, têm que cumprir os seguintes requisitos:

- a) *Criação de um a cinco postos de trabalho, nos seis primeiros meses de atividade e realização de um investimento mínimo de € 75.000,00 na aquisição de ativos fixos tangíveis ou intangíveis nos dois primeiros anos de atividade.*
- b) *Criação de seis ou mais postos de trabalho, nos seis primeiros meses de atividade.*

Acresce que, de acordo com o n.º 4 do art.º 36.º A EBF, as taxas reduzidas de IRC, serão aplicáveis até um plafond máximo da matéria coletável, determinado em função dos postos de trabalho mantidos pela entidade.

O montante do plafond do benefício fiscal, em sede de IRC, é atualizado em função da inflação.

Conforme o previsto no n.º 3 do referido preceito legal, as entidades licenciadas no CINM, ficam igualmente sujeitas, relativamente aos benefícios fiscais, a um dos seguintes limites anuais:

- a) *20,1 % do valor acrescentado bruto obtido anualmente; ou*
- b) *30,1 % dos custos anuais de mão de obra incorridos; ou*
- c) *15,1 % do volume anual de negócios;*

Importa acrescentar que, as entidades licenciadas no CINM, ficam sujeitas às tributações autónomas e ao pagamento especial por conta de, na proporção da taxa de IRC que lhe é aplicável, excetuando as tributações autónomas previstas nos n.ºs 1 e 8 do artigo 88º do Código do IRC.

Relativamente ao contributo do CINM para o desenvolvimento regional do Arquipélago da Ilha da Madeira, que era o seu principal objetivo, conforme refere Palma (2015, pág. 161),

Como demonstra o estudo *The reform of the Madeira free zone: impact and implications of regime change*, elaborado em janeiro de 2009 pelo *European Policies Research Centre* da Universidade de *Strathclyde*, esta questão só pode ter uma resposta negativa: sobretudo em comparação com o Regime I, os Regimes II e III estão longe de assegurar esse objetivo.

Acresce que, os requisitos exigidos no novo Regime, nomeadamente, a introdução de plafonds máximos que limitam os benefícios, bem como, a obrigação de criação de postos de trabalho para as novas entidades se estabelecerem aí, fizeram o CINM perder competitividade para outros regimes com níveis de tributação mais baixos, e sem a exigência dos referidos requisitos, como são os casos, da Holanda, de Malta, de Chipre, do Luxemburgo, das Ilhas Anglo-Normandas ou o Canal da Mancha.

## **Capítulo IV – Jurisprudência sobre a aplicação da CGAA e das CEAA:**

Relativamente à jurisprudência recente existente, relacionada com a aplicação das várias cláusulas anti abuso pela AT, grande parte dela, é emanada do Centro de Arbitragem Administrativo (CAAD):

### **1 – Jurisprudência sobre a aplicação da CGAA:**

#### **1.1– Processo n.º 441/2018 – T do CAAD (decisão de 15 de maio 2019):**

**Assunto:** Aplicação da Cláusula Geral Anti abuso prevista no nº 2 do art.º 38.º da LGT à aquisição, por parte de uma entidade, de ações de outra sociedade, entendendo a AT que, o pagamento do preço das ações, deve assumir a natureza de distribuição de dividendos.

**Requerente:** A sociedade A.... SGPS, SA.

**Requerida:** Autoridade Tributária (AT).

#### **Matéria de Facto:**

##### **A) A requerente, sociedade A... SGPS, SA:**

1- Requerente foi constituída em 21 de maio de 2013 como sociedade comercial anónima na modalidade de sociedade gestora de participações sociais, com o objeto social de «*gestão de participações noutras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas*», tendo como acionistas fundadores C..., D..., E..., F... e G..., com o capital social de €50.000,00, representado por 50.000 ações com o valor nominal de €1 cada, distribuídas da seguinte forma:

**Quadro 4.1** – Composição do capital da sociedade A.... SGPS SA na data da constituição

Nome do acionista	N.º ações
C...	16.668
D...	13.784
E...	11.593
F...	7.954
G...	1
<b>Total</b>	<b>50.000</b>

2- No seu primeiro ano de atividade, a requerente adquiriu várias ações da sociedade **B.... SGPS, SA:**

- **Em 22 de maio de 2013**, um total de 7.543.660 ações, correspondentes a uma participação de 24,02% no capital daquela empresa, pelo preço total de €22.630.980,00 (no valor de €3,00 por ação), a pagar em três anos.

- **Em 28 de maio de 2013**, a Requerente adquiriu mais 29.920 ações pelo valor de €3,00 por ação.

- **Em 3 de junho de 2013**, adquiriu um lote de 433.344 ações pelo valor de €2,47 por ação.

3 - **Em 28 de junho de 2013**, a Requerente recorreu a crédito bancário, concedido pelo BANCO H.../I..., S.A., no montante de €1.070.333,00 para aquisição das participações sociais referidas no ponto anterior .

4 - **A 31 de dezembro de 2013**, a Requerente apenas participava no capital social da B... SGPS, S.A.

5 - **Desde maio de 2013**, a Requerente reforçou a participação acionista na B...., SGPS, S.A., passando de uma percentagem inicial de detenção de 24,02%, para 32,68% em 2017.

6 - **A Requerente tem quatro administradores e não tem colaboradores.**

**B) A sociedade B...SGPS, SA:**

1 - A sociedade B... - SGPS, S.A. é a sociedade que lidera o Grupo J..., líder português em Tecnologias de Informação, entrando em bolsa no ano de 2000, sendo uma entidade cotada na Euronext Lisbon.

2 - À data da constituição da A.... SGPS, S.A. (Requerente), os quatro acionistas que a constituíram, detinham na B... SGPS, S.A., as seguintes participações a 31-12-2012:

**Quadro 4.2** – % do capital social detido da sociedade B.... SGPS, SA em 31-12-2012, por parte dos acionistas de A.....SGPS, SA

<b>Acionistas</b>	<b>N.º Ações</b>	<b>% Capital Social</b>
C...	2.514.997	8,01%
D...	2.079.592	6,62%
F...	1.899.799	6,05%
E...	1.749.074	5,57%
<b>Total</b>	<b>8.243.462</b>	<b>26,25%</b>

3- No ano de 2011, a B...., SGPS, S.A. distribuiu dividendos, provenientes do resultado líquido do período e de reservas livres e resultados acumulados no montante total de € 4.082.181,22, correspondendo a €0,13 por ação.

4 - Em 2012, a B...., SGPS, S.A. distribuiu dividendos, provenientes do resultado líquido do período e de reservas livres e resultados acumulados no montante total de €942.041,82, correspondendo a €0,03 por ação.

5 - Em 7 de Fevereiro de 2013, a B...., SGPS, S.A., anunciou a aprovação, pelo Conselho de Administração, da intenção de propor à Assembleia Geral a distribuição de um dividendo de €0,10 por ação, no total de €3.140.139,40.

6 - Na Assembleia Geral da B...., SGPS, S.A., de 25 de setembro de 2013, foi deliberada distribuição de resultados e reservas acumuladas correspondentes a €0,50 por ação.

### **C) REESTRUTURAÇÃO:**

**Conforme os documentos recolhidos e depoimentos de testemunhas, concluiu-se o seguinte:**

1- Em maio de 2000, por ocasião da entrada em bolsa da sociedade B...SGPS, SA (via IPO), um grupo de acionistas desta sociedade, subscreveu um Acordo Parassocial referente a esta sociedade, com 22 acionistas subscritores, no âmbito do qual assumiram, entre outros, o compromisso de manutenção de uma determinada percentagem no capital social e nos direitos de voto daquela sociedade, para assegurar a estabilidade da empresa e uma posição de controlo.

2- Na sequência de uma embrionária tentativa de OPA que não se revelou viável, a constituição da sociedade A...SGPS, SA (Requerente), em 21 de maio de 2013, representou uma segunda alternativa (à OPA) que visou como objetivos estratégicos:

a) Concentrar numa sociedade holding um lote significativo de ações da B..., SGPS, S.A., como meio de reforço da posição de quatro acionistas de referência, até perfazer 33,4% (um terço), como forma de assegurar o controlo indireto daquela sociedade [B...] a esses quatro acionistas [da Requerente], sem que, para o efeito, tivessem de lançar uma OPA.

b) estabilizar a manutenção da posição acionista de controlo da B..., SGPS, S.A., tornando-a menos volátil a vicissitudes pessoais, como saídas e divórcios.

c) Facilitar a compra das ações resultante dessas vicissitudes, pela via institucional (através de um veículo societário), e o respetivo recurso a financiamento bancário, cuja obtenção era mais vantajosa no caso de ser uma sociedade que juntava as quatro participações e que exercia uma “posição dominante” sobre a B..., SGPS, S.A.

d) Servir de instrumento para outros investimentos futuros.

3- **Em 22 de maio de 2013**, a Requerente adquiriu aos seus acionistas 7.543.660 ações da B..., SGPS, S.A., a preços similares ao das cotações dos títulos em bolsa, correspondentes a uma participação de 24,02%, conforme referido na alínea a) ponto 2.

4- **No exercício de 2013**, a Requerente recebeu da B... SGPS, S.A, cerca de €4.760.815,00 relativos a lucros distribuídos (dividendos, distribuição de reservas e resultados acumulados), com uma retenção na fonte de €1.190.203,75, resultando um valor líquido de €3.570.611,25.

O imposto retido foi reembolsado à Requerente em 1 setembro de 2014, por via da autoliquidação da Mod.22 entregue em 30.05.2014,

5- No exercício de 2013, a Requerente pagou aos seus acionistas €3.510.354,02, por conta da dívida resultante da aquisição àqueles de ações da B... SGPS, S.A, em 31 de dezembro de 2013 estavam pagos e permaneciam em dívida os valores do quadro seguinte, discriminados por acionista:

**Quadro 4.3** -Valores pagos e devidos pela A...SGPS, SA aos seus acionistas a 31-12-2013

<b>Acionista</b>	<b>Valor pago</b>	<b>Valor em dívida</b>
C...	1.166.961,20	6.386.186,80
D...	970.193,96	5.309.379,04
E...	556.200,00	3.043.800,00
F...	816.998,86	4.471.020,14
<b>Total</b>	<b>3.510.354,02</b>	<b>19.210.385,98</b>

**D) Ação inspetiva da Autoridade Tributária:**

1- A Autoridade Tributária e Aduaneira procedeu a uma inspeção externa, de âmbito parcial, com início a 27 de outubro de 2017, com referência ao exercício de 2013, visando analisar operações e movimentos financeiros realizados entre os acionistas e a sociedade A...SGPS, SA.

2- No decurso daquela ação de inspeção foi projetada a aplicação da cláusula geral anti abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2, da LGT, considerando, os serviços de inspeção tributária que, «(...) a constituição da sociedade A...SGPS, SA. para estacionamento por parte dos seus acionistas das ações da B... SGPS que detinham diretamente, foram essencial ou principalmente dirigidos por meios artificiosos e com abuso das formas jurídicas, à redução de impostos que seriam devidos sem a utilização desses meios».

3- Em consequência, os serviços de inspeção tributária procederam à desconsideração e posterior requalificação como dividendos, para efeitos fiscais, dos montantes pagos a título de preço da aquisição das ações, quantificando a vantagem fiscal indevidamente obtida no montante total de €982.899,13, a que acrescem juros compensatórios de €175.630,66.

4- Nesta sequência, através de ofício de 09-03-2018, a Requerente foi notificada, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 63.º, n.º 4 e 5, do CPPT, para exercer o direito de audição prévia, quanto ao projeto de decisão de aplicação da cláusula geral anti abuso, tendo este sido exercido no prazo legalmente previsto.

5- Em 23-04-2018, a Requerente foi notificada do relatório final de inspeção tributária, e posteriormente, notificada da demonstração de liquidações de retenção na fonte de IR e inerentes juros compensatórios, datadas de 30-04-2018, **no montante total de € 1.158.529,79**, que consubstanciam tais correções, sendo a importância de € 982.899,13 relativa a imposto e € 175.630,66 referente a juros compensatórios, com data limite de pagamento em 07-06-2018.

6- Posteriormente foi a Requerente citada para o processo de execução fiscal n.º ...2018... instaurado para cobrança coerciva dos atos tributários objeto de pronúncia arbitral, tendo sido apresentada uma garantia bancária para suspensão do processo execução fiscal.

7- Em 5 de setembro de 2018, a Requerente requereu a constituição de Tribunal Arbitral ao abrigo do artigo 10.º, n.ºs 1, alínea a), e 2.º do RJAT visando a anulação da liquidação de IRS (retenção na fonte) no montante de €982.899,13 e das correspondentes demonstrações de liquidação de juros compensatórios no montante de € 175.630,66 e, bem assim, a condenação da Administração Tributária em indemnização pela prestação de garantia indevida.

### **Argumentos Invocados pelas partes e decisão do CAAD:**

#### **1-Inexistência da obrigação tributária da sociedade A...SGPS, SA (requerente):**

##### **A) Argumentos da Requerente:**

- A requerente invoca que, não pode a CGAA criar obrigações acessórias para os contribuintes, como seja, a obrigação de retenção na fonte do imposto devido por outro contribuinte, pelo que, deveria a AT ter liquidado, no âmbito do procedimento de aplicação da CGAA, os próprios beneficiários, nomeadamente os acionistas da A...SGPC, SA, é a eles que é devido imposto.

##### **B) Argumentos da AT:**

- A AT contrapõe, foi desencadeado um correto procedimento nos termos do CPPT e que do art.º 38.º n.º 2 da LGT, decorre uma exigência de tributar o substituto tributário (a Requerente), uma vez que essa seria a forma de liquidar de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência, não tendo existido o negócio jurídico desconsiderado.

##### **C) Decisão do CAAD:**

- A tributação de dividendos é efetuada com base na norma de incidência prevista, na alínea h) do n.º 2 do art.º 5.º do CIRS, através da aplicação da retenção na fonte à taxa liberatória prevista no art.º 71.º n.º 1 alínea c) do CIRS, com natureza de pagamento liberatório, sem prejuízo da opção pelo englobamento, nos termos do art.º 71.º n.º 1 e art.º 22.º n.º 3 alínea b) todos do CIRS, a qual deve ser efetuada pela entidade devedora dos rendimentos, conforme dispõe o art.º 101 n.º 2 alínea a) do CIRS.

- No caso em análise, a aplicação do art.º 38.º n.º 2 da LGT, permite à AT desconsiderar certos negócios jurídicos efetuados por A...SGPS, SA, verificadas as suas condições, e tributar a realidade económica subjacente de acordo com as normas aplicáveis à distribuição de dividendos.

- Cabe à Requerente a assunção do papel de substituto tributário nos termos das indicadas disposições fiscais relativas à tributação em IRS dos dividendos, constituindo, como tal, a destinatária da liquidação decorrente da desconsideração, para efeitos fiscais, dos atos e negócios jurídicos abusivos, porquanto foi ela que surgiu como entidade devedora e que colocou à disposição os valores em causa.

- Nestes termos, por força do disposto no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, dado que está em causa como regime a tributação de dividendos por retenção na fonte com natureza definitiva e liberatória (artigos 5.º, n.º 2, al. h) e 71.º, n.º 1, al. c) do CIRS), entende-se que as correções a que haja lugar nos termos da cláusula anti abuso e a correspondente liquidação de imposto, cabe a obrigação, ao substituto tributário (a Requerente).

- Caso a AT dirigisse a liquidação contra os acionistas, como refere a Requerente, estes poderiam invocar a ilegalidade desta liquidação, invocando que não foi respeitada o disposto no n.º 2 do art.º 38.º da LGT, o qual exige a tributação na fonte a título definitivo, quando os contribuintes não optem pelo englobamento dos rendimentos em causa.

- Face ao exposto, entende o tribunal arbitral, julgar conforme ao disposto no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, que a liquidação de IRS (retenção na fonte) tenha sido concretizada em relação à Requerente, dado que é esta que surge como substituto tributário.

## **2- Dos negócios jurídicos abusivos e da aplicação da CGAA a esses negócios:**

### **A) Argumentos da Requerente:**

- Segundo a Requerente, esta segmentação dos negócios a desconsiderar através da aplicação da CGAA aos negócios jurídicos por si realizados, a sua Constituição e a compra das participações sociais de B...SGPS, SA, não cumpre o requisito do elemento meio, uma vez a existir qualquer desconsideração, teria que incidir sobre todos os atos e negócios jurídicos que integram essa estrutura.

- A AT não demonstrou a factualidade necessária ao preenchimento dos pressupostos de aplicação da CGAA, bem como, ignorou as restantes motivações que levaram à constituição e manutenção da Requerente.

- A Requerente, refere que, entre essas outras motivações estão:

1) viabilizar a compra de mais participações da B... SGPS, S.A. e reforçar a capacidade de negociação relativamente aos acionistas individuais;

2) evitar a exposição à instabilidade dos Acordos Parassociais;

3) ficar desde logo munido por uma sociedade que sempre seria necessária para o lançamento de uma OPA à B...., SGPS, S.A;

4) potenciar as possibilidades de investimento noutras empresas tecnológicas, não concorrentes da B... SGPS, S.A.

### **B) Argumentos da AT:**

- A estrutura montada pelo sujeito passivo é abusiva e preenche a previsão do art.º 38.º n.º 2 da LGT.

- A Requerente não conseguiu, nas ações inspetivas ou durante a litigância processual, demonstrar a racionalidade económica subjacente aos negócios em análise, sendo manifesto que, os atos e negócios jurídicos realizados pelos sujeitos passivos não são típicos nem normais na gestão de sociedades efetuada com base na simples racionalidade económica financeira.

- Só é possível compreender esta sucessão de atos e negócios jurídicos no contexto da procura de um determinado resultado fiscal, nomeadamente, a não tributação da distribuição de lucros.

- As condições do negócio, bem como todos os atos praticados previamente, inserem-se na lógica do esquema desenhado pelos acionistas da A... SGPS / B... SGPS, e tiveram como objetivo a transformação do pagamento de dividendos no pagamento do preço acordado e consequente redução do crédito registado contabilisticamente.

### **C) Decisão do CAAD:**

- A questão jurídica central do caso em análise é, por isso a aplicação ou não da CGAA aos negócios efetuados pelo sujeito passivo. Feito este enquadramento, e conforme a jurisprudência representado pelo acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15-02-2011, processo n.º 04255/10, importa apreciar agora, em termos específicos, os indicados elementos “resultado”, “intelectual”, “meio” e “normativo” de aplicação da cláusula anti abuso,

### **Elemento resultado:**

O resultado reporta-se à vantagem obtida pelo contribuinte, ou seja, à consequência que advém dos negócios jurídicos praticados.

De acordo com o CAAD, no caso em análise, a constituição da sociedade A...SGPS, SA, por um grupo de acionistas da B...SGPS, SA, juntamente com a compra de ações, que eles detinham nesta última sociedade, por parte da A...SGPS, SA, revelou-se um ganho fiscal, em termos de IRS, sem pagamento do preço.

Através desta estrutura os acionistas puderam, por via de dividendos, receber a título de pagamento do preço das ações os montantes que, em caso de distribuição da B...SGPS, S.A, diretamente para as suas esferas pessoais, estariam sujeitos a retenção na fonte.

Para aplicação da CGAA é relevante o negócio de que resulte a eliminação, redução ou diferimento de impostos, ora este requisito encontra-se preenchido. (*sublinhado nosso*)

### **Elemento intelectual:**

Os árbitros do CAAD entendem que:

O ato ou negócio é reprovável porque a vantagem fiscal influencia e determina plenamente a atuação do contribuinte no que toca às formas escolhidas, motivando a sua atuação com vista a alcançar o resultado fiscal pretendido.

Verifica-se quando os atos ou negócios em questão tenham, pois, sido “*essencial ou principalmente dirigidos*” à obtenção de uma vantagem fiscal, sendo esta relevante para efeitos de aplicação da norma.

As motivações invocadas pela requerente para a aquisições das ações da B...SGPS, SA, não são por si indiciadores de abuso.

No caso em concreto, o que está em causa é, pois, a não genuinidade da forma como essa SGPS foi constituída, contaminando toda a estrutura montada pela Requerente.

A execução do contrato de compra e venda é assim feita de forma algo suspeita uma vez que lhe subjaz uma realidade económica semelhante ao pagamento dos dividendos e não do preço das ações e isto, no entender da maioria deste tribunal demonstra que há uma motivação “*essencial ou principalmente dirigida*” à poupança fiscal.

No ano de 2013, a montagem do sujeito passivo permite que sejam “*distribuídos aos acionistas da A... SGPS, € 3.510.354,02 de um total de € 3.570.611,25, relativos a lucros, líquidos de imposto, recebidos da B... SGPS*”.

O incumprimento das condições iniciais estabelecidas no contrato é o ponto nevrálgico, uma vez que esse não cumprimento, foi feito de forma tal que, era pago o preço das ações da A..., SGPS na (quase) exata medida em que eram recebidos por esta os lucros distribuídos na B..., SGPS, S.A. pelo que, não se pode assim deixar de concluir pelo preenchimento do elemento intelectual.

A execução do contrato denuncia o comportamento fiscalmente motivado no que respeita à venda das ações, no caso em concreto, esta falta de cumprimento das condições estabelecidas no contrato, demonstra que, no caso deste negócio, a finalidade económica ficou em segundo plano, deixando sobre elevar a vantagem fiscal, preenchendo o elemento intelectual. (sublinhado nosso)

### **Elemento normativo:**

Este elemento não está expressamente na lei, mas decorre dela, de forma implícita, pelo que, a exclusão da aplicação da CGAA, do conjunto de casos que comportam atos ou negócios jurídicos que, não obstante serem levados a cabo por motivos predominantemente fiscais, não ofendem a norma, o código ou os princípios do ordenamento jurídico-fiscal.

No caso em concreto, tem que se ter em conta os princípios motivadores do IRS, que são a igualdade e a capacidade contributiva.

Podemos dizer que a alteração da estrutura fiscal destes acionistas individuais para uma estrutura de detenção interposta por uma SGPS traz consequências que permitam repensar a sua capacidade contributiva.

Igualmente, a distribuição de dividendos aos acionistas, pela B..., SGPS, S.A. é, em alguma medida, distinta ao nível dos princípios da distribuição encapotada feita pela A..., SGPS, SA aos novos acionistas.

Ora, entendem os árbitros que, manifestando-se da mesma forma, a capacidade contributiva na esfera destes acionistas, está preenchido o elemento normativo dado que, nada no ordenamento jurídico-fiscal permite sustentar que esta realidade não deve ser tributada.

### **Elemento meio:**

Este elemento consiste, assim, na via que é utilizada para alcançar a vantagem ou ganho fiscal. Note-se que os atos ou negócios em causa podem surgir de modo isolado ou integrados numa sequência lógica de atos que se dirigem à obtenção de uma vantagem fiscal.

Foi precisamente da artificialidade dos atos praticados, da sua não genuinidade, que derivou a indiscutível vantagem de não haver tributação dos dividendos.

A artificialidade exigida pela lei verifica-se não quanto à constituição da SGPS, mas relativamente ao negócio jurídico de compra e venda de ações dos acionistas da B..., SGPS, S.A, a execução deste negócio foi pensada e realizada de forma artificiosa, permitindo uma poupança fiscal que de outro modo não alcançaria.

Ora, entendem os árbitros do CAAD que, não há substrato económico que justifique tal execução contratual – da constituição da SGPS ser feita através da compra e venda de ações e não a da constituição da SGPS, tornando-se fraudulenta e ilegítima a vantagem fiscal assegurada com este negócio de compra e venda de ações mesmo e principalmente à luz do teste do princípio da igualdade na vertente da capacidade contributiva.

Reforçam a ideia, os Juízes que, a mera constituição da Requerente não é suficiente para aplicar a CGAA, porquanto integra a liberdade económica de cada contribuinte decidir acerca da melhor gestão do seu património, nomeadamente das suas participações sociais.

Consideram os Juízes que, onde se encontra fundamento para aplicação da CGAA é no facto de o contrato de compra e venda das ações da B..., SGPS, S.A. ser uma configuração jurídica anómala – refira-se a falta de substrato económico na execução do contrato –, concluindo-se que se está perante uma construção fictícia, que não visa o verdadeiro e efetivo exercício de uma atividade económica, apresentando o carácter de expediente artificial.

Reforce-se que o preço estipulado nunca foi pago na totalidade aos acionistas. Este é o ponto central que denuncia a falta de uma realidade económica subjacente e a preponderância da motivação fiscal. (*sublinhado nosso*).

**Face ao exposto, e como estão reunidos cumulativamente, todos os quatro pressupostos, concluem os Juízes que:**

**Por estarem preenchidos todos os elementos referidos no artigo 38.º, n.º 2 da LGT, e tendo sido o cumprido o procedimento plasmado no artigo 63.º do CPPT, conclui-se correta a liquidação feita nos termos da norma anti abuso.**

#### **1.1.1– Apreciação crítica da decisão do CAAD:**

##### **A) Da aplicação da CGAA por parte da AT:**

No âmbito deste processo, o que estava em causa, era a aplicação, por parte da AT, da cláusula geral anti abuso, prevista no nº 2 do art.º 38.º da LGT, aos atos praticados pela sociedade A...SGPS, SA (Requerente), nomeadamente, à aquisição que efetuou aos seus sócios, de ações de outra sociedade.

A AT, no procedimento inspetivo que efetuou, à sociedade A...SGPS, SA, ao exercício de 2013, considerou que, o contrato que esta celebrou com os seus sócios, de compra e venda de ações referentes à sociedade B...SGPS, SA, correspondia a uma estrutura montada pelo sujeito passivo, não apresentava qualquer racionalidade económica, era abusiva e preenchia a previsão no nº 2 do art.º 38.º da LGT.

Importa referir ainda que, de acordo com a matéria de facto provada, o capital da Requerente é detido praticamente na sua totalidade, pelos quatro sócios da sociedade, que celebraram o contrato de venda de ações da B...SGPS, SA com a Requerente.

O facto destes quatro sócios de B...SGPS, SA, passarem gradualmente as suas ações para a Requerente, constituída nesse ano (2013) e controlada totalmente por eles, faz com que, em termos práticos, esses sócios continuem a controlar as suas participações na B...SGPS, SA, de forma indireta, através da Requerente.

Acresce que este facto, trouxe-lhes vantagens fiscais, nomeadamente em termos de distribuição de dividendos.

Ora, a AT face à conjugação de todos estes factos, aplicou a cláusula geral anti abuso, cumprindo o procedimento disposto no art.º 63 do CPPT, desconsiderou os montantes pagos aos sócios, a título de preço de aquisição de ações, por parte da Requerente, considerando sim, que o pagamento dessas ações aos seus sócios, consubstanciava uma

distribuição encapotada de dividendos, pelo que, tributou esses montantes a uma retenção na fonte a título definitivo.

#### **B) Da decisão do CAAD:**

A Requerente não concorda com os pressupostos que levaram à aplicação da CGAA, prevista no n.º 2 do art.º 38.º da LGT, e considera que, mesmo podendo estar hipoteticamente reunidos aqueles pressupostos, neste caso, não deveria ser ela a ser tributada, mas sim os seus sócios na sua esfera individual.

Ora, dada as duas questões levantadas pela Requerente, os Juízes do CAAD, chamados a pronunciarem-se, dividem o seu acórdão em duas partes, de acordo com os argumentos apresentados pela Requerente, em cada uma das questões formuladas.

A primeira questão em que, os Juízes se pronunciam, é sobre a **inexistência da obrigação tributária da Requerente**, não tendo sido aceites os argumentos apresentados, devido aos seguintes factos:

- A aplicação da CGAA a este caso em concreto, de acordo com o disposto no n.º 2 do art.º 38.º da LGT, promove a requalificação como distribuição de dividendos, dos montantes pagos pela Requerente aos seus sócios, a título de preço de aquisições de ações, ou seja, é a distribuição de dividendos que deve ser tributada efetivamente.
- Ora, a tributação de dividendos está sujeita a imposto, nos termos da alínea h) do n.º 2 do art.º 5.º do CIRS, através da aplicação do mecanismo de retenção na fonte, a qual deve ser efetuada pela entidade devedora dos rendimentos, conforme dispõe o art.º 101 n.º 2 alínea a) do CIRS.
- Esta retenção na fonte, é efetuada à taxa liberatória prevista no art.º 71.º n.º 1 alínea c) do CIRS, com natureza de pagamento liberatório, sem prejuízo da opção pelo englobamento, nos termos do art.º 71.º n.º 1 e art.º 22.º n.º 3 alínea b) todos do CIRS.
- No caso em concreto, a entidade devedora dos rendimentos, é a Requerente, pois foi esta que efetuou os pagamentos aos sócios, a título de preço de aquisição de ações, que foi requalificado em distribuição de dividendos, pelo que, será esta o substituto tributário dos sócios, no pagamento do imposto devido, cabendo à Requerente a responsabilidade pelo pagamento do imposto não retido, nos termos do n.º 3 do art.º 104.º CIRS e n.º 3 do art.º 28.º da LGT.

- Acresce que, caso a AT efetuasse a liquidação aos sócios, beneficiários dos montantes, estes poderiam alegar a ilegalidade da liquidação, invocando que não foi respeitado o n.º 2 do art.º 38.º da LGT, a qual exige a tributação por retenção na fonte a título definitivo a taxas liberatórias.

A outra situação que importava ao CAAD analisar, é a questão principal deste caso, se estavam reunidos os pressupostos para a aplicação da CGAA, por parte da AT, pelo que, foram analisados os quatro elementos essenciais, têm que ocorrer cumulativamente.

**Elemento resultado:**

Importa analisar se, o contribuinte pretende, pois, enquanto resultado, contornar a lei fiscal e praticar certo ato ou negócio com vista a obter uma vantagem fiscal.

A vantagem obtida pelos acionistas, com os atos negócios jurídicos praticados, é clara, não oferece dúvidas, senão vejamos:

- Com a constituição da Requerente, por um grupo de acionistas da B...SGPS, SA, juntamente com a compra de ações, que eles detinham nesta última sociedade, por parte da Requerente, permitiu a esses sócios, receber os dividendos relativo a essas ações, a título de pagamento do preço de venda delas, evitando a tributação nas suas esferas pessoais, afastando assim a retenção na fonte, a que estariam sujeitos.

Face ao exposto, estes negócios jurídicos, levaram à redução ou eliminação de imposto, pelo que, o requisito resultado encontra-se preenchido.

**Elemento Intelectual:**

Neste caso importa verificar se, o ato de constituir a Requerente e imediatamente celebrar o negócio de um contrato entre ela e os seus sócios, de compra e venda, das ações que estes detinham na sociedade B...SGPS, SA, foram essencialmente ou principalmente dirigidos para a obtenção de uma vantagem fiscal.

Ora, de acordo com os factos apurados, no exercício em análise (2013), a Requerente pagou aos seus acionistas € 3.510.354,02, por conta da dívida resultante da aquisição àqueles de ações da B... SGPS, S.A, e recebeu de dividendos desta última o valor de € 3.570.611,25.

O incumprimento das condições iniciais estabelecidas no contrato, foi feito de tal forma que, era pago o preço das ações, por parte da Requerente, na (quase) exata medida em que eram recebidos por esta os lucros distribuídos na B....., SGPS, SA.

Face ao exposto, o incumprimento do referido contrato, da maneira acima explanada, demonstra que houve uma finalidade em ter uma vantagem fiscal, passando para segundo plano a finalidade económica, pelo que, parece estar o preenchido o elemento intelectual.

**Elemento Normativo:**

Este elemento encontra-se preenchido, quando os atos e negócios praticados, produzem um resultado fiscal que é contrário ao ordenamento jurídico tributário.

Ora, no caso em concreto, o CAAD, coloca a questão ao nível do cumprimento dos princípios do IRS, o da capacidade contributiva e da igualdade.

Os acionistas da B...SGPS, SA, que constituíram a Requerente, e através desta, de forma encapotada recebem dividendos, não são tributados por isso, ao contrário dos outros acionistas de B...SGPS, SA que são tributados pelos mesmos rendimentos obtidos, através de retenção na fonte a título definitivo ou englobando esses rendimentos.

Esta situação, põe em causa os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, não permitindo o facto, de serem passíveis de tributação, aquelas pessoas que têm maior riqueza, ou seja, maiores rendimentos, pelo que, o elemento normativo encontra-se preenchido.

**Elemento meio:**

Este elemento consiste na via, o caminho que é utilizado para alcançar o ganho ou a vantagem fiscal.

No caso em concreto, foi precisamente da artificialidade dos atos praticados, ou seja, da sua não genuinidade, que originou a vantagem de não haver tributação dos dividendos, sendo que, o que é posto em causa é o negócio da compra e venda de ações dos acionistas de B...SGPS, SA à Requerente.

A execução de tal negócio, foi pensada e realizada de forma artificiosa, permitindo uma poupança fiscal, que de outro modo não seria possível, não visa o verdadeiro e efetivo exercício de uma atividade económica, sendo um expediente artificial, exemplo disso, é o facto do preço estipulado, nunca ter sido pago na sua totalidade aos acionistas.

Acresce que, a sociedade A..., SGPS, SA pagava o preço das ações adquiridas aos seus acionistas, na medida em que, recebia os dividendos distribuídos da sociedade B..., SGPS, SA, demonstrando o caminho artificioso dos atos praticados, o contrato de compra e venda das referidas ações, não era respeitado.

**Elemento sancionatório:**

Ora estando preenchido o elemento meio, verifica-se o cumprimento dos quatro elementos, de forma cumulativa, pelo que, pode ser aplicado o elemento sancionatório, ou seja, desconsiderar o negócio artificial, nomeadamente, a compra e vendas das ações, da Sociedade B..., SGPS SA, entre a Requerente e os acionistas e tributar conforme uma distribuição de dividendos, o valor pago pela Requerente aos seus acionistas.

**2 - Aplicação da norma sobre pagamentos a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado:**

**2.1 - Processo n.º 380/2018 – T do CAAD, decisão de 17-06-2019:**

**Assunto:** Pagamentos a entidades sujeitas a um regime fiscal mais favorável, aplicação do art.º 65.º do CIRC (em vigor em 2013, entretanto revogado e substituído pela alínea r) do n.º 1 do art.º 23.º A): Retenções na fonte; Vícios de forma.

**Requerente:** A Sociedade A...SA, sediada em Território Nacional

**Recorrida:** Autoridade Tributária (AT)

**Matéria de facto:**

**A) Da Requerente:**

1 - A Requerente iniciou a sua atividade em 01-03-1983 e prossegue, a título principal, a atividade de “Promoção imobiliária (desenvolvimento projetos edifícios), a que corresponde o CAE 41100.

2 - A atividade da Requerente ressentiu-se fortemente, nos anos de 2012 a 2015, período de assistência financeira externa, quer pela dificuldade de aceder ao crédito bancário e de honrar os seus compromissos perante a banca, quer pela dificuldade na venda de imóveis que integravam os empreendimentos por si promovidos. Em 2013, a procura interna de

imóveis era praticamente inexistente e assistiu-se a um período de acentuada quebra de vendas no mercado habitacional.

3 - Em 31-12-2012, a Requerente tinha para com o D..., uma dívida de juros vencidos que ascendia a €2.993.000,00 e cuja liquidação deveria ocorrer durante o ano de 2013.

4 - Em 31-12-2012, os inventários da Requerente totalizavam €5.000.000,00, destacando-se 124 frações já acabadas e prontas para venda em Lisboa.

5 - A Requerente teve conhecimento do regime dos *Vistos Gold*, criado pela Lei n.º 23/2007, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto.

6 - A angariação de clientes no mercado chinês e do Médio Oriente implicava o domínio da língua, cultura e conhecimento do mercado de origem dos potenciais clientes dos *Vistos Gold*, a Requerente e os seus representantes legais não tinham conhecimentos da língua, cultura e do mercado chinês e do Médio Oriente.

7 - A Requerente celebrou um contrato com a B..., sociedade residente no Dubai, Emiratos Árabes Unidos, com vista à angariação de clientes provenientes de países terceiros, nomeadamente, da Arábia Saudita, Sudão e Iraque.

8 – Conforme a **cláusula primeira do referido contrato**, a B..., obrigava-se a divulgar, publicar e promover o empreendimento nos países do Médio Oriente, bem como, acompanhar a deslocação de cidadãos daqueles países a Portugal para visitar o empreendimento e custear as despesas associadas.

9 - A **cláusula terceira do contrato** refere que, para fazer face aos encargos relacionados com as atividades previstas na cláusula primeira, a B..., terá direito a uma remuneração que será apurada da seguinte forma:

**Quadro 4.4** – Valores das remunerações a pagar à entidade B...

Tipo Frações	Montante (€)
3 assoalhadas	40.000,00
4 assoalhadas	50.000,00
5 assoalhadas	60.000,00
6 assoalhadas	70.000,00
7 assoalhadas	80.000,00
8 assoalhadas	90.000,00

10 – A **cláusula quinta do contrato** refere que, todos os custos e encargos de publicidade e ações de divulgação, bem como as despesas de organização, manutenção e remuneração da sua equipa e as decorrentes da deslocação dos clientes, desde o país de origem até ao empreendimento, são da responsabilidade de B..., sendo estas despesas ressarcidas pelas remunerações previstas na cláusula terceta.

11 - As comissões à B.... só eram pagas se o imóvel fosse vendido ao cliente, por aquela angariado, o pagamento da comissão não remunerava os meios utilizados na angariação, mas antes os resultados alcançados.

12 - A Requerente celebrou, em 2013, os contratos de compra e venda das seguintes frações do Lote 46:

**Quadro 4.5 – Imóveis vendidos pela Requerente em 2013**

Imóvel	Preço Venda (€)	Adquirente	Comissões pagas a B...			
			Data Faturas emitidas	Montante (€)	Iva Liquidado (€)	Valor contabilizado (€)
Fração P	520.000,00	Sr. E	26-09-2013	50.000,00	11.500,00	61.500,00
Fração J	515.200,00	Sr. F	31-10-2013	50.000,00	11.500,00	61.500,00
Fração S	520.000,00	Sr. G	26-09-2013	50.000,00	11.500,00	61.500,00
Fração R	525.200,00	Sr. H	26-09-2013	50.000,00	11.500,00	61.500,00
<b>Total</b>				<b>200.000,00</b>	<b>46.000,00</b>	<b>246.000,00</b>

13 - As comissões pagas pela Requerente à B..., com sede no Dubai, Emiratos Árabes Unidos, foram reconhecidas contabilisticamente na conta 62252 – *Comissões Serviço Vendas*.

14 - As referidas frações apenas foram vendidas pela intervenção da B..., que apresentou os adquirentes à Requerente e aos imóveis por esta vendidos, e mediou a respetiva aquisição, as faturas emitidas por B..., identificam os clientes.

15 - Os serviços de angariação da B..., implicavam a divulgação junto de potenciais clientes, visitas às frações, o que implicava deslocações a Portugal e a consequente aquisição de bilhetes de avião, despesas de alojamento em hotéis, refeições, custos de deslocação dentro de Portugal, acompanhamento dos clientes com tradutores, o que implicou custos a cargo da B....

16 - Em 2013, o volume de negócios da Requerente registou um aumento, face ao ano anterior de cerca de 155%, resultante da alienação de 54 imóveis que integram o projeto imobiliário da Urbanização ..., Lisboa.

17 - Cerca de 75% das vendas efetuadas pela Requerente, em 2013, destinaram-se a cidadãos residentes em países terceiros, nomeadamente, China e Emiratos Árabes Unidos, os quais beneficiaram do regime dos *Vistos Gold*.

18 - No exercício de 2013, os gastos respeitantes a comissões, contabilizados na conta 6225, ascenderam a €2.664.212,55 e resultaram de faturas emitidas às seguintes entidades:

**Quadro 4.6** – Discriminação dos valores de comissões pagas em 2013 pela Requerente

Entidade	Sede	Valor líquido	IVA	Valor contabilizado na conta 6225
I....	Portugal	1.952.901,46	449.167,34	2.402.068,80
B....	Emirados árabes Unidos	200.000,00	46.000,00	246.000,00
C....	China	13.125,00	3.018,75	16.143,75
<b>Total</b>		<b>2.166.026,46</b>	<b>498.186,09</b>	<b>2.664.212,55</b>

19 - O preço dos serviços de angariação prestados pela B..., não foram superiores a 10% do preço de venda, excedendo os valores que são praticados pelas empresas de mediação imobiliária estabelecidas em Portugal, cujas comissões não excedem, em regra, os 5% sobre o valor de venda.

20 - A Requerente efetuou os pagamentos relativos ao contrato de prestação de serviços celebrado com a B..., para as contas que foram indicadas pelo representante daquela, J.....

21 - A B..., não dispõe de estabelecimento estável em Portugal, a Requerente apresentou o formulário modelo 21 RFI, visado pelas autoridades fiscais dos Emiratos Árabes Unidos, no qual é expressamente indicado que o beneficiário efetivo das transferências é a B.....

#### **B) Ação Inpetiva efetuada pela AT:**

1 - A Requerente foi objeto de um procedimento de inspeção externa, ao exercício de 2013, no qual foi notificada nos termos do n.º 4 do art.º 65.º do CIRC (redação de 2013, entretanto revogado e substituído desde de 2014 pelo n.º 8 do art.º 23.º A), para provar que os gastos suportados com as comissões pagas a B..., correspondem a operações efetivamente realizadas e não têm um caráter anormal ou um montante exagerado.

2 – Como resposta à referida notificação, veio a Requerente a apresentar:

- Faturas emitidas pela B....;
- Contrato de prestação de serviços celebrado com a B....;

- Comprovativos dos meios de pagamento utilizados na transação, nomeadamente, fotocópia da transferência bancária a favor da B..., no valor de €50.000,00, três transferências bancárias no montante de €25.000,00 cada, a favor de J..., representante da B..., e um cheque emitido pela Requerente no valor de €75.000,00, à ordem de J...

3 – A AT não aceitou os elementos / argumentos apresentados pela Requerente, e promoveu correções à matéria tributável de IRC, com referência ao exercício de 2013, desconsiderando o montante de gastos líquidos de IVA, contabilizados na conta 6225 - *Comissões Serviço Vendas* (€200.000,00), relativo às comissões faturadas pela B..., tendo sido aceite o IVA auto faturado (€46.000,00), e tributou autonomamente o montante de € 200.000,00 à taxa de 35%, nos termos do n.º 1 e 8.º do art.º 88.º do CIRC.

4 – A AT, tributou ainda, a título de retenções na fonte, nos termos do n.º 6 do art.º 98.º, os pagamentos efetuados a B..., no montante total de €175.000,00 à taxa de 25%.

5 – Foi igualmente corrigido, por parte da AT, o valor das comissões contabilizadas na conta 6225 - *Comissões Serviço Vendas* (€13.125,00), faturadas pela entidade C..., sediada na China.

6 – Na sequência da notificação do Projeto de Relatório de Inspeção, a Requerente entregou uma declaração de substituição da Modelo 22 do IRC, tendo o procedimento de inspeção sido arquivado.

7 – A Requerente foi notificada do ato de liquidação, em sede de IRC, bem como do ato de liquidação de juros compensatórios, de juros de mora e de retenções na fonte, tendo procedido ao pagamento de IRC no montante de €149.788,14 e de imposto não retido de € 35.500,00.

8 – Por fim a Requerente apresentou junto do respetivo Serviços de Finanças, reclamação graciosa, tendo por objeto os referidos atos de liquidação, tendo sido indeferida.

#### **Argumentos das partes e decisão do CAAD:**

##### **A) Argumentos da Requerente:**

A Requerente, relativamente às correções efetuadas pela inspeção e consequente liquidação, invoca que:

- As liquidações de IRC e de juros compensatórios padecem de vício de forma, por falta de fundamentação, padecendo as segundas, ainda, de preterição de formalidade essencial, por falta de audiência prévia.
- A fundamentação é uma exigência dos atos tributários em geral, sendo uma imposição constitucional (268.º da Constituição da República Portuguesa) e legal (artigo 77.º da LGT).
- Os gastos suportados com as comissões pagas à B.... são dedutíveis para efeitos fiscais, e que não estão sujeitos a tributação autónoma, por corresponderem a operações efetivamente realizadas e não terem um carácter anormal ou um montante exagerado.
- Os rendimentos pagos à B.... estão dispensados de retenção na fonte, nos termos do artigo 7.º, n.º 1 da Convenção entre Portugal e os Emiratos Árabes Unidos para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e do artigo 98.º, n.º 1 do CIRC, a questão coloca-se porquanto os pagamentos que a Requerente afirma pagos à B...., foram efetuados na pessoa de J....
- Os gastos suportados com as comissões pagas à C.... Ltd. são dedutíveis para efeitos fiscais, nos termos do artigo 23.º do CIRC.

#### **B) Argumentos da AT:**

Entende a AT o seguinte:

- Detetou-se a contabilização de montantes de comissões com a venda de imóveis, à entidade B..., reconhecidas contabilisticamente na conta 62252 – *Comissões serviços de vendas*.
- A entidade B..., tem a sua sede nos Emiratos Árabes Unidos, jurisdição constante do n.º 22 da Portaria n.º 292/2011, de 08/11, pelo que, constatando-se que estão a ser pagas importâncias e entidade residente fora do território Português e situada numa jurisdição constante na citada Portaria, ocorre a condição que determina a verificação do pressuposto para a inclusão no conceito de regime fiscal claramente mais favorável.
- Neste caso, de acordo com o art.º 65.º do CIRC, na redação vigente à data dos factos, cabe ao sujeito o passivo o ónus da prova, nomeadamente a quem caberá cumprir cumulativamente com duas condições, caso em que se o fizer, os gastos são aceites fiscalmente, pelo que, importa verificar:

- Se os gastos correspondem a operações efetivamente realizadas e
  - Não têm um carácter anormal ou um montante exagerado.
- Assim conforme o n.º 4 do art.º 65.º do CIRC (em vigor à data dos factos), foi o sujeito passivo notificado para comprovar os requisitos já enunciados, sendo que o sujeito passivo apresentou, faturas emitidas por B..., contrato de prestação de serviços e meios de pagamentos.
- Não basta a existência de contrato, faturas e transferências bancárias, é necessário pois, a evidência de todo um conjunto de realização e ações, atuações ou campanhas concretas de divulgação dos imóveis em causa para a obtenção da respetiva comissão de venda, ou seja, os elementos justificativos complementares à documentação fiscalmente relevante, pelo que, não existe qualquer comprovação da realização material do serviço prestado pela entidade sediada no Dubai.
- Relativamente ao carácter anormal ou de montante exagerado das operações, conforme o acórdão n.º 08126/14 do Tribunal central Administrativo Sul de 19-02-2015, «(...) *no que diz respeito à prova da veracidade da operação não bastará a exibição de documentos escritos, nomeadamente contratos celebrados entre as partes, já que estes se presumem simulados, nem a demonstração do pagamento do preço, pois tal não é posto em causa. O que deve ser objeto de prova é antes a efetiva prestação de serviços, (...) ou seja, o facto comercial que esteve na origem do pagamento do mesmo preço que surge como custo a deduzir em sede de I.R.C (...) Já quanto à prova da inexistência do carácter anormal ou exagerado das despesas(.....) o sujeito passivo deverá demonstrar qual a importância real das vantagens auferidas pelo contrato em causa, tal como fazer prova que os encargos estabelecidos constituem a justa remuneração dessas vantagens, mormente, por comparação com os custos de serviços análogos no mercado.*».
- Em suma, entende a AT que, não foi cumprido o ónus que a lei fiscal impõe, nomeadamente no art.º 65.º CIRC (redação de 2013), para aceitar como dedutíveis fiscalmente, os gastos suportados com as comissões respeitantes às faturas emitidas por B....
- As comissões pagas pela Requerente, respeitante à venda de imóveis em Portugal, são localizadas em território nacional e sujeitas a IRC, nos termos do n.º 6 da alínea c) do n.º 3 do art.º 4.º do CIRC, e como são pagas a entidades não residentes sem estabelecimento

estável, são tributadas à taxa de 25%, nos termos da alínea g) do n.º 1 e n.º 4 do art.º 94.º do referido diploma legal, assumindo carácter de retenção na fonte a título definitivo, conforme previsto na alínea b) do n.º 3 do art.º 94.º do mesmo diploma legal.

- Portugal celebrou convenção para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento com os Emirados Árabes Unidos, a entidade B... apresentou o formulário modelo 21 RFI, visado pelas autoridades fiscais daquele país, que identifica como beneficiário efetivo dos rendimentos a entidade B...

- Tendo sido solicitado os comprovativos dos meios de pagamentos utilizados, verificou-se que, na maioria dos casos, o beneficiário dos pagamentos é J... e não a entidade B..., quem emiti as faturas, pelo que, o respetivo formulário não é aceite como prova para a dispensa de retenção na fonte, mantendo-se a tributação do valor das comissões à taxa de 25% a título definitivo.

### **C) Decisão do CAAD:**

#### **1 – Quanto à dedutibilidade dos gastos suportados com as comissões pagas a B....**

Os árbitros do CAAD em relação a esta questão entendem o seguinte:

- Em causa nesta parte está, portanto, a aplicação dos artigos 65.º do CIRC, na redação da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (vigente em 2013), e 88.º, n.º 8 do mesmo Código.

- Conforme dispõe o n.ºs 1 e 2 do art.º 65.º CIRC (redação de 2013), *«Não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável as importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável, salvo se o sujeito passivo puder provar que tais encargos correspondem a operações efetivamente realizadas e não têm um carácter anormal ou um montante exagerado (.....) Considera-se que uma pessoa singular ou coletiva está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma constar da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças(...).»*

- O n.º 1 do art.º 88.º do CIRC, refere ainda que *«São sujeitas ao regime do n.º 1 ou do n.º 2, consoante os casos, sendo as taxas aplicáveis, respetivamente, 35 % ou 55 %, as despesas correspondentes a importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável(...).»*

- O território dos Emiratos Árabes Unidos estava incluído, em 2013, na «*lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis*», que consta da Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro, que alterou a Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

### **1.1 – Quanto a operações efetivamente realizadas:**

Entendem os árbitros do CAAD que:

- Como resulta da matéria provada e tal como a própria AT reconhece no Relatório de Inspeção, a Requerente teve um aumento exponencial do volume de vendas de 2012 para 2013, proporcionada pelo aumento das vendas de imóveis a cidadãos oriundos da China e dos Emirados Árabes Unidos.

- Por outro lado, a circunstância, não contestada, de que os imóveis em questão foram efetivamente vendidos a cidadãos oriundos do Médio Oriente, sem que se apure ou indície qualquer circunstância que aponte que os mesmos hajam chegado ao contacto da Requerente, e dos seus imóveis, sem que seja por via da intermediação da B...

- Daí que, sob um ponto de vista de normalidade, não deverá haver dúvidas razoáveis de que os serviços que foram faturados pela B..., em conformidade com o contrato celebrado com a Requerente, foram efetivamente prestados.

- Como se escreveu no processo arbitral 198/2017T, em termos transponíveis para os presentes autos «*Aliás, o facto, que não é controvertido, de a Requerente ter vendido grande quantidade de imóveis a cidadãos chineses é uma prova indireta, mas convincente, de que houve uma eficiente atividade de angariação, pois sem esta não se vislumbra como poderiam ter conhecimento de que a Requerente dispunha de imóveis para venda. Por outro lado, o facto de que a remuneração da B... só era paga precisamente se fosse se tivesse como resultado a concretização das vendas, assegura que não houve pagamentos que não tivessem subjacente atividade de angariação.*».

- Os árbitros do CAAD, voltam a realçar o processo arbitral 198/2017 T, quando é referido que «*(...) afigura-se manifestamente injustificado exigir, para prova da efetividade da atividade desenvolvida pela B..., a identificação dos recursos humanos envolvidos, horas aplicadas e taxas horárias por consultor, a evidência de reuniões, "surveys"; saber se quem executou tem experiência profissional, pois, para além de serem informações que normalmente não serão acessíveis a quem contrata a uma empresa estrangeira para*

*serviços de angariação, não haverá grande preocupação do adquirente quando se trata de pagamentos que são efetuados apenas em função dos resultados.».*

- Assim, **é de considerar existir prova suficiente de que os pagamentos em questão correspondem a operações efetivamente realizadas**, de resto, não pode deixar de se notar que relativamente a serviços virtualmente idênticos, prestados pela sociedade L...(sedeada em território nacional), não teve a AT qualquer dúvida no que diz respeito à efetividade das operações. (*Sublinhado nosso*)

## **1.2 – Quanto ao carácter anormal ou montante exagerada das operações:**

- Neste quadro, referem os árbitros do CAAD, cumpre então aferir se as operações em causa não têm um carácter anormal ou se o montante em causa não é exagerado, à luz do entendimento jurisprudencial do acórdão do TCA-Sul de 05-11-2015, proferido no processo 07022/13, segundo o qual *«o sujeito passivo deverá demonstrar qual a importância real das vantagens auferidas pelo contrato em causa, tal como fazer prova que os encargos estabelecidos constituem a justa remuneração dessas vantagens, mormente, por comparação com os custos de serviços análogos no mercado.».*

- No caso em concreto, no ano de 2013 a Requerente vendeu 54 imóveis que integravam o projeto imobiliário da Urbanização ..., Lisboa, sendo que cerca de 75% das vendas efetuadas pela Requerente, em 2013, destinaram-se a cidadãos residentes em países terceiros, nomeadamente, China e Emiratos Árabes Unidos, os quais beneficiaram do regime dos *Vistos Gold*, e sendo ainda que, em tais vendas pagou comissões idênticas ou superiores às que ora estão em causa.

- Acresce ainda que, nos anos que se seguiram à instituição do regime dos *Vistos Gold* e, de resto, em consonância com o que foi a intencionalidade subjacente àquela instituição, as empresas que operavam na área do imobiliário se socorreram dos serviços de empresas especializadas na intermediação entre tais empresas e cidadãos estrangeiros interessados na aquisição de imóveis para reunir os pressupostos para beneficiarem do regime dos *Vistos Gold*.

- Os pagamentos que eram efetuados por esses serviços de empresas especializadas, normalmente eram na ordem de valores representativos de 10% do preço de venda dos imóveis.

- Ora, concluem os árbitros do CAAD, quer tendo em conta o valor, igualmente notório, de cerca de 5% praticado pela mediação imobiliária nacional/tradicional, quer tendo em conta os valores praticados pelas referidas empresas de intermediação que surgiram a operar no mercado dos *Vistos Gold*, que, no caso, se apura atingirem valores de 14%, não se poderá considerar como anormal ou exagerado o valor de 10% praticado pela B.

- Acresce que, esta comissão de 10% cobrada por B..., não pode ser considerada exagerada à luz das circunstâncias e do risco inerentes aos serviços em causa, que implicam, por um lado, a prospeção e o acompanhamento de interessados na aquisição de imóveis, provenientes de geografias e contextos culturais muito distantes, e, por outro, o risco próprio de tais serviços apenas serem remunerados no caso da efetiva concretização do negócio e em função do valor deste.

- Os árbitros do CAAD acrescentam ainda que, será exagerado o pagamento quando se demonstrar que o sujeito passivo podia obter o que o mesmo serviço por quantia inferior, ora a prova produzida é no sentido de que a Requerente não conseguia obter a angariação de clientes com pagamento de comissões inferiores, quer à B..., que não as aceitava, nem a outros prestadores de serviços de angariação, pois nenhum lhe proporcionava clientes que pagassem os preços de venda que a Requerente pretendia para si obter.

- E resulta da prova produzida que, a Requerente pretendia vender o mais rapidamente possível os imóveis, pois estava previsto que o processo de construção e venda dos imóveis estivesse concluído até 2010, cinco anos após o início do processo de construção, e ainda não os tinha conseguido vender até 2013 e 2014, devido à situação de crise económica e financeira que afetava Portugal.

**Daí que se deverão considerar dedutíveis para efeitos fiscais as comissões pagas à B..., e que os correspondentes pagamentos não estão sujeitos a tributação autónoma, por corresponderem a operações efetivamente realizadas e não terem um carácter anormal ou um montante exagerado.**

**2 – Quanto às retenções na fonte a título definitivo a que estiveram sujeitas as comissões pagas a B...:**

Relativamente a esta matéria, considera o CAAD o seguinte:

- Resulta dos factos dados como provados, que a Requerente apresentou o formulário modelo 21 RFI, visado pelas autoridades fiscais dos Emiratos Árabes Unidos, no qual é expressamente indicado que o beneficiário efetivo das transferências é a B....
- Ora, conforme decorre dos factos dados como provados, os pagamentos foram feitos por indicação do referido J..., enquanto representante da sociedade B..., para as contas bancárias por ele identificadas, não podendo assim concluir-se que J... é o beneficiário efetivo dos pagamentos em questão.
- Acresce que, ao contrário do que assume a AT, julga-se ser facto público e notório que nem sempre os pagamentos são feitos diretamente ao credor, sendo legal e admissível que sejam feitos a terceiros, por indicação daquele, conforme, de resto, resulta expressamente do artigo 770.º do Código Civil.
- Por outro lado, o beneficiário efetivo do pagamento, não é necessariamente o do destinatário do pagamento, enquanto pessoa que financeiramente o recebe, visando, antes, abranger o titular do interesse económico que é saldado com o pagamento.

**Sob este ponto de vista, dúvidas não restam que a Requerente saldou dívidas à B..., pelo que será esta a beneficiária efetiva das operações em causa, pelo que, será indevida a retenção na fonte sobre tais pagamentos.**

### **2.1.1 – Apreciação crítica da decisão do CAAD:**

A decisão do CAAD, explanado no ponto anterior, versa matérias relacionados com a aplicação da cláusula específica anti abuso plasmada no antigo art.º 65.º do CIRC (em vigor em 2013), mas revogado pela Lei 2/2014, de 16 janeiro, que aditou o art.º 23.º A, tendo essa mesma regra que constava no art.º 65.º, sido incluída neste artigo aditado, nomeadamente na sua alínea r) do n.º 1 conjugada com o n.º 8.

Ora o que estava em análise neste processo, é precisamente se as importâncias pagas ou devidas pela Requerente a uma entidade residente nos Emiratos Árabes Unidos, e como tal, sujeito aí a um regime fiscal mais favorável, de acordo com o n.º 22 da Portaria n.º 292/2011, de 08/11 (redação de 2013), correspondem a operações efetivamente realizadas e não têm um carácter anormal ou montante exagerado,

Para a produção de prova referida no parágrafo anterior, a AT no âmbito de um procedimento inspetivo, notificou a Requerente, concedendo um prazo não inferior a 30

dias, conforme impunha o n.º 4 do art.º 65.º do CIRC (redação de 2013, atualmente o n.º 8 do art.º 23.º A).

Como resposta à notificação, a Requerente apresentou, cópia das faturas emitidas, cópia do contrato celebrado com B... e respetivos meios de pagamentos, elementos que a AT não considerou, pois segundo ela, não basta a existência de contrato, faturas e transferências bancárias, é necessário pois, a evidência de todo um conjunto de realização e ações, atuações ou campanhas concretas de divulgação dos imóveis em causa para a obtenção da respetiva comissão de venda, e para o efeito é mencionado o entendimento do acórdão n.º 08126/14 do Tribunal central Administrativo Sul de 19-02-2015.

Por outro lado, o CAAD entende que, a AT não teve em consideração determinados factos que ficaram provados no âmbito do processo, que justificam as operações com a entidade B... e que demonstram que estas, não são de carácter anormal e de montante exagerado.

#### **1 - Quanto a operações efetivamente realizadas:**

Neste caso, ficou comprovado na matéria de facto e reconhecido pela própria AT que, de 2012 para 2013, a Requerente teve um aumento exponencial no seu volume de negócios, em consequência do incremento de vendas de imóveis a cidadãos que residiam em países do Médio Oriente.

Face ao exposto, não é possível vislumbrar, como é que a Requerente contactou esses clientes e contratualizou com eles, como divulgou nesses territórios o seu produto, sem que tivesse a intermediação de uma entidade como a B... que se encontra sedeadada no Dubai.

Por outro lado, ficou igualmente provado na matéria de facto que, as comissões da B... só eram pagas precisamente quando fossem concretizadas as vendas, assegurando que não houve pagamentos que não tivessem subjacente atividade de angariação, assim, é de considerar existir prova suficiente de que os pagamentos em questão correspondem a operações efetivamente realizadas.

Daí que, não deverá haver dúvidas razoáveis de que os serviços que foram faturados pela B..., em conformidade com o contrato celebrado com a Requerente, foram efetivamente prestados.

## **2 - Quanto ao carácter anormal ou montante exagerada das operações:**

No que diz respeito à normalidade das operações efetuadas com B..., importava verificar se o serviço de angariação de clientes estrangeiros interessados na aquisição de imóveis em ordem a reunir os pressupostos para beneficiarem do regime dos *Vistos Gold*, à data dos factos tributários, era um serviço habitualmente praticado e utilizado na atividade empresarial a que se dedicava a Requerente.

E relativamente a este aspeto, ficou comprovado que, nos anos que se seguiram à instituição do regime dos *Vistos Gold*, as empresas que operavam na área do imobiliário se socorreram dos serviços de empresas especializadas na intermediação entre tais empresas e cidadãos estrangeiros interessados na aquisição de imóveis, pelo que, no caso em concreto a Requerente ter recorrido aos serviços de intermediação da entidade B..., foi perfeitamente normal, dada as circunstâncias.

Importava ainda verificar se, os pagamentos efetuados a B..., foram adequados ao real valor dos serviços prestados e a relação custo benefício é apropriada, ou seja, se não tinham um montante exagerado.

Em relação a este aspeto, do montante ser exagerado ou não, ficou provado na matéria de facto que, as comissões pagas à entidade B..., eram na ordem de valores representativos de 10% do preço de venda dos imóveis, enquanto na mediação imobiliária nacional/tradicional, era praticada a comissão de 5%.

Porém, esta diferença de percentagens nas comissões, tem justificação, pelos serviços que estavam em causa no caso dos clientes dos *Vistos Gold*, que implicavam, acompanhamento de interessados na aquisição dos imóveis, provenientes de geografias e contextos culturais muito distantes, e, por outro, o risco próprio de tais serviços apenas serem remunerados no caso da efetiva concretização do negócio e em função do valor deste, bem como, a entidade B... ter que suportar o pagamento de viagens, alojamento, alimentação, transportes, intérpretes, etc, para os potenciais clientes.

Acresce que noutros casos de intermediação a operar no mercado dos *Vistos Gold*, chegaram-se a atingir valores de 14%, pelo que, não se poderá considerar como anormal ou exagerado o valor de 10% praticado pela B.

Por outro lado, será exagerado o pagamento quando se demonstrar que o sujeito passivo podia obter o que o mesmo serviço por quantia inferior, pelo que, neste caso, ficou provado

na matéria de facto, que devido à crise económica que assolava o país, a Requerente estava com problemas em angariar clientes nacionais para os seus imóveis e cinco anos após o início da construção, ainda não tinha conseguido vender os referidos imóveis.

Acresce que, está igualmente comprovado na matéria de facto que, a Requerente não conseguia obter a angariação de clientes com pagamento de comissões inferiores, quer à B..., que não as aceitava, nem a outros prestadores de serviços de angariação, pois nenhum lhe proporcionava clientes que pagassem os preços de venda que eram pretendidos.

Face ao exposto, foi entendimento do CAAD, que as operações desenvolvidas com a entidade B..., não eram anormais nem apresentavam um montante exagerado.

### **3 - Aplicação da regra sobre preços de transferência (art.º 63 CIRC):**

#### **3.1 - Processo n.º 511/2018-T do CAAD (decisão de 10 outubro 2019):**

**Assunto:** Preços de transferência – principio da plena concorrência – utilização do critério do Método da Margem Líquida da Operação (MMLO).

**Requerente:** Pessoa coletiva A..., SA, com sede em Território Nacional.

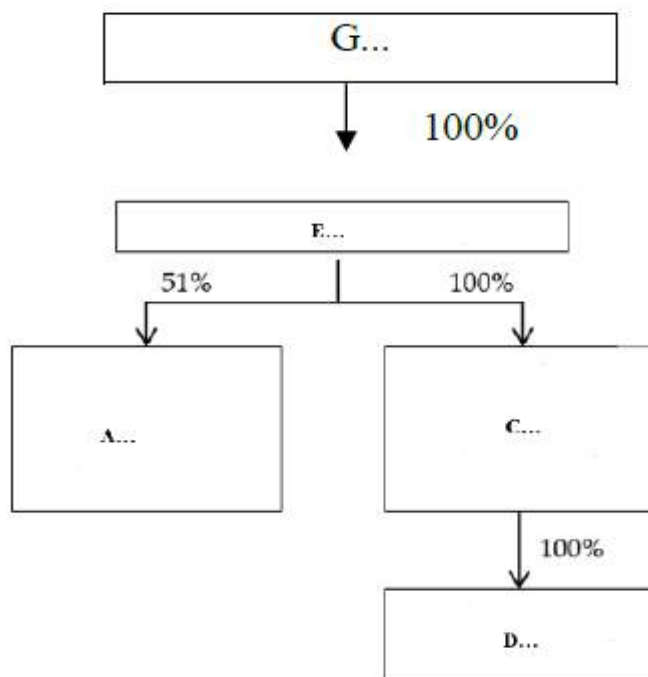
**Requerida:** Autoridade Tributária.

#### **Matéria de facto:**

##### **A) Da Requerente:**

1 - A..., S.A., Requerente, é uma sociedade comercial anónima com sede e direção efetiva em território nacional, constituída em 4 de fevereiro de 2010, encontrando-se, para efeitos de IRC, enquadrada no regime geral de determinação do lucro tributável e tem por objeto social o fabrico, comercialização e distribuição de calçado, marroquinaria e produtos congéneres, incluindo componentes e acessórios e está enquadrada no CAE 15 201.

2- A partir de 2011, a Requerente passou a ser detida maioritariamente (51%) pela sociedade E..., LTD., entidade inserida no Grupo F..., encabeçado pela G..., sociedade com sede na Índia. Nos exercícios de 2013 e 2014, mantinha-se a referida percentagem de participação (51%) da E..., LTD. no capital social (no total de € 1.000.000,00) da Requerente, conforme organigrama:



**Figura 4.1** – Organigrama do Grupo F... onde se encontra inserida a Requerente (A...)

3- A E..., LTD. desenvolve a partir das Ilhas Maurícias atividade similar à prosseguida pela Requerente em território nacional, sendo o seu capital detido a 100% pela referida sociedade de direito indiano G.

4- A E..., LTD. é igualmente detentora da totalidade do capital da sociedade de direito português C..., LDA. que, por sua vez, é detentora da totalidade do capital da sociedade de direito espanhol D....

5- Quer a C..., LDA. (doravante C...), quer a D..., SL (adiante D...) dedicam-se ao comércio de calçado, tendo nos exercícios de 2013 e 2014 adquirido bens (mercadorias e produtos acabados) a retalho à Requerente.

6- A partir do exercício de 2014, *inclusive*, a Requerente passou a adotar períodos de tributação compreendidos entre 1 de abril do próprio ano e 31 de março do ano subsequente, pelo que nesse ano de transição [2014] entregou duas declarações modelo 22 de IRC e duas IES, correspondentes aos períodos de janeiro a março de 2014 e de abril de 2014 a março de 2015, tendo a AT, no âmbito da ação inspetiva empreendida, considerado como exercício de 2014 a soma das duas declarações e dos valores contabilizados desde janeiro de 2014 a março de 2015.

7- Os relatórios de preços de transferência relativos aos exercícios de 2013 e 2014, contendo a explicitação da política adotada, foram exibidos pela Requerente no âmbito da ação inspetiva referente a tais períodos.

8- Conforme consta nos relatórios de preços de transferência elaborados por parte da Requerente, estão cumpridas as condições de plena concorrência e de paridade fiscal, sendo os termos e condições das operações da Requerente com as entidades relacionadas genericamente idênticos àqueles que seriam praticados entre partes independentes, conclusão alicerçada na quantificação com base no Método da Margem Líquida da Operação (“MMLO”).

9- Nesse âmbito, o Dossier de Preços de Transferência da Requerente, utilizou uma base de comparação de indicadores financeiros selecionados de várias empresas, constituída com recurso à Base de Dados SABI, nos seguintes termos:

- **No exercício de 2013**, utilizou uma base de comparação entre os valores da Requerente e o valor mínimo, mediana e máximo, de 10 indicadores financeiros selecionados de 56 empresas, com informação disponível até 2012.

- **No exercício de 2014**, utilizou uma base de comparação entre os valores da Requerente e o valor mínimo, mediana e máximo de 8 indicadores financeiros selecionados de 62 empresas, com informação disponível até 2013.

- Os indicadores financeiros utilizados foram, a Margem Bruta (MB), Margem Bruta Serviços Prestados (MBSP), MB/Rend.Operacionais, MBSP/Rend.Operacionais, MB/Ativo, MBSP/Ativo, EBIT/Ativo, EBITA/Ativo, Result.Líquido/Ativo e IRC/RAI.

- Dos resultados apurados nestes indicadores, destacam-se os seguintes, que vão ser referidos na decisão do CAAD:

**Quadro 4.7** – Valores do rácio, Resultado líquido/ Ativo, apurado pela Requerente

Resultado líquido / Ativo				
Ano	Requerente	Empresas comparáveis		
		Mínimo	Mediana	Máximo
2013	-37,99%	-82,89%	2,99%	23,82%
2014	-41,31%	-0,72%	4,03%	26,71%

**B) Ação inspetiva da Autoridade Tributária:**

1- Em 13 de setembro de 2016, os Serviços de Inspeção Tributária deram início a uma ação inspetiva externa, em matéria de IRC (preços de transferência) e de Imposto sobre o Valor Acrescentado, abrangendo os exercícios de 2013 e 2014.

2- Mediante o ofício de 10 de agosto de 2017, do Diretor de Finanças, a Requerente foi notificada do Projeto de Relatório, tendo optado por não exercer o direito de audição prévia sobre as correções projetadas em matéria de IRC.

3- Subsequentemente, através do ofício de 20 de setembro de 2017, do Diretor de Finanças, a Requerente foi notificada do Relatório de Inspeção Tributária. No que ao IRC respeita, o Relatório de Inspeção Tributária reflete **correções à matéria tributável da Requerente dos exercícios de 2013 e 2014, nos montantes respetivos de €553.706,20 e de € 186.478,88**, com fundamento em *«omissões de ganhos por incumprimento do princípio da plena concorrência em vendas realizadas para entidades relacionadas»*.

4- Em consequência, os prejuízos fiscais primitivamente declarados pela Requerente – **de € 2.302.168,87, para o exercício de 2013, e de €2.786.974,55, para o exercício de 2014** – foram reduzidos em conformidade, tendo passado a perfazer os montantes de **€ 1.748.462,67 e €2.600.495,67**, respetivamente.

5- No âmbito do procedimento inspetivo, os serviços de inspeção verificaram que, a Requerente vendeu, a C..., LDA (com sede em Portugal) e D..., SL (com sede em Espanha), mercadorias (calçado importado da Índia e China) e produtos acabados (calçado produzido na fábrica em Esmoriz), tanto em 2013 como em 2014.

6- Foi verificado que, que os preços de venda praticados, pela Requerente para a C..., LDA e para a D...LDA, são inferiores aos praticados para os outros clientes, e com margem inferior à normalmente praticada, quando são modelos vendidos unicamente a estas duas empresas.

7- Acresce que, depois de analisar o Dossier dos Preços de Transferência, apresentado pela Requerente, os Serviços de Inspeção Tributária, concluem que *«(...) não é de todo possível chegar à conclusão de que a A..., SA, efetuou transações com as entidades relacionadas, nos termos e condições idênticos àqueles que praticou com entidades independentes (...)»*.

8- Os Serviços de Inspeção Tributária não concordam com a forma como foi utilizado o **Método da Margem Líquida da Operação (MMLO)**, «(...) na realidade foram calculados «indicadores financeiros relevantes» tendo em conta valores anuais, e não por operação, o que no caso em apreço, não permite tirar qualquer conclusão».

9- Face ao exposto, os Serviços de Inspeção Tributária, reformulam o cálculo dos Preços de Transferência através do método MMLO, da seguinte forma:

- Excluem da análise, as vendas que não fazem parte da atividade normal da Requerente, como sejam:

- Os clientes de «Stock sale», que segundo informação da C... e da D ..., são clientes que compram «restos de coleção» e «calçado com defeito», sendo o preço de venda inferior ao preço de custo.

- As «amostras» vendidas a preço de custo (margem 0%), e outros clientes com margens de lucro s/ custo negativas.

. Tendo como base os preços de custo e de venda inscritos nos mapas fornecidos pelo contabilista certificado, cujas vendas já foram deduzidas de devoluções aos mesmos clientes e notas de crédito, os Serviços de Inspeção Tributária, calcularam a margem de lucro líquida (Preço de venda total – preço de custo total), praticada nas vendas de mercadorias e produtos acabados à «C... » e à D...» e compararam com a mesma margem nas vendas de mercadorias e produtos efetuadas a entidades independentes, e apuraram-se os seguintes resultados:

**Quadro 4.8** – Apuramento das margens de lucro das mercadorias - 2013

<b>Correção IRC</b>	<b>Valores</b>
Preço custo total Entidades relacionadas (1)	1.196.904,88
Margem lucro média ponderada entidades independentes (2)	33,29%
Preço Venda Total (3) = (1)* 1,3329	1.595.354,51
Vendas declaradas (4)	1.216.592,42
<b>Correção (3) - (4)</b>	<b>378.762,09</b>

**Quadro 4.9** – Apuramento das margens de lucro dos produtos acabados - 2013

<b>Correção IRC</b>	<b>Valor</b>
Preço custo total Entidades relacionadas (1)	681.773,12
Margem lucro média ponderada entidades independentes (2)	42,16%
Preço Venda Total (3) = (1)* 1,4216	969.208,67
Vendas declaradas (4)	794.264,56
<b>Correção (3) - (4)</b>	<b>174.944,11</b>

**Quadro 4.10** – Apuramento das margens de lucro das mercadorias - 2014

<b>Correção IRC</b>	<b>Valor</b>
Preço custo total Entidades relacionadas (1)	203.246,66
Margem lucro média ponderada entidades independentes (2)	33,04%
Preço Venda Total (3) = (1)* 1,3304	270.399,36
Vendas declaradas (4)	237.322,95
<b>Correção (3) - (4)</b>	<b>33.076,41</b>

**Quadro 4.11** – Apuramento das margens de lucro dos produtos acabados - 2014

<b>Correção IRC</b>	<b>Valor</b>
Preço custo total Entidades relacionadas (1)	893.019,12
Margem lucro média ponderada entidades independentes (2)	31,64%
Preço Venda Total (3) = (1)* 1,3164	1.175.570,37
Vendas declaradas (4)	1.097.786,72
<b>Correção (3) - (4)</b>	<b>77.783,65</b>

**Quadro 4.12** – Apuramento das margens de lucro das mercadorias - 2015

(de 01 janeiro 2015 até 31 março de 2015)

<b>Correção IRC</b>	<b>Valor</b>
Preço custo total Entidades relacionadas (1)	165.504,51
Margem lucro média ponderada entidades independentes (2)	29,26%
Preço Venda Total (3) = (1)* 1,2926	213.931,13
Vendas declaradas (4)	174.406,97
<b>Correção (3) - (4)</b>	<b>39.524,16</b>

#### **Quadro 4.13 – Apuramento das margens de lucro dos produtos acabados - 2015**

(de 01 janeiro 2015 até 31 março de 2015)

<b>Correção IRC</b>	<b>Valor</b>
Preço custo total Entidades relacionadas (1)	243.735,16
Margem lucro média ponderada entidades independentes (2)	46,65%
Preço Venda Total (3) = (1)* 1,4665	357.437,61
Vendas declaradas (4)	321.342,95
<b>Correção (3) - (4)</b>	<b>36.094,66</b>

10 – Como já foi referido anteriormente, a Requerente não exerceu o seu Direito de Audição, relativo às correções acima propostas pelos Serviços de Inspeção Tributação, tendo apresentado Reclamação Graciosa, que foi indeferida, pelo que recorreu para o CAAD.

#### **Argumentos Invocados pelas partes e decisão do CAAD:**

##### **A) Argumentos da Requerente:**

A Requerente invoca que:

- Não questiona a aplicação do regime de preços de transferência, por concordar que se verificam relações especiais, nem a aplicação do Método da Margem Líquida da Operação (MMLO).
- Discorda, no entanto, dos elementos de comparabilidade utilizados pela AT, que recorreu unicamente a comparáveis internos (vendas realizadas pela Requerente a clientes), e da forma como o fez, concluindo que a solução apresentada pela AT não constitui a alternativa mais fiável, nem é economicamente justificável e compatível com os requisitos legais aplicáveis
- A AT violou o dever de fundamentação dos atos tributários disposto no artigo 77.º, n.º 3 da LGT, por não ter justificado a sua opção pelo método escolhido e consequente exclusão dos demais.
- As correções de IRC impugnadas se fundam na preterição do artigo 63.º, n.º 8 do Código do IRC. Uma vez que esta norma apenas é aplicável a operações com entidades não residentes, não podem, sob a sua égide, ser abrangidas as operações realizadas entre a Requerente e a C..., pois esta sociedade tem sede e direção efetiva em território nacional.

- A AT preteriu o regime previsto no artigo 63.º do Código do IRC, na Portaria n.º 1446-C/2001 e nas Recomendações da OCDE de 2010, ao não apresentar, como lhe incumbia, uma solução alternativa mais fiável, economicamente justificável e compatível com os requisitos legais aplicáveis, entendendo que os comparáveis internos utilizados pela AT são desadequados como critério substitutivo dos comparáveis externos que constam dos dossiers por si apresentados.
- Relativamente ao procedimento de quantificação, a AT corrigiu a sua matéria coletável de IRC com base em margens de lucro brutas, das quais não expurgou quaisquer gastos indiretos, designadamente fornecimentos e serviços externos, o que significa que na prática não aplicou o MMLO, ao contrário do que invoca, violando os artigos 5.º e 10.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de dezembro, e ignorando relevantes fatores de comparabilidade.
- A AT não teve em consideração a natureza da atividade prosseguida no contexto das relações comerciais mantidas com as sociedades relacionadas, que tiveram maioritariamente lugar no âmbito da atividade de retalho, comparando preços e aferindo margens de lucro sem atender ao tipo de mercado (produtor/grossista/retalhista) em que os respetivos bens foram transacionados.
- AT não atendeu às quantidades transacionadas e à circunstância de terem sido concedidos descontos de quantidade que fazem diferir os preços praticados, nem teve em linha de conta o facto de os bens transacionados apresentarem características distintas, quanto ao material empregue (pele ou outro), ao tipo de produto transacionado (sapato, botim, entre outros), e à respetiva marca.
- As correções realizadas pela AT não se mostram consentâneas com o disposto no artigo 10.º, n.º 3 da citada Portaria n.º 1446-C/2001, pois ficaram excluídos da análise «*os clientes de stock sale*» [*«clientes que compram “restos de coleção” e “calçado com defeito”, sendo o preço de venda inferior ao preço de custo»*]; «*as amostras vendidas a preço de custo (margem 0%)*» e «*outros clientes com margens de lucro s/ custo negativas*», nos quais se inclui a sociedade B... que foi, nos exercícios de 2013 e 2014, um dos principais clientes da Requerente.

- A AT efetuou a sua análise ao universo das relações comerciais mantidas pela Requerente, não tentando apurar, junto dos diversos mercados, entidades independentes com um modelo de negócio similar ao desta.
- A AT devia ter determinado um intervalo de preços de mercado ou de margens, um intervalo de plena concorrência, como previsto no artigo 4.º, n.º 5 da Portaria n.º 1446-C/2001, e não um preço fixo.

#### **B) Argumentos da AT:**

- A aplicação do MMLO pela Requerente com recurso a dez indicadores conduziu a resultados sem qualquer significado útil, pois as amplitudes dos intervalos (distância entre os valores mínimos e máximos) assumem tal expressão que só por mero acaso os valores da Requerente cairiam fora destes intervalos.
- As conclusões da Requerente foram rejeitadas por se alicerçarem em indicadores genéricos da entidade, sem uma segmentação das operações com entidades relacionadas e não relacionadas, e por abstraírem de uma análise centrada nas operações em concreto.
- Ficou evidenciada a inobservância do princípio de plena concorrência, pois o controlo às margens de comercialização praticadas pela Requerente permitiu verificar que, relativamente ao mesmo modelo de calçado, as praticadas nas vendas para a C..., LDA. e para a D..., SL eram sempre inferiores às praticadas para os outros clientes de “Retail” e “Wholesale”.
- Ao contrário do que a Requerente pretende fazer crer, a opção por comparáveis internos (operações de venda de produtos idênticos ou similares a entidades independentes), retira relevância à demonstração dos fatores de comparabilidade a que alude o artigo 5.º da Portaria n.º 1446-C/2001, tendo-se mantido o mesmo método selecionado pela Requerente, o MMLO que, ao invés dos chamados métodos tradicionais, não requer um elevado grau de similaridade entre produtos, mas fundamentalmente, entre funções, riscos e ativos.
- Não foram deduzidos gastos de natureza indireta, pela natural dificuldade suscitada pela sua imputação às operações vinculadas e às operações não vinculadas.
- Quanto ao fundamento legal das correções, o relatório, no resumo das infrações verificadas, refere que foram infringidos os artigos 63.º, n.º 8 e 120.º do Código do IRC, também refere os artigos 63.º, n.º 1 (princípio de plena concorrência) e n.º 4, alínea h)

daquele Código e a Portaria n.º 1446-C/2001, normas aplicáveis tanto a residentes como a não residentes.

- Sobre a determinação de um preço único, em vez de um intervalo de valores, não é necessário indicar um intervalo quando se utilizam em exclusivo dados internos, extraídos da própria entidade.

### **C) Decisão do CAAD:**

Os árbitros do CAAD, alicerçam a sua decisão em três pontos fundamentais, de acordo com os argumentos apresentados pelas partes.

#### **1 – A existência de relações especiais e consequente aplicação do regime de preços de transferência:**

O CAAD analisa primeira, a existência de relações especiais entre a Requerente e as sociedades C...LDA e D..., SL. e concluem que:

- Nos exercícios em análise (2013 e 2014), a Requerente e as sociedades C..., LDA e D..., SL, faziam parte integrante do Grupo F..., sendo o respetivo capital detido direta ou indiretamente, pela sociedade E...LDA, no caso da Requerente em 51%, e no caso daquelas em 100%.

- Verificavam-se, deste modo, à data dos factos, relações de capital relevantes entre estas sociedades, enquadráveis como relações especiais, nos termos previstos no artigo 63.º, n.ºs 1 e 4 (alínea b)) do Código do IRC, configuração que é aceite por ambas as partes.

#### **2 - Do alegado vício de fundamentação dos atos tributários:**

Neste ponto os árbitros analisam os argumentos da Requerente, em relação à violação do dever de fundamentação dos atos tributários disposto no art.º 77.º n.º 3 da LGT, por a AT não ter justificado a sua opção pelo Método MMLO, em vez de outro, sendo que, concluíram o seguinte:

- De acordo, com a jurisprudência do STA, *um ato está suficientemente fundamentado sempre que um destinatário normal, colocado perante o mesmo, possa ficar ciente das razões que sustentam a decisão nele prolatada* (cf. Acórdão do STA, de 20 de novembro de 2002, processo n.º 42180), *apreender o raciocínio decisório, as causas e o sentido da decisão* (cf. Acórdão do STA, de 14 de março de 2001, processo n.º 46796).

- Para além dos requisitos genéricos de fundamentação que constam dos n.ºs 1 e 2 do artigo 77.º da LGT, o n.º 3 deste preceito contém exigências adicionais aplicáveis às correções resultantes dos efeitos das relações especiais.

- Constata-se que o Relatório de Inspeção contém com clareza e detalhe os argumentos, de facto e de direito, nos quais a AT alicerçou a correção da matéria tributável de IRC, que foram bem percecionados pela Requerente, incluindo a aplicação do método e os critérios utilizados.

- Não existe litígio quanto ao método aplicado – Método da Margem Líquida da Operação ou MMLO – ambas as partes utilizaram este método, pelo que, não procede a alegação de que a AT devia ter justificado a opção pelo método escolhido, pois nessa medida a AT não provocou qualquer alteração ao que havia sido declarado pela Requerente.

- No tocante à matéria que constitui o centro de discordância, ou seja, aos elementos de comparabilidade considerados adequados para efeitos de aplicação do MMLO, a AT justificou no seu relatório, o afastamento da metodologia da Requerente.

- Refere o relatório da Inspeção tributária que, a metodologia da Requerente:

- Parte de uma análise de indicadores genéricos da atividade da Requerente, incorporando também as operações (significativas) com entidades não relacionadas, e comparando-os com indicadores de entidades do mesmo setor.

- Tal procedimento não compara, assim, operações vinculadas com operações não vinculadas, mas a totalidade das operações da Requerente, incluindo as não vinculadas, com a de outras empresas, nem analisa qualquer operação em concreto, não sendo por isso idóneo à comprovação da observância do princípio de plena concorrência quanto às operações vinculadas.

- Em suma, de acordo com O CAAD, a Inspeção tributária, no seu relatório, cumpriu com o disposto no n.º 3 do art.º 77.º da LGT.

### **3 – A correta aplicação, por parte da AT, do art.º 63.º do CIRC, sobre preços de transferência:**

#### **3.1 – A correta aplicação do n.º 8 do art.º 63.º CIRC:**

- É correta a afirmação da Requerente de que o disposto no artigo 63.º, n.º 8 do Código do IRC é aplicável às operações realizadas entre a Requerente e entidades não residentes em

Portugal, pelo que a sua aplicação, apenas permite abranger as operações vinculadas relativas à D., SL. e não as referentes à C..., LDA.

- Porém, o relatório da Inspeção Tributária, no seu ponto “*III.1.1.1. Enquadramento legal*” menciona, de forma expressa, o artigo 63.º, n.ºs 1 e 4 do Código do IRC e a Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de dezembro, no âmbito dos quais a AT desenvolve a metodologia de quantificação que considerou adequada à situação da Requerente, pelo que, não é aceite o argumento desta.

### **3.2 – A aplicação da AT do MMLO, a amostra selecionada e das margens fixadas:**

Ora, sobre a matéria relativa, à aplicação correta do método (MMLO), e os dados comparativos utilizados e quantificação, no qual as partes divergem grandemente, concluiu assim o CAAD:

- O regime de preços de transferência é regulado pelo art.º 63.º do CIRC e complementado pela Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 dezembro, que regula os procedimentos de quantificação, a começar pela determinação do método mais apropriado, a necessidade de atender aos fatores de comparabilidade e os requisitos do método da margem líquida da operação, em conformidade com as orientações da OCDE.

- O art.º 1.º n.º 2 da Portaria refere que, a determinação do preço de plena concorrência deve, como regra, basear-se numa análise individualizada das operações, exceto quando não existe ou é insuficiente a informação sobre operações comparáveis.

- O art.º 10.º n.º 1 da Portaria, estabelece que o MMLO se baseia *«no cálculo da margem de lucro líquida obtida por um sujeito passivo numa operação ou numa série de operações vinculadas tomando como referência a margem de lucro líquido obtida numa operação não vinculada comparável efetuada pelo sujeito passivo, por uma entidade pertencente ao mesmo grupo ou por uma entidade independente»*.

- A AT logrou demonstrar que o preço praticado com as sociedades do Grupo não é de plena concorrência, difere do que normalmente seria acordado entre entidades independentes, e, de seguida, qual aquele que o seria, determinado nos termos de um método apropriado, ao abrigo do disposto no artigo 63.º do Código do IRC.

- A Requerente nos relatórios que preparou sobre preços de transferência, defendeu o recurso ao MMLO, tendo reunido dados respeitantes a um conjunto de empresas com a mesma atividade e com uma dimensão relativamente próxima, calculou vários rácios /

indicadores, com referência a essas empresas e comparou os valores atingidos com os mesmos rários / indicadores obtidos através dos seus valores contabilísticos, no sentido de verificar se se situavam ou não no intervalo de variação desses indicadores dessas empresas, entre os valores mínimos e máximos.

- A Requerente ao proceder dessa forma, não está a relacionar, comparando-as, operações vinculadas com não vinculadas, o que seria essencial para estabelecer os parâmetros de comparação para efeitos do regime de preços de transferência. O que está a ser alvo de comparação é a atividade, em bloco, da Requerente, que contém, quer operações com partes relacionadas, quer operações com entidades independentes (aliás a maioria), com a atividade de outras entidades independentes.

- No exercício de 2013 a Requerente selecionou 10 rários / indicadores financeiros no universo de 56 empresas e em 2014 cerca de 8 rários / indicadores financeiros num universo de 62 empresas, sendo que, desses rários utilizados, o único que se pode considerar associado à margem líquida (MMLO) é o relativo ao quociente da divisão do resultado líquido pelo ativo.

- Acresce que, no exercício de 2013, o tal indicador (o único) que poderia ser reconhecido numa análise de margens líquidas – o quociente da divisão do resultado líquido pelo ativo –, conduziu aos resultados seguintes, mínimo: -82,89%; mediana: 2,99%; máximo: 23,82%, sendo que este intervalo apurado [-82,89%, 23,82%], tem tal amplitude, difícil seria que a Requerente se situasse fora dele, tornando-se os resultados inconclusivos.

- Acresce ainda que, o rácio relativo ao quociente da divisão do resultado líquido pelo ativo, relativo a 2014, os valores apurados das 62 empresas comparadas são, mínimo: -0,72%; mediana:4,03%; máximo: 26,71%, e o valor deste rácio obtido pelos dados da Requerente é de - 41,31%, que fica fora do intervalo [-0,72%, 26,71%], pelo que, são os próprios elementos e documentação da Requerente que evidenciam que esta se situa totalmente fora do intervalo dos indicadores de outras empresas que aquela considera comparáveis.

- O que acontece é que o MMLO, aplicado da forma como é feito pela Requerente, não tem correspondência com a definição legal constante do artigo 10.º, n.º 1 da Portaria, apenas poderia ter alguma relevância, se não praticasse operações com entidades não relacionadas ou se essas operações fossem muito reduzidas, o que não acontece no caso em concreto.

- Em suma, embora a Requerente tenha formalmente entregue a documentação de preços de transferência, a mesma não satisfaz os requisitos mínimos de justificação que decorrem do artigo 63.º, n.º 1 do Código do IRC, nem conseguiu demonstrar, antes pelo contrário, que os preços praticados pela Requerente nas operações com a C.... e com a D..., eram idênticos aos que seriam acordados entre partes independentes.

- Ora, o caminho que a AT adotou, foi o preconizado no art.º 10.º n.º1 da Portaria n.º 1446-C//2001, de 2 dezembro, embora sendo um facto que, não praticado verdadeiramente o MMLO, mas um método assente em margens brutas (e não margens líquidas), não é menos verdade que, conquanto seja apropriado e fundamentado, como se afigura ser o caso, tal opção tem cobertura nas normas citadas, pelo que não é inválido, O que se exige é que seja adotado “*o método mais apropriado a cada operação ou série de operações*” que pode ser, portanto, uma derivação ou adaptação do MMLO, de acordo com o art.º 4.º n.º 2 da Portaria.

- O método aplicado pela AT assegura um elevado grau de comparabilidade entre operações, pois, relativamente ao mesmo modelo de calçado, conseguiu concluir, através do controlo das margens de comercialização praticadas pela Requerente para as entidades relacionadas, que estas últimas eram sempre substancialmente inferiores às praticadas com outros clientes, fossem estes de retalho, ou grossistas.

- De salientar ainda que a exclusão de vendas relativas a bens com defeito e restos de coleção está devidamente justificada, por não fazerem parte da atividade normal da empresa, já que o preço de produtos que estão desvalorizados por razões objetivas – obsolescência, defeito de fabrico, fora das tendências ou da estação – não são, em princípio adequados para servirem de padrão de referência às vendas inseridas na atividade regular da Requerente.

- Por último, a não indicação de um intervalo de valores, mas de preços únicos deriva de, como assinala a AT, terem sido utilizados em exclusivo dados internos, extraídos da própria entidade (teve como base os preços de custo e de venda inscritos nos mapas fornecidos pelo contabilista certificado), mas haveria sempre a necessidade, ser estabelecido um valor fixo (como foi), para efeitos de apurar, as correções da matéria coletável de IRC pela AT.

**Face do exposto, julga-se satisfeita a última condição para a realização de correções de preços de transferência por parte da AT, que logrou a comprovação através da aplicação de um método apropriado, de um preço de plena concorrência aplicável às operações vinculadas para os exercícios de 2013 e 2014.**

### **3.1.1 – Apreciação crítica da decisão do CAAD:**

A matéria que está em causa neste processo, é se a AT aplicou corretamente o que se encontra plasmado no art.º 63.º, complementado pela Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 dezembro.

A Portaria em questão, regula digamos, a forma como devem ser executadas as normas do art.º 63.º do CIRC, nomeadamente, regula os procedimentos de quantificação, começando pela determinação do método mais apropriado a ser utilizado e seus requisitos, bem como os fatores de comparabilidade que devem ser tidos em consideração.

No caso em concreto, a Requerente é detida em 51% do seu capital, pela sociedade E..., LDA, que faz parte de um grupo, cuja empresa mãe é uma entidade com sede na Índia, que detêm a totalidade do capital das sociedades C..., LDA com sede em território nacional e D..., SL, com sede em território Espanhol.

Ora, as duas sociedades (C... , LDA e D..., SL), têm transações com a Requerente, pelo que, é claro que, à luz do art.º 63.º n.º 1 e n.º 4 b) do CIRC, existem relações especiais entre elas, facto que não é motivo de divergência entre as partes.

A matéria que fazem divergir ambas as partes, nem tão pouco é o método adotado (MMLO), mas sim, a forma como é aplicado o referido método e os dados comparativos utilizados e quantificação efetuada.

A Requerente, reuniu dados respeitantes a um conjunto de empresas com a mesma atividade e com uma dimensão relativamente próxima, calculou os valores mínimos, mediana e máximos de vários rácios / indicadores, com referência a essas empresas, comparando os valores atingidos com os mesmos rácios / indicadores obtidos através dos seus valores contabilísticos.

Os resultados obtidos dessas comparações, não permitem chegar a conclusões, conforme entendem a AT e o CAAD, até porque, dos indicadores utilizados, o único que poderia ser reconhecido numa análise de margens líquidas (o quociente da divisão do resultado líquido

pelo ativo), em 2013 tem uma amplitude tal entre o limite mínimo e máximo, que seria difícil a Requerente situar-se fora desse intervalo, e em 2014 os valores obtidos pela Requerente ficam consideravelmente fora do referido intervalo, tornando os resultados inconclusivos.

Acresce a isto tudo que, os procedimentos adotados pela Requerente, não permitem relacionar, comparando-as, operações vinculadas com não vinculadas, o que seria essencial para estabelecer os parâmetros de comparação para efeitos do regime de preços de transferência.

O que está a ser alvo de comparação é a atividade global da Requerente, que contém, quer operações com partes relacionadas (com C..., LDA e D..., SL), quer operações com entidades independentes (aliás a maioria), com a atividade de outras entidades independentes, não respeitando o plasmado no art.º 10.º n.º 1 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 dezembro e art.º 63.º n.º 1 do CIRC.

Ora, de acordo com esse preceito legal, «O método da margem líquida da operação baseia-se no cálculo da margem de lucro líquido obtida por um sujeito passivo numa operação ou numa série de operações vinculadas tomando como referência a margem de lucro líquido obtida numa operação não vinculada comparável efetuada pelo sujeito passivo, por uma entidade pertencente ao mesmo grupo ou por uma entidade independente». (sublinhado nosso)

O procedimento adotado pela AT, consistiu, através de mapas das margens líquidas de operações internas da contabilidade da Requerente (obtidas através do contabilista certificada), onde constam os preços de custo total e preços de venda total, apurar a margem obtida nas transações efetuadas pela Requerente com as entidades independentes e aplicar a percentagem da margem obtida aos valores dos custos totais das transações com entidades relacionadas (C..., LDA e D..., SL).

Em suma o procedimento que a AT prosseguiu, traduziu-se no cálculo da margem líquida das operações da Requerente com entidades relacionadas, tomando como base a margem de lucro líquida das transações com entidades independentes, cumprindo assim, o art.º 10.º 1 da referida Portaria e art.º 63.º n.º 1 do CIRC.

De salientar ainda que, a exclusão de vendas relativas a bens com defeito e restos de coleção está devidamente justificada, por não fazerem parte da atividade normal da empresa.

No que concerne ao argumento da Requerente que, a AT não fundamentou a aplicação do método, nos termos do art.º 73.º n.º 3 da LGT, como refere o CAAD, ambas as partes aplicaram o mesmo método (MMLO), pelo que não faz sentido a justificação da utilização do referido método, por parte da AT.

Quanto aos procedimentos utilizados na aplicação do Método, aqui as partes divergiram e as justificações dos procedimentos adotados, mas o relatório da Inspeção Tributária, expressa a metodologia de quantificação que considerou adequada à situação da Requerente, bem como o método utilizado e critérios.

Em suma, por todos os motivos acima explanados, o CAAD deu razão aos argumentos da AT, nas correções em sede de IRC efetuadas à Requerente.

### **3.2 – Acórdão de 14 novembro de 2019 do TCAS, processo n.º 10/17.9BCLSB:**

**Assunto:** O especial dever de fundamentação em situações de correções com aplicação da regra de preços de transferência, prevista no art.º 57.º do CIRC (à data dos factos, atualmente art.º 63.º).

**Recorrente:** A Fazenda Pública (doravante designada por Recorrente ou FP).

**Recorrida:** A sociedade V..., LDA, (doravante designada de Recorrida ou Impugnante).

#### **Matéria de facto:**

##### **A) Relações entre a impugnante (V..., LDA) e o seu único fornecedor N..., SA:**

1 - A empresa N....., SA (adiante designada por N.....) foi constituída em 1995, resultante de uma estratégia de reestruturação da empresa I..., SARL (adiante designada por I.....), que se encontrava numa situação de falência técnica. Esta reestruturação visava sobretudo poder aceder ao PEDIP.

2 - A empresa I....., detida maioritariamente pelo acionista J.....desde 1993, detém a N....., SA.

3 - O Sr. J.....é também o sócio maioritário da empresa V ..., LDA (bem como da empresa Sociedade Comercial V..., LDA)

4 - Conforme Termo de Declarações do Sr. J....., «*considerando que a I..... face à sua situação económico-financeira não tinha acesso a crédito bancário, nomeadamente*

*financiamentos à exportação, optou-se por constituir a sociedade V....., LDA, através da qual seriam efetuadas a maior parte das exportações da I..... Esta sociedade surge como uma sociedade instrumental que, face ao nosso bom nome junto da Banca, conseguiria obter o crédito bancário necessário ao financiamento às exportações o que efetivamente veio a acontecer».*

5 - Desta forma a V....., Lda., regista empréstimos em 1995, 1996 e 1997, que visam financiar a atividade da N....., os valores dos empréstimos contraídos são transferidos para a N.....a título de adiantamento a fornecedores por conta de exportações, contabilisticamente era feito o seguinte lançamento, Débito – 221100 *fornecedor* e crédito 1211 *Depósitos à ordem*.

6 – A V..., LDA não possui instalações próprias, funciona e está sediada nas instalações da Sociedade Comercial V....., LDA, que para além de ceder as instalações, cede também pessoal, material informático, material de escritório, comunicação e outros serviços necessários ao desenvolvimento da sua atividade.

7 – A V..., LDA também não possui armazéns, a empresa só compra as mercadorias a N.....depois de receber as encomendas dos clientes, que por vezes são feitas diretamente a N.....que por sua vez as transmite a V..... as mercadorias vendidas saem diretamente dos armazéns da N.....para o cliente comunitário ou estrangeiro, ou seja,  $\text{Custo das Existências Vendidas} = \text{Compras}$ .

8 - Da consulta às declarações de Rendimento Modelo 22 dos exercícios de 1995 e 1996 verifica-se que a margem de comercialização é nula, ou seja, a venda é feita pelo mesmo valor da compra, o que significa que,  $\text{Vendas} = \text{Compras} = \text{Custo das Existências Vendidas}$ .

9 - No exercício de 1997, a margem de comercialização de 6%, fica a dever-se a diferenças cambiais, uma vez que neste ano passou a haver faturação em moeda estrangeira e nacional enquanto as compras continuaram a ser efetuadas em escudos.

10 - Mensalmente a V....., debita à N.....uma comissão relativa à sua intervenção nas exportações efetuadas durante um determinado período. Essa comissão é uma percentagem de 5% sobre o montante fixo de € 149.639,37 (30.000.000\$/00 mês em 1997), que era o valor estimado para as vendas, ou seja, mensalmente debita €7.481,97 (1.500.000\$00 em 1997), tudo assente num acordo verbal, não existe contrato escrito.

## **B) Ação inspetiva da AT:**

1 - A impugnante foi sujeita a uma ação externa de inspeção, com referência ao IRC do exercício de 1997, tendo em 28-10-1998 sido elaborado relatório pelos Serviços de Inspeção Tributária, na qual são propostas correções técnicas de IRC no valor total de € 188.743,90 (37.839.754\$00 em 1998).

### **No decurso do procedimento inspetivo foram verificados pela AT o seguinte:**

2 - A sociedade V..., LDA tem um único fornecedor de mercadorias, a N....., à qual efetua adiantamentos por conta de mercadorias, pagando o remanescente na data da fatura (a pronto pagamento).

3 - As rubricas de custos mais relevantes são:

- Os **custos financeiros**, cujo 70% do seu saldo correspondem aos juros suportados com os empréstimos bancários que visam financiar a atividade da N...

- Os **trabalhos especializados**, onde são registados os débitos efetuados pela Sociedade Comercial V.... LDA, pela participação nos custos com sistema informático, instalações, comunicações e serviços de pessoal.

4 - Conforme os factos explanados, entende a AT que, existem bases para estabelecer relações especiais entre as empresas V....., LDA e N...../I..... nomeadamente:

- Empréstimos bancários contraídos, por V..., LDA, que visam financiar a atividade da N...../I....., suportando custos financeiros elevados.

- A V..., LD praticou uma margem de comercialização nula em 1995 e 1996, e diminuta em 1997, pelo facto de vender aos seus clientes pelo mesmo preço por que adquire as mercadorias a N...../I.....

- Existem relações especiais entre as duas empresas, tendo-se estabelecido condições particulares que conduziram a um lucro diferente daquele, que se apuraria caso não existissem tais relações.

5 – Assim estando provadas as relações especiais entre a sociedade V....., LDA e N....., entende a AT estarem reunidos os pressupostos para a aplicação do art.º 57.º CIRC (à data dos factos de 1997, atualmente art.º 63.º ), propondo a determinação do lucro tributável, considerando que a V....., LDA, **deveria apresentar uma margem de comercialização de 25%** - margem apresentada pelo sector (após consulta à base de dados de rácios da

AT), que é aliás a margem que a outra empresa dos mesmos sócios (Sociedade Comercial V..... LDA) a atuar no mesmo sector apresentou em 1996.

6 – Entende a AT que, a V....., LDA, vende para alguns clientes que são também clientes da N....., concluindo-se assim que o valor das vendas declarado é o correto, uma vez que os clientes compram o mesmo produto, fabricado na mesma fábrica a um ou outro fornecedor, se apresentarem o mesmo preço.

7 - Resulta assim, segundo a AT, que o custo das mercadorias da V....., LDA, se encontra sobrevalorizado. A empresa sujeita-se a comprar a um preço superior a N...../I..... deixando todo o valor acrescentado do seu negócio nesta empresa.

8 – As correções efetuadas pela AT, tiveram em consideração o valor das comissões pagas a N, que segundo o Sr. J...., funciona apenas como uma pequena margem para cobertura de custos operacionais, pelo que o seu valor será acrescido ao valor das vendas para efeitos de determinação do valor do custo das mercadorias vendidas corrigido.

9 – Assim, nos termos do art.º 57.º do CIRC (redação de 1997, atualmente art.º 63.º), a AT efetuou as seguintes correções: (*Moeda em vigor em 1997 era o escudo*)

**Quadro 4.14** – Correções ao lucro tributável de 1997 da V..., LDA, efetuada pela AT

Rúbricas	Valores declarados pela V...LDA
vendas de Mercadorias (1)	263.857.836,00
Comissões - Prest. Serv. (2)	18.096.155,00
<b>Total Volume Negócios (1)+(2)</b>	<b>281.953.991,00</b>
<b>Custo das Mercadorias Vendidas</b>	<b>249.305.247,00</b>

<b>Margem Considerada pela AT</b>	25% = [(Vol. Negócios - Custo Merc. Vendidas)/Vol. Negócios]
<b>Cálculo do Custo Merc. Vendidas Corrigido</b>	Custo Merc. Vendidas = 0,75 Vol. Negócios
	Custo Merc. Vendidas = 0,75 * 281.953.991
	Custo Merc. Vendidas corrigido = 211.465.493,00
<b>Valor acrescer ao Lucro tributável (escudos 1997)</b>	249.305.247,00 - 211.465.493,00 = <b>37.839.754,00</b>
<b>Valor acrescer ao Lucro tributável (Euros)</b>	<b>188.743,90</b>

### **C) Impugnação da Liquidação:**

1 – Pelas correções produzidas pela AT, conforme os pontos anteriores, foi emitida a respetiva liquidação, em sede de IRC, ao exercício de 1997, tendo a V..., LDA, impugnado a referida liquidação.

2 - O Tribunal Tributário de Lisboa, julgou procedente a impugnação, através de sentença proferida em 17-10-2016, vindo a Fazenda Pública a apresentar recurso da dita sentença para o Tribunal Central Administrativo do Sul.

### **D) Argumentos da Recorrente ou Fazenda Pública:**

1 – A Inspeção Tributária apurou que V..., LDA, contraiu empréstimos bancários que visaram financiar a atividade de N... / I..., suportando custos financeiros elevados e tinha uma prática de margem de comercialização nula em 1995 e 1996, pelo facto de vender aos seus clientes pelo mesmo preço, porque adquire as mercadorias a N.../I..., perante esta factualidade, foi aplicado o art.º 57.º CIRC.

2 – Para determinar o lucro tributável, com base neste preceito, a AT recorreu à margem de comercialização utilizada no sector, sendo que a mesma se fixa em 25%, aliás, também, a margem de comercialização utilizada pela Sociedade Comercial V....., LDA, empresa detida pelos mesmos sócios.

3 – Pelo que, considera a Recorrente que, erra a sentença recorrida ao considerar que a AT não fundamentou o recurso à margem de comercialização utilizada e fixada em 25%. Assim, tendo a AT fundamentado e comprovado a verificação dos pressupostos para efetuar a correção em causa, recai sobre o contribuinte o ónus de demonstração do erro ou excesso na quantificação (artigo 74º, nº3, da LGT).

4 – Refere a Recorrente que, não resulta dos autos que a recorrida tenha comprovado tal excesso, motivo porque se tem por incumprido o ónus.

5 – Acrescenta ainda a recorrente que, *«da leitura da petição inicial resulta que o Impugnante apreendeu com suficiente clareza o cerne das razões, de facto e de direito, que determinaram a prática das liquidações impugnadas...»*.

### **E) Argumentos da Recorrida ou Impugnante:**

1 – Entende a V..., LDA que, a AT aplicou o art.º 57.º do CIRC, em vigor à data dos factos, limitando-se a afirmar que os preços praticados na venda de mercadorias pela

Recorrida e pela N..., são idênticos e como tal o Custo das Mercadorias Vendidas desta se encontra sobrevalorizado, impondo à Recorrida uma margem de comercialização de 25%, pretensamente utilizada no setor de atividade de ambas, sem o demonstrar.

2 – Contudo entende a Recorrida, que a AT não indica ou refere, por qualquer forma ou meio, como era exigido, nos termos do art.º 77.º n.º 3 da LGT, os termos em que as operações realizadas entre a Recorrida e a entidade N..., seriam realizadas, se porventura as mesmas decorressem entre entidades independentes.

3 – Entende ainda a Impugnante que, no que diz respeito ao rácio da margem pretensamente em vigor no setor de atividade onde ela se insere, utilizado pela AT, esta limita-se a remeter dois prints do seu sistema informático, sem explicitar, por qualquer forma ou meio, os valores aí inscritos, bem como o universo de sujeitos passivos contemplados por esses indicadores de margens de comercialização, ou a comparabilidade da informação aí referida com o caso em concreto da Requerida.

4 – Acresce ainda, segundo a Impugnante, que os prints do sistema informático da AT, não explicita se a margem de comercialização estalecida se aplica unicamente a operações efetuadas no mercado interno ou a operações realizadas no mercado externo, ou se se trata de uma margem de comercialização média do sector aplicado em ambos os tipos de operações.

5 – Assim, conclui a Impugnante que, a Recorrente não deu cumprimento ao dever de fundamentação do ato tributário imposto pelo disposto no n.º 3 do art.º 77.º da LGT, na redação em vigor à data dos factos, que impunha a descrição, em termos comparativos, os termos em que as operações visadas pela AT e realizadas pela recorrida, teriam lugar entre partes independentes.

#### **F) Ministério Público:**

O Magistrado do Ministério Público emitiu parecer, no sentido de ser negado provimento ao recurso da Fazenda Pública.

#### **G) Decisão do Tribunal Central Administrativo Sul:**

1 – O Tribunal conclui que, o procedimento inspetivo iniciou-se na vigência do Código de Processo Tributário (CPT), tendo terminado já na vigência da LGT e sendo as normas referentes à fundamentação dos atos, como normas procedimentais, é de ter em conta os dois regimes, que no essencial não divergem.

2 – Entende o tribunal que, de acordo com o art.º 12.º n.ºs 1, 3 e 4 da LGT, as normas tributárias aplicam-se a factos posteriores à sua entrada em vigor e as normas sobre procedimento são de aplicação imediata com exceção do n.º 4 do referido preceito legal, relativo às normas que, tenham por função o desenvolvimento das normas de incidência tributária.

3 – Ora, entende o tribunal que, no caso em concreto, o que está em causa é a aplicação de normas de procedimento, que não integrando as exceções do n.º 4 do art.º 12.º da LGT, são de aplicação imediata, quer nos procedimentos iniciados após a entrada em vigor da LGT quer nos atos praticados em procedimentos pendentes, mas em momento ulterior ao da entrada em vigor do referido diploma legal.

4 – O dever de fundamentação dos atos tributários encontra-se especificamente previsto no art.º 77.º da LGT e art.º 21.º do CPA, sendo que, relativamente aos preços de transferência, refere o Tribunal, se encontra regulamentado no art.º 57.º do CIRC (redação em vigor à data dos factos de 1997), atualmente o art.º 63.º do CIRC.

5 – Refere o tribunal que, *«do ponto vista fiscal, o legislador sentiu necessidade de determinar um específico regime aplicado a situações de preços de transferência, por forma a evitar a existência de abusos, decorrentes da prática de preços deturpados que permitisse, designadamente, transferências de lucros»*.

6 – Como entende o Tribunal, o art.º 57.º do CIRC (redação à data dos factos de 1997), permitia à AT, efetuar as correções necessárias para a determinação do lucro tributável, sempre que, em virtude das relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa, sujeita ou não a IRC, tenham sido estabelecidas condições diferentes daquelas que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes, originando que o lucro tributável apurado com base na contabilidade, seja distinto do que se apuraria na ausência de tais relações .

7 – Contudo explicita o Tribunal que, conforme dispõe o CIRC, para efeitos de aplicação deste regime de preços de transferência, é essencial que se comprove/evidencie:

- a) A existência de relações especiais entre o contribuinte e a outra pessoa;
- b) O estabelecimento de condições diferentes das que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes;

8 – Estas exigências em termos de fundamentação, refere o Tribunal, têm acolhimento no n.º 3 do art.º 77.º da LGT, bem como, no art.º 80.º do CPT, sendo a redação de ambos os preceitos legais idêntica.

9 - Ora, no n.º 3 do art.º 77.º da LGT (em vigor à data dos factos), o legislador previu um dever fundamental particularmente exigente no caso de correções fundamentadas na existência de relações especiais, estabelecendo para tais situações, um dever especial, que passa pela evidenciação dos seguintes requisitos:

- a) Descrição das relações especiais;
- b) Descrição dos termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias;
- c) Descrição e quantificação do montante efetivo que serviu de base à correção;

10 – Segundo o Tribunal, importa verificar se no caso em concreto, foram cumpridas, por parte da AT, tais requisitos na sua fundamentação, e verificou que:

- A AT limitou-se a descrever as relações existentes entre a Recorrida e a entidade N..., designadamente no que concerne à margem de comercialização (de 6%, por referência a 1997) e à comissão mensal de 5% cobrada pela Recorrida à N.....e caracterizando a forma como os pagamentos eram efetuados à N..., seu único fornecedor, nomeadamente, a existência de adiamentos por conta das mercadorias, com o pagamento do remanescente na data da fatura.

- Pelo contexto acima descrito, a AT concluiu que, existem relações especiais entre as duas empresas, tendo-se estabelecido condições particulares que conduziram a um lucro diferente daquele, que se apuraria caso não existissem tais relações, mas entende o Tribunal que, esta última afirmação é meramente conclusiva.

11 – Ora, entende o Tribunal ainda que, o relatório da inspeção tributária, nada refere relativamente à descrição dos termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias.

12 – Da mesma forma, nada é explicado relativo à aplicação da margem de 25%, constando apenas um mero print interno da AT, não contém minimamente as referências às especificidades inerentes ao seu cálculo nem sua relação com as especificidades inerentes à relação existente entre a Recorrida e a N.....

13 - A margem é aplicada de forma descontextualizada, sem estar devidamente fundamentada, nem permite sequer aferir se se trata de margem para situações comparáveis, aspeto fundamental em matéria de preços de transferência.

**Como tal, face ao descrito, conclui o Tribunal que, não foi respeitado o especial dever de fundamentação legalmente previsto para situações de preços de transferência, pelo que não assiste razão à Recorrente (Fazenda Pública).**

### **3.2.1 – Apreciação crítica do acórdão do TCAS:**

Este acórdão de 14-11-2009 do Tribunal Central Administrativo Sul, versa matérias relacionadas com o dever especial de fundamentação, que é exigida à AT, no caso de efetuar correções à matéria tributável, recorrendo à regra dos preços de transferência, em situações de relações especiais entre o sujeito passivo e outra entidade.

Importa referir que, este acórdão, reporta-se a factos de 1997, pelo que, o Tribunal vai aplicar a legislação em vigor à data, nomeadamente dos artigos 77.º da LGT relativo á fundamentação dos atos tributários e 57.º do CIRC, sobre a regra dos preços de transferência.

No caso em concreto, a AT no decurso do procedimento inspetivo efetuado à entidade V..., LDA, verificou que, esta só tinha um único fornecedor, a N... e que ambas as entidades eram detidas pelo mesmo acionista J....

Ora, foi detetado que, a V....., Lda., registava empréstimos, que visavam financiar a atividade da N....., que eram transferidos para a N.....a título de adiantamento a fornecedores por conta de exportações e mensalmente ainda era debitado a N... uma comissão de 5% sobre um valor fixo estimado para as vendas, tudo assente num acordo verbal.

Face ao exposto, a AT conclui que existiam relações especiais entre as duas entidades e resolveu aplicar a regra dos preços de transferência do art.º 57.º do CIRC, em vigor à data dos factos (1997), para o efeito, recorreu a uma margem bruta de comercialização de 25%, utilizada no setor, valor retirado da base de dados da AT, relativo a valores médios ou medianos, de rácios obtidos por um universo de empresas do mesmo distrito da sede fiscal, para o efeito de fundamentação, foi apresentado um print informático da dita base de dados.

Ora, sendo a margem bruta de comercialização, um rácio que relaciona o valor das vendas com o custo suportado com as mesmas vendas, entende a AT que, deve ser corrigido o valor do Custo das Mercadorias Vendidas declarado pela V..., LDA, até porque o valor das vendas declarado está correto, *«uma vez que os clientes compram o mesmo produto, fabricado na mesma fábrica a um ou outro fornecedor se apresentar o mesmo preço»*.

Importa então analisar, o que verdadeiramente está em causa neste processo, ou seja, a falta do dever especial de fundamentação, por parte da AT, relativo as correções efetuadas, com recurso aos preços de transferência, como é exigido pela Lei. Este foi o argumento utilizado pela V..., LDA, aquando da impugnação dos atos de liquidação, tendo-lhe sido dado razão em primeira instância pelo Tribunal Tributária de Lisboa, bem como, posteriormente pelo Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), para o qual tinha recorrido a Fazenda Pública, em representação da AT.

O TCAS na sua decisão, explicita a falta de cumprimentos dos requisitos plasmados no n.º 3 do art.º 77.º da LGT (redação à data dos factos de 1997) e art.º 80 do CPT, que o relatório dos Serviços de Inspeção da AT apresenta na sua fundamentação, nomeadamente, quanto à descrição das relações especiais, efetuando apenas uma mera conclusão e nada é dito no que respeita à descrição dos termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias.

Conforme já vimos na presente dissertação, atualmente o art.º 63.º do CIRC, no seu n.º 4, explicita quanto é que estamos na presença de relações especiais entre duas entidades, e especificando os casos em que tal acontece, nas várias alíneas do referido n.º 4, pelo que, a AT quando procede a correções com base neste preceito legal, terá que caracterizar essas relações e enquadrá-las numa dessas designadas alíneas, como se pode comprovar na decisão do CAAD, no proc.º 511/2018-T, que consta no ponto anterior da presente dissertação.

Ora, no caso em concreto, nada é dito no acórdão, se na redação do art.º 57.º CIRC de 1997, também constavam especificamente as situações em que existem relações especiais (tal como na redação atual do n.º 4 do art.º 63.º), o Tribunal apenas refere que, a AT apenas efetuou uma conclusão.

Relativamente à questão, da descrição dos termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias, a

aplicação de uma margem bruta de comercialização do setor, obtida através das bases de dados interna da AT, foi apurada de acordo com o declarado por esse universo de contribuintes, englobando a própria V..., LDA, e todas as entidades consigo relacionadas, como a N..., ou seja não existe uma base de comparação com entidades só independentes.

Acresce que, quando se analisa entidades do mesmo setor, na prática podem não desenvolver em concreto atividades (vendas ou serviços) em idênticas circunstâncias e vender bens ou prestar serviços idênticos ou similares.

Em suma, neste caso em concreto, a base de comparação que a AT deveria ter utilizado, eram as margens que são aplicadas normalmente por uma entidade independente de V..., LDA, em operações desenvolvidas nas mesmas circunstâncias, obtidas através de transações, de V..., LDA com entidades independentes, entre uma empresa do mesmo grupo com entidades independentes ou entre duas entidades independentes, pelo que, compreende-se o acórdão do TCAS.

#### **4 - Aplicação do art.º 67.º CIRC sobre a dedutibilidade dos gastos de financiamento:**

##### **4.1 - Processo n.º 177/2019-T do CAAD (decisão de 19 setembro de 2019):**

**Assunto:** Gastos de financiamento. Limitação da dedutibilidade. Grupo de sociedades.  
Aplicação da Lei no tempo.

**Requerente:** Sociedade A..., SA, sociedade dominante do Grupo de sociedades B....

**Requerida:** Autoridade Tributária

##### **Matéria de facto:**

###### **A) Da Requerente:**

1 - A Requerente A... SA, é a sociedade dominante de um grupo de sociedades (“Grupo B...”) que, em 2014, era composto ainda pelas sociedades C..., SGPS, S.A. (“C...”), D... Unipessoal, Lda. (“D...”), E..., Lda., (“E...”), F..., S.A. (“F...”), G..., Lda. (“G...”), H..., Lda. (“H...”), Parque Eólico I..., S.A. (“PE I...”), Parque de J..., S.A. (“PE J...”), K...- Parque Eólico K..., S.A. (“K...”), L..., S.A. (“L...”), M..., S.A. (“M...”), Parque Eólico de N..., Lda. (“PE N...”), O..., Lda. (“O...”), P..., Lda. (“P...”) e Q..., S.A. (“Q...”).

2 - O grupo B.... optou pela aplicação do RETGS a partir do período de 2009.

3 - A sociedade dominante, A... SA, comunicou à AT a sua opção pela aplicação da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos do grupo, em 18-03-2014, tendo tal opção produzido efeitos desde 01-01-2014.

**B) Ações Inspetivas da Autoridade Tributária:**

1 – No decurso da ação inspetiva interna realizada à Requerente, na qualidade de sociedade dominante do Grupo B..., procederam os Serviços de Inspeção Tributária ao reflexo, nos resultados do grupo, do exercício de 2014, nomeadamente na declaração modelo 22, das correções efetuadas às seguintes sociedades:

**Quadro 4.15** – Valor das correções fiscais efetuadas ao resultado do Grupo B..., pela AT

<b>Empresa</b>	<b>Correções Mat colet.</b>
K...SA	99.925,76
C...SGPS, SA	15.378.472,99
D...	6.420.292,24
<b>Total correc. Grupo</b>	<b>21.898.690,99</b>

2 – Na inspeção interna efetuada à empresa K...SA, foi verificado que, nos anos 2012 a 2014, foram registados na rubrica de Gastos/reversões de depreciação e de amortização, valores superiores aos aceitáveis para efeitos fiscais, nos termos do n.º 1 do artigo 34º do CIRC, e esses valores não foram acrescido no campo 719 do quadro 07 da declaração modelo 22 de IRC para efeitos de determinação do rendimento tributável de IRC, nomeadamente:

- Estão a ser depreciados, à taxa de 5%, bens com a designação de «terrenos», mas registados com o código 2470, que corresponde a Projetos de desenvolvimento, sendo que, os terrenos não estão sujeitos a depreciação pelo que os gastos registados a este título não são dedutíveis para efeitos de IRC, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 34.º CIRC.
- Estão a ser depreciados bens registados com o código 2470, que corresponde a Projetos de desenvolvimento, para os quais está prevista uma taxa máxima de depreciação anual de 33,33%, estando a contabilizar depreciações à taxa de 5%. Assim, uma vez que para este tipo de bens a depreciação teria de ser efetuada num período mínimo de 3 anos (100/33,33) e no máximo de 6 (100/16,665), não poderão ser deduzidos para efeitos fiscais os valores registados como depreciações a partir do ano de 2009 para os bens adquiridos em 2004, nos termos da alínea d) do n.º 1 do art.º 34.º CIRC.

Face ao exposto foram apuradas as seguintes correções:

**Quadro 4.16** – Valor das correções efetuadas às amortizações e depreciações de K...

Código	Designação	Ano início utilização	Valor Bruto	Tx depreciação		Depreciação anual registada
				tabela	praticada	
2470	terrenos	2009	1.758.466,17	0,00%	5,00%	87.923,31
2470	projetos	2004	110.000,00	33,33%	5,00%	5.500,00
2470	ligação à rede	2004	69.849,00	33,33%	5,00%	3.492,45
2470	coordenação	2004	60.000,00	33,33%	5,00%	3.000,00
2470	licenciamento	2004	200,00	33,33%	5,00%	10,00
<b>Soma</b>						<b>99.925,76</b>

Relativamente a estas correções, a empresa K..., exerceu o seu direito de audição, por escrito, nos termos do art.º 60.º LGT e 60.º do RCPITA, os seus argumentos não foram aceites, pelo que, traduziram-se em correções definitivas, no âmbito do procedimento inspetivo.

### 3- Na inspeção interna efetuada à empresa D..., importa referir o seguinte:

- No exercício em análise (2014), o montante total de gastos de financiamento que não foram dedutíveis, por ultrapassarem o limite do n.º 1 do art.º 67.º CIRC, foi de **€ 6.107.070,50**.

-Foram efetuadas correções no montante de **€6.420.292,24**, assim discriminados:

- **€ 5.220.292,24** relativa a «Reporte dos gastos de financiamento líquidos de períodos de tributação anteriores (art.º 67.º CIRC)», valor que foi deduzido no campo 795 do Q 07 da mod. 22 de IRC de 2014, que não foi aceite fiscalmente, por aplicação das alíneas b) e c) do n.º 5 do art.º 67.º CIRC, em virtude dessa dedução ter ultrapassado o limite previsto no n.º 1 art.º 67.º CIRC.

- **€ 1.200.000,00** registado na conta “68881 – Indemnizações”, no qual o sujeito passivo, considerou indevidamente, como um gasto fiscalmente dedutível, tendo reconhecido na contabilidade como tal, o pagamento que efetuou a CM..., a título de indemnização por esta ter abdicado do direito de adquirir gratuitamente uma participação de 5% no capital social do N... LDA, detido na totalidade pelo sujeito passivo.

### 4 – Na inspeção interna efetuada à empresa C...SGPS, SA, foi verificado o seguinte:

- No exercício em análise (2014), esta empresa incorreu nos seguintes gastos de financiamento:

**Quadro 4.17** – Valores de gastos financiamento contabilizados em 2014 na empresa C...SGPS, SA

<b>Origem</b>	<b>Gastos de financiamento</b>
D...	4.928.831,54
A...	4.635.486,67
Outros gastos de financiamento	1.916,79
<b>Total</b>	<b>9.566.235,00</b>

Os empréstimos concedidos pela D... são descritos como de cobertura de carências de tesouraria (conforme contratos fornecidos).

Os empréstimos concedidos pela A... (empresa-mãe) têm a natureza de suprimentos.

- Foram concedidos empréstimos à sociedade D...LDA, no montante de €63.741.036,97.

- No quadro 07 – *apuramento do lucro tributável*, da declaração modelo 22 de IRC do exercício de 2014, **foi deduzido o montante de €14.639.632,64**, inscrito no campo 794 - *reporte dos gastos de financiamento líquidos de períodos de tributação anteriores e acrescido o montante de € 8.557.394,65*, inscrito no campo 746 - *limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento líquidos*.

- No exercício de 2014, não apresentou resultados positivos (EBITDA).

- Após esclarecimentos efetuados pelo respetivo contabilista certificado, ficou-se a saber que, o valor deduzido e inscrito no campo 794 do Q 07 da declaração modelo 22 IRC (€ **14.639.632,64**), corresponde ao somatório dos encargos financeiros **acrescidos no campo 748 da declaração Modelo 22 de 2013, € 5.812.237,99**, com os encargos financeiros **acrescidos no campo 748 da mesma declaração relativa ao ano de 2014, € 8.557.394,65**.

- Após os esclarecimentos obtidos e análises efetuadas, os Serviços de Inspeção Tributária concluíram o seguinte:

- Não aceitar a dedução do montante de **€5.812.237,99**, inscrito no campo 794 do Q 07 da declaração modelo 22 IRC de 2014, tendo em conta que o sujeito passivo não apresentou resultados positivos no exercício de 2014 (EBITDA), pelo que, não são dedutíveis quaisquer valores de exercícios anteriores, uma vez que o limite de € 1.000.000,00 previsto na al. a) do n.º 1 do art.º 67.º do CIRC foi utilizado pelo sujeito passivo, com gastos de financiamento do próprio exercício (€9.566.235,00).

- Não aceitar a dedução fiscal do valor de **€9.566.235,00**, relativo ao total de gastos de financiamento incorridos em 2014, pelo sujeito passivo, por força da limitação imposta pelo art.º 23.º CIRC, que versa a dedutibilidade apenas dos gastos (de financiamento) incorridos de forma a obter ou garantir rendimentos sujeitos a IRC.
- Dada as correções acima explanadas, foi a empresa C...SGPS, SA, notificada nos termos dos artigos 60.º da LGT e RCPITA para o exercício de audição previa, o que não veio a exercer, pelo que resultaram as seguintes correções ao lucro tributável do exercício de 2014:

**Quadro 4.18** – Valor das correções, aos prejuízos fiscais da empresa C...SGPS, SA

Gastos de financiamento deduzidos pelo SP	Gastos de financiamento dedutíveis	Correções so lucro tributável	Prejuízo fiscal declarado	Prejuízo fiscal corrigido
(A)	(B)	C = (A) - (B)	D	D + C
15.378.472,99	0,00	15.378.472,99	-15.495.355,13	-116.882,14

### **Argumentos das partes e decisão do CAAD:**

#### **1 – Questão da correção à matéria tributável da K..., relativo à amortização respeitante a terrenos:**

##### **A) Argumentos da AT:**

- A AT entendeu que, como os terrenos, em regra, não sofrem depreciação, não são aceites gastos com depreciações, acordo com disposto na alínea d) do n.º 1 do art.º 34.º CIRC, o que motivou a desconsideração da dedutibilidade fiscal.

##### **B) Argumentos da Requerente:**

- No exercício do seu Direito de audição, no âmbito do procedimento inspetivo, a empresa K...já tinha referido que, não é, nem nunca foi, proprietário de quaisquer terrenos, os valores identificados nos mapas de depreciações e amortizações a este título, referem-se a montantes despendidos com terrenos no período de construção do parque com obtenção dos direitos de utilização dos terrenos, indemnizações e rendas pagas a proprietários, apesar de não ter sido, apresentados nenhuns documentos justificativos do alegado.
- Estas afirmações são reiteradas pela Requerente, reforçando que, aquele valor se refere a importâncias despendidas no período de construção do parque eólico, nomeadamente com

a obtenção dos direitos de utilização dos terrenos, indemnizações e rendas pagas aos proprietários de terrenos.

### **C) Decisão do CAAD:**

- Referem os árbitros do CAAD que, como resulta da matéria de facto fixada, não se provou que a K..., fosse proprietária de quaisquer terrenos, afiguram-se credíveis as afirmações da Requerente, não sendo estas contrariadas por qualquer elemento de prova e são corroboradas pelos contratos de arrendamento juntos aos autos.

- Para além disso, não tendo a AT conseguido identificar qualquer direito sobre terrenos de que fosse titular a empresa K..., apesar de possuir a informação sobre os direitos reais sobre terrenos, constantes nas matrizes prediais, então a prova produzida, aponta no sentido de não estar subjacente àquele valor a depreciação de terrenos.

- Em suma, entendem os árbitros do CAAD que, a correção efetuada tem por base factos que não correspondem à realidade, pelo que, deve ser anulada a liquidação, na parte correspondente à depreciação dos terrenos.

## **2 – Questão da correção à matéria tributável da K..., relativo a depreciações praticadas para além do período máximo de vida útil:**

### **A) Argumentos da Requerente:**

- No exercício do direito de audição, no âmbito do procedimento inspetivo, a empresa K... esclareceu que, as depreciações e amortizações praticadas para além do período de vida útil, foram considerados no campo 775 – *Outras Deduções*, do Q07 da respetiva declaração modelo 22 de IRC, para além de estarem identificadas nos respetivos mapas de depreciações e amortizações.

- Refere ainda que, no campo 775 do Q 07 da declaração modelo 22 IRC, foi inscrito o valor €196.363,88, que corresponde ao valor líquido indicado no mapa de reintegrações e amortizações, calculado com base no valor global das reintegrações e amortizações (€208.366, 37), deduzido do valor de €12.002,45, relativo a reintegrações e amortizações não aceites fiscalmente.

### **B) Argumentos da AT:**

- A AT reconhece que, de facto os valores em causa, estão devidamente identificados nos mapas de depreciações e amortizações na coluna correspondente a reintegrações e amortizações não aceites.
- Contudo, refere a AT, este valor não foi acrescido para efeitos de determinação do rendimento tributável de IRC, uma vez que as depreciações e amortizações não aceites como gastos, nos termos do n.º 1 do artigo 34º do CIRC, devem ser acrescidas no campo 719 – *Depreciações e amortização (art.º 34.º n.º 1) não aceites como gastos*, da declaração modelo 22 de IRC, e este campo das declarações modelo 22 do sujeito passivo respeitantes aos exercícios de 2012, 2013 e 2014, não tem qualquer valor.
- O campo 775 da declaração modelo 22 de IRC destina-se a registar valores a deduzir ao rendimento apurado pela contabilidade que não estejam expressamente previstos nos campos anteriores.
- Assim, comprova-se que a empresa não acresceu estes valores para efeitos de apuramento do rendimento tributável de IRC dos anos de 2012, 2013 e 2014.

### **C) Decisão do CAAD:**

- Ambas as partes concordam, com o facto de terem sido praticadas depreciações para além do prazo máximo de vida útil dos bens depreciados, no caso em concreto, no montante de € 12.002,45, que não relevam para a determinação do lucro tributável.
- Porém, concluem os árbitros do CAAD, resulta da matéria de facto que, apesar do sujeito passivo, não ter acrescido qualquer valor no campo 719 do Q07 da modelo 22 de IRC, indicou no campo 775 (relativo a valores a deduzir para apuramento do lucro tributável) o valor de € 196.363,88, que é o valor líquido indicado no “*Mapa de Reintegrações e amortizações*”, calculado com base no valor de relativo à globalidade das reintegrações e amortizações ( €208.366,37) deduzido do valor de €12.002,45, relativo a «*reintegrações e amortizações não aceites*»..
- Ou seja, apesar de não ter indicado no campo 719 o valor de €12.002,45 respeitante à parte das depreciações não aceites, o sujeito passivo não considerou esse valor, como gasto, pois reduziu nesse mesmo montante, ao valor total das reintegrações e amortizações que indicou no campo 775.

**- Referem ainda os árbitros do CAAD que, para a determinação do lucro tributável, importa a verdade material, de acordo com o art.º 58.º da LGT, e não a correção formal do preenchimento da declaração modelo 22 de IRC, pelo que, não tem qualquer fundamento legal a correção fiscal, relativo às amortizações não aceites, tendo sido considerado como gasto, o valor que deveria ter sido considerado.**

**3 – Questão da não aceitação dos gastos de financiamento relativos ao ano de 2013, no valor total de €11.032.530,23, que corresponde ao somatório das correções efetuadas às empresas C...SGPS, SA e D..., nos montantes de €5.812.237,99 e €5.220.292,54 respetivamente.**

**A) Argumentos da AT:**

Os motivos invocados pela AT, para não aceitar as deduções daqueles montantes a ambas as entidades (empresa C...SGPS, SA e D...) foram os seguintes:

- O montante a deduzir em 2014, relativo a gastos de financiamento de períodos anteriores (como no caso em concreto), nos termos da alínea b) do n.º 5 do art.º 67.º do CIRC, não aproveita do limite do grupo, mas apenas pode ir, até ao limite previsto no n.º 1 do art.º 67.º do CIRC, correspondente à sociedade a que respeitam, calculado individualmente, pelo que, em primeiro lugar, se deve ter em conta se existe em 2014 «folga» para gastos de períodos anteriores, em cada uma das entidades.

- No caso da entidade C...SGPS, SA, e como consta da matéria de facto provada, em 2014, a sociedade incorreu em gastos de financiamento no valor total de €9.566.235,00, não tendo apresentado resultados positivos (EBITDA) nesse mesmo ano, pelo que, não é possível deduzir quaisquer valores de exercícios anteriores, uma vez que o limite de €1.000.000,00 previsto na alínea a) do n.º 1 do art.º 67.º CIRC foi utilizado com os gastos de financiamento do próprio exercício (2014).

- Ora relativamente à entidade D..., os seus valores de gastos de financiamento líquidos no exercício de 2014, já ultrapassam o limite previsto no n.º 1 do art.º 67.º do CIRC, no montante de €6.107.070,50 (*vide alínea B) Ações inspetivas da AT, ponto 3, da matéria de facto*). Tal situação inviabiliza a dedução do reporte de exercícios anteriores.

- Mais acrescenta a AT que, mesmo se hipoteticamente, fosse possível ser utilizado o reporte dos gastos de financiamento líquidos, não deduzidos ao resultado tributável da empresa no ano anterior, nos termos das alíneas b) e c) do n.º 5 do art.º 67.º do IRC, esta

dedução teria de operar no resultado tributável do grupo, e não no resultado tributável da empresa.

### **B) Argumentos da Requerente:**

A Requerente defende que:

- Na sequência da opção que fez nos termos do n.º 5 do artigo 67.º do CIRC, na redação de 2014, a dedução de gastos de financiamento de 2013 das aludidas sociedades deve ser efetuada tendo em conta o resultado fiscal do Grupo no exercício de 2014, tal como já se encontrava constituído, para efeitos de RETGS, nesse mesmo ano de 2013.

- O n.º 5 do art.º 67.º do CIRC, na redação da Lei n.º 2/2014, «*disciplina de forma relativamente completa o tratamento fiscal a conceder aos gastos de financiamento que tenham sido apurados antes da aplicação do RETGS e depois da opção pela aplicação desse regime*».

- Após a entrada em vigor do n.º 5 do art.º 67.º do CIRC, foi dado mesmo tratamento aos encargos financeiros suportados nos anos de 2013 e de 2014, sendo que a Lei n.º 2/2014, vem aplicar-se, de imediato e com efeitos prospetivos, a um direito já constituído em 2013, e que se consubstancia na possibilidade de reportar para os exercícios subsequentes o montante do excesso dos gastos de financiamento ainda não deduzidos quando a nova redação entrou em vigor e mesmo que se tratasse de uma aplicação retroativa, ela seria constitucionalmente admissível por ser mais favorável ao sujeito passivo.

- Com a Lei n.º 2/2014 de 16 janeiro, o art.º 70.º do CIRC foi igualmente alterado, passando a determinar que o lucro tributável do grupo, uma vez exercida a opção pelo disposto no n.º 5 do artigo 67.º, pudesse ser apurado de modo a ajustar a soma algébrica dos lucros e prejuízos do efeito decorrente dessa opção.

- Mais refere a Requerente que, nenhuma norma especial de direito transitório, prevê expressamente o tratamento a conceder aos encargos de financiamento já apurados no ano de 2013 e que, por ultrapassarem os limites de dedutibilidade individual (na redação e numeração da norma em vigor nesse ano), poderiam ser considerados na determinação do lucro tributável de um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores, conforme dispõe o n.º 2 do art.º 67.º do CIRC.

- Acresce que o legislador não quis distinguir a dedutibilidade de gastos líquidos de financiamento em função do ano em que os mesmos tivessem sido incorridos, desde que, já

o tivessem sido no âmbito da aplicação do RETGS, sendo que, o n.º 5 do artigo 67.º do CIRC apenas faz distinção entre gastos de financiamento anteriores e posteriores à aplicação do RETGS e no caso das empresas C...SGPS, SA e D..., os encargos de financiamento incorridos, já foram gerados no Grupo B..., quando era “aplicável o referido regime.

- A alteração ao artigo 67.º do IRC e a previsão da sua aplicação ao RETGS visava o desencorajamento de *«comportamentos de substituição e reorganizações motivadas exclusivamente pela necessidade de adaptar a realidade empresarial às suas diretrizes»*, e a Requerente refere que, cumpriu escrupulosamente tal espírito, na medida em que manteve a estrutura de financiamento que tinha antes da Reforma (até 2013), no cenário pós-Reforma de IRC (em 2014 e nos anos subsequentes).

- A Requerente ao abrigo do princípio da legalidade, ínsito nos art.ºs 103 e 165.º alínea i), da CRP, solicita que sejam aceites a dedução fiscal dos gastos de financiamento incorridos no exercício de 2013.

### **C) Decisão do CAAD:**

Os árbitros do CAAD concluem o seguinte:

- Na redação da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, anterior à entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 janeiro, o disposto no art.º 67.º do CIRC, relativo à limitação da dedutibilidade dos montantes de gastos de financiamento, aplicava-se individualmente a cada entidade tributada no âmbito do RETGS, conforme dispunha o n.º 4 do referido artigo.

- A entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, vai alterar os art.ºs 67.º e 70.º ambos do CIRC, nomeadamente permitindo que, o disposto no art.º 67.º CIRC, possa ser aplicado para a determinação do lucro tributável de um grupo de sociedades sujeitos ao RETGS, conforme plasmado no n.º 5 do art.º 67.º, e de acordo com os requisitos das alíneas a) a d) do referido preceito legal, sendo que o art.º 70.º foi ajustado a essas alterações.

- Com a nova redação do art.º 67.º CIRC, dado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, *« Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo relativos aos períodos de tributação anteriores à aplicação do regime e ainda não deduzidos apenas podem ser considerados, nos termos do n.º 2, até ao limite previsto no n.º 1 correspondente à*

*sociedade a que respeitem, calculado individualmente*», conforme a alínea b) do n.º 5 do art.º 67.º do CIRC.

- A Requerente assenta a sua tese na inexistência de uma norma de direito transitório específica sobre a aplicação do antigo e novo regime previstos no artigo 67.º do CIRC, antes e depois da reforma do IRC operada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro. No entanto, esta Lei contém uma norma geral sobre a sua aplicação no tempo, que é o artigo 14.º - *Produção de efeitos*, em que se estabelece o seguinte, «*Sem prejuízo do disposto no artigo 8.º, a presente lei aplica-se aos períodos de tributação que se iniciem, ou aos factos tributários que ocorram, em ou após 1 de janeiro de 2014.*».

O artigo 8.º que se refere neste artigo 14.º da Lei n.º 2/2014 reporta-se à evolução das taxas, que não releva para a apreciação da questão que é aqui colocada.

- Assim, a norma transitória especial que consta do artigo 14.º da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, para além de limitar a sua aplicação aos períodos de tributação que se iniciem a partir de 01-01-2014, ao referir-se também «*aos factos tributários que ocorram, em ou após 1 de janeiro de 2014*» exprime um pensamento legislativo no sentido de afastar a aplicação imediata da nova lei a factos ocorridos em períodos anteriores, mas a que é atribuída relevância nos períodos de tributação a partir de 2014.

- Acresce que, é também este o regime de aplicação da lei no tempo que decorre das regras gerais, quer a prevista no artigo 12.º, n.º 1, da LGT, em que se estabelece a regra de que «*as normas tributárias aplicam-se, aos factos posteriores à sua entrada em vigor*», quer a do artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil em que se estabelece que, quando a lei dispõe sobre efeitos de quaisquer factos, «*entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos*».

- Assim, embora ambas as redações do artigo 67.º do CIRC se refiram a «*gastos de financiamento líquidos*», elas **não se reportam aos mesmos gastos de financiamento líquidos**, pois a redação de 2013 aplica-se aos gastos gerados antes de 01-10-2014 (constituídos na sua vigência) e a redação de 2014 aplica-se aos gastos em que a sociedade incorra a partir desta data.

- No caso de consideração de gastos de financiamento líquidos não dedutíveis em 2013 na determinação do lucro tributável de períodos de tributação posteriores, está-se perante efeitos de factos ocorridos em 2013, pelo que esses efeitos são definidos pela lei vigente no

momento em que ocorreram, só de aplicando o novo regime a factos tributários ocorridos a partir de 01-01-2014.

- Referem ainda os árbitros do CAAD que, decorre do texto da lei, a preocupação com a redução do endividamento das empresas, facto demonstrativo disso é o patenteado no n.º 7 do art.º 12.º da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, estabelecendo que *«nos períodos de tributação iniciados entre 2014 e 2017, o limite referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do Código do IRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo, é de 70 % em 2013, 60 % em 2015, 50 % em 2016, 40 % em 2017 e 30 % em 2017»*.

**Pelo exposto, relativamente às correções da dedução fiscal destes montantes de gastos de financiamento relativos ao exercício anterior de 2013, o CAAD entende não dar razão à Requerente.**

**4 - Questão da não aceitação dos gastos de financiamento relativos ao ano de 2014, indicados na declaração modelo 22 de IRC da C...SGPS, SA:**

**A) Argumentos da AT:**

A AT entendeu, não aceitar o total dos gastos de financiamento incorridos em 2014 pela sociedade C...SGPS, SA, que constam na contabilidade desta empresa e refletido nos resultados do grupo, invocando os seguintes motivos:

- Com a redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 janeiro, o n.º 1 do art.º 23.º do CIRC, apenas permite a dedução de gastos e perdas (incluindo de financiamento) incorridos de forma a obter ou garantir rendimentos sujeitos a IRC.

- Ora, sendo a sociedade C...SGPS, SA uma SGPS, os gastos de financiamento por si suportados, só serão dedutíveis fiscalmente, se tiver como base a obtenção de rendimentos na esfera da SGPS, designadamente os decorrentes da prestação de serviços às participadas no âmbito das funções de uma SGPS (Decreto-Lei nº 495/85, de 30 de dezembro - Regime jurídico das SGPS), como por exemplo a aquisição de equipamento administrativo para a SGPS ((*STA, 26/06/2001, recurso n.º 4783/01, Relator: Valente Torrão*)).

- No caso da SGPS, se os gastos de financiamento incorridos com empréstimos a participadas, não originarem outros rendimentos que não aquele que, por via do regime da «participation exemption», não concorrem para o lucro tributável, não serão dedutíveis»

## **B) Argumentos da Requerente:**

- Em 2014, o grupo B... optou pela faculdade prevista no n.º 5 do art.º 67.º do CIRC, e não sendo possível corrigir o lucro tributável do Grupo no campo 395 da declaração do Grupo, porque não permitia ajustamentos de sinal negativo, então foi feita a opção de efetuar as correções nas declarações individuais das empresas.

## **C) Decisão do CAAD:**

Sobre a dedutibilidade dos gastos de financiamento suportados por SGPS, os árbitros do CAAD concluem o seguinte:

- Na redação anterior do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC, estabelecia-se que, *«consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora»*, pelo que, em face desta redação, foi-se formando um entendimento doutrinal e jurisprudencial no sentido de, para ser permitida a dedutibilidade de gastos, não era necessário existir uma relação de causalidade entre esses mesmos gastos e a obtenção de rendimentos, bastando que aqueles fossem suportados no interesse da empresa, como foi reconhecido nos acórdãos do STA de 21-09-2016 e 15-11-2017, nos processos n.ºs 0571/03 e 0372/16 respetivamente.

- Ora, entende o CAAD que, à luz desta jurisprudência, não tem razão a AT, sobre a obrigação de existir uma ligação de causalidade entre os gastos incorridos e a obtenção e rendimentos sujeitos a IRC.

- Reforça ainda o CAAD que, no Relatório Final da Comissão para a reforma do IRC (2013), refere expressamente que *«Ora, na doutrina, é hoje bastante consensual que a indispensabilidade dos gastos deve, num plano geral, ser entendida como considerando dedutíveis aqueles que sejam incorridos no interesse da empresa, na prossecução das respetivas atividades. Tem-se afastado, pois, a interpretação do conceito de indispensabilidade como significando uma necessária ligação causal entre gastos e rendimentos (...). Assim, o artigo 23.º do Código do IRC passa a consagrar como princípio geral de que, para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis os gastos relacionados com a atividade do sujeito passivo por este incorridos ou suportados.»*

- Dito isto, o CAAD verifica igualmente que, a formulação proposta pela Comissão para o n.º 1 do art.º 23.º do CIRC, é algo diferente da redação que adotada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, no entanto, também a redação anterior desse preceito legal tinha uma

referência à dedução de gastos «*para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora*», mas que era na generalidade interpretada, inclusive pelo STA, como não exigindo uma relação de causalidade entre gastos e rendimentos.

- Por outro lado entende o CAAD que, o n.º 1 do art.º 23.º do CIRC ao fazer referência a «*rendimentos sujeitos a IRC*», nem abrange literalmente a globalidade dos rendimentos, pois muitos destes rendimentos podem até não serem tributados, no caso de estarem isentos de IRC.

- Por isso, não pode ver-se na expressão «*rendimentos sujeitos a IRC*» uma forma de abranger a globalidade das situações de não tributação, incluindo as isenções, pois a interpretação coerente, é de que se pretende excluir os gastos relacionados com rendimentos não incluídos no âmbito de incidência de IRC, nomeadamente, os abrangidos por delimitações negativas expressas da incidência, como é o caso das previstas nos artigos 6.º e 7.º do CIRC.

- No caso concreto da sociedade C...SGPS, SA, os seus rendimentos estão sujeitos a IRC, enquadram-se no âmbito da incidência de IRC, nos termos dispostos nos artigos 3.º e 4.º e 20.º do CIRC.

-Relativamente à circunstância dos gastos de financiamento suportados pela C...SGPS, SA, terem o objetivo de conceder empréstimos não remunerados a uma participada integrada no mesmo grupo de sociedades, não obsta à dedutibilidade dos gastos, conforme o entendimento dado pelo STA no acórdão de 21-02-2018 no processo n.º 0473/13.

**Assim pelo exposto, entende o CAAD que, a redação de 2014 do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC, não permite afastar a possibilidade da dedutibilidade de gastos de financiamento sujeitos a IRC.**

#### **5 – Questão da dedutibilidade do gasto fiscal no montante de € 1.200.000,00 registado como indemnização:**

Relativamente a este montante contabilizado na conta 68881 – *Indemnizações*, o CAAD deu provimento aos argumentos da AT, pelo que, não foram aceites os argumentos da Requerente, assunto este que não vai ser explanado, em virtude de não estar relacionado com a aplicação do art.º 67.º do CIRC, preceito legal que é o objeto do nosso estudo no âmbito deste acórdão.

#### **4.1.1 – Apreciação crítica da decisão do CAAD:**

Neste acórdão do CAAD, para além das situações relacionadas com as depreciações e indemnizações não aceites fiscalmente, importa analisar as questões levantadas com a aplicação da norma anti abuso plasmada no art.º 67.º do CIRC, relativo à dedutibilidade fiscal dos gastos de financiamento.

Ora, o CAAD é chamado a pronunciar-se sobre duas questões, que tem em causa a aplicação ou não, das regras do art.º 67.º do CIRC, nomeadamente as seguintes:

- A questão do reporte dos gastos de financiamento líquidos de períodos de tributação anteriores à aplicação do regime do n.º 5 do art.º 67.º CIRC e ainda não deduzidos;
- A questão da dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos suportados por uma SGPS, para a concessão de empréstimos não remunerados a uma outra sociedade participada do mesmo grupo;

#### **1- A questão do reporte dos gastos de financiamento líquidos de períodos de tributação anteriores à aplicação do regime do n.º 5 do art.º 67.º CIRC e ainda não deduzidos:**

Em 18-03-2014, a Requerente como sociedade dominante do grupo, no qual faziam parte igualmente, entre outras sociedades, a C...SGPS, SA e D..., comunicou à AT, a sua opção pela aplicação da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos do grupo, produzindo efeitos desde 01-01-2014.

Ora, este regime da opção, que permite aplicar o disposto do art.º 67.º do CIRC, para efeitos de determinação do lucro tributável do grupo, entrou em vigor em 2014, com a Lei 2/2014, de 16 janeiro, sendo que neste caso, o limite da alínea b) do n.º 1 quando maior que €1.000.000,00, é apurado «*com base no resultado consolidado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, relativo à totalidade das sociedades que o compõem*»<sup>21</sup>, conforme o disposto na alínea a) do n.º 5 do mesmo artigo.

Acresce que, as sociedades do grupo, C...SGPS, SA e D..., no exercício anterior (2013), apresentaram valores de gastos de financiamento líquidos que não puderam ser deduzidos,

---

<sup>21</sup> Redação de 2014, atualmente esta alínea refere o seguinte «(...) *calculado com base na soma algébrica dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos apurados nos termos deste artigo pelas sociedades que o compõem*».

por ultrapassarem o limite do n.º 1 do art.º 67.º do CIRC, sendo que, estes montantes podem ainda serem reportados/considerados, para a determinação do lucro tributável de um ou mais cinco anos seguintes, conforme o disposto no n.º 2 do referido artigo.

No exercício de 2013, estava em vigor a redação do art.º 67.º introduzida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 dezembro, em que o seu n.º 4 referia, *«No caso de entidades tributadas no âmbito do regime especial de tributação de grupos de sociedades, o disposto no presente artigo é aplicável a cada uma das sociedades do grupo»*.

As sociedades C..., SGPS, SA e D..., com valores de gastos de financiamento relativos a 2013, que não foram possíveis deduzirem nessa altura, resolveram aplicar, em 2014, o regime novo de 2014 (mais favorável), e deduziram, esses montantes aos seus lucros tributáveis de 2014, sem terem em conta os limites do n.º 1 do art.º 67.º calculados individualmente por cada uma delas e os seus resultados, foram considerados no lucro tributável do grupo, apurado pela Requerente.

A Requerente argumenta que na sequência da opção que fez em 2014, nos termos do n.º 5 do art.º 67.º do CIRC, *«a dedução de gastos de financiamento de 2013 das aludidas sociedades deve ser efetuada tendo em conta o resultado fiscal do Grupo no exercício de 2014, tal como já se encontrava constituído, para efeitos de RETGS, nesse mesmo ano de 2013»*, para além disso refere ainda que, não existe nenhuma norma especial de transição entre a lei de 2013 e a de 2014, referindo ainda que, em 2013 as sociedades integravam já o grupo B..., que era tributado pelo RETGS desde 2009.

Ora, ao contrário do que a Requerente argumenta, o CAAD contrapõe, referindo que a Lei 2/2014, de 16 janeiro, responsável pela introdução da nova redação do art.º 67.º CIRC, apresenta uma norma geral sobre a sua aplicação no tempo, nomeadamente o art.º 14.º, que limita a aplicação desta Lei, apenas aos períodos de tributação que se iniciem em 01-01-2014, ou aos factos tributários que ocorram, em ou após o dia 1 de janeiro 2014.

Os árbitros do CAAD relembram ainda que, essa interpretação do art.º 14.º da referida lei, é a que decorre das regras gerais da aplicação da lei no tempo, existentes na LGT ou no Código Civil.

Para além destes factos, importa ainda referir que, a nova redação do art.º 67.º do CIRC, na alínea b) do n.º 5, define que *«Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo relativos aos períodos de tributação anteriores à aplicação do regime e ainda não*

*deduzidos apenas podem ser considerados, nos termos do n.º 2, até ao limite previsto no n.º 1 correspondente à sociedade a que respeitem, calculado individualmente.»*

Face ao exposto, neste caso em concreto, o facto tributário, gerador dos montantes de gastos de financiamento em causa, verificou-se no exercício de 2013, em que estava em vigor a redação do art.º 67.º do CIRC, dada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 dezembro, em que determina a aplicação do disposto daquele artigo, a cada sociedade individual, integrante do grupo tributado pelo RETGS.

Ora, constata-se que os gastos de financiamento líquidos da C...SGPS, SA. e da D..., respeitantes ao exercício de 2014, calculados individualmente, já excediam o limite previsto no n.º 1 do artigo 67.º, senão vejamos:

- A sociedade C...SGPS, SA, incorreu em 2014 em gastos de financiamento no montante de €9.566.235,00 e obteve resultados negativos (EBITDA) nesse mesmo ano, logo não são dedutíveis quaisquer valores de exercícios anteriores, uma vez que o limite de € 1.000.000,00 previsto na al. a) do n.º 1 do art.º 67.º do CIRC foi utilizado pela sociedade com gastos de financiamento do próprio exercício.

- Os gastos de financiamento líquidos incorridos pela sociedade D..., no exercício de 2014, ultrapassou o limite previsto no n.º 1 em cerca de €6.107.070,50, pelo que, não subsistia qualquer margem para a dedução de gastos de financiamento líquidos de exercícios anteriores.

Importa acrescentar que, a decisão do CAAD neste ponto, teve uma declaração de voto de vencido, por parte de um dos árbitros-

## **2 - A questão da dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos suportados por uma SGPS, para a concessão de empréstimos não remunerados a uma outra sociedade participada do mesmo grupo.**

Outra questão levantada neste processo, por parte da AT, é respeitante à legitimidade fiscal, de uma SGPS (caso concreto da C...SGPS, SA) poder deduzir os gastos de financiamento suportados com o objetivo de conceder empréstimos não remunerados a outra sociedade do grupo.

A AT, considera que este caso concreto, cai no crivo do art.º 23.º do CIRC, já nem se colocando a hipótese, da aplicação do disposto no art.º 67.º do mesmo diploma legal, ou

seja, a regra geral da dedutibilidade fiscal dos gastos (art.º 23.º) sobrepõe-se à regra específica da dedutibilidade dos gastos de financiamento (art.º 67.º).

Acrescenta a AT que, os gastos de financiamento suportados pela sociedade C...SGPS, SA, em 2014, não se destinam para a obtenção ou garantir rendimentos sujeitos a IRC.

A redação do art.º 23.º do CIRC de 2014 (exercício de análise no processo), foi dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro (que também introduziu a atual redação do art.º 67.º), estabelecendo o seu n.º 1 que *«Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC»*.

O CAAD, não corrobora da opinião da AT, sobre a obrigação de existir uma ligação de causalidade entre os gastos incorridos e a obtenção de rendimentos sujeitos a IRC, até porque, o entendimento doutrinal e jurisprudencial, sobre a aplicação do art.º 23.º, tem-se estabilizado, bastando que os gastos fossem suportados no interesse da empresa, como foi reconhecido nos acórdãos do STA de 21-9-2016, processo n.º 0571/13 e de 15-11-2017, processo n.º 0372/16.

Relembra ainda o CAAD que, a proposta da Comissão de revisão do IRC, para o n.º 1 do art.º 23.º, é diferente da que veio posteriormente a ser adotada, não incluía uma referência à relação entre os gastos e os rendimentos sujeitos a IRC. Contudo, na redação anterior do referido preceito legal, já constava a expressão, de suportar gastos *«para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora»*, que já era generalizadamente interpretada pelo STA, como não exigindo uma relação de causalidade entre gastos e rendimentos.

Acresce que, o facto do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC, referir que são dedutíveis os gastos suportados para obter ou garantir rendimentos sujeitos a imposto, não quer dizer que esses rendimentos são tributados, pois podem ser considerados isentos, apenas têm que se enquadrar no âmbito das regras da incidência, do CIRC, e no caso dos rendimentos da C..., SGPS, SA, os mesmos estão sujeitos a imposto, enquadrando-se no âmbito das regras de incidência definidas nos artigos 3.º e 4.º do CIRC.

Face ao exposto, entende o CAAD que, relativamente aos gastos de financiamento suportados por uma SGPS para financiar outra sociedade do grupo, o art.º 23.º do CIRC,

não permite afastar a sua dedutibilidade total, devendo sim, cumprir o disposto no art.º 67.º do referido diploma legal, quanto aos limites impostos a essa dedução fiscal.

## **Capítulo V – Análise comparativa das legislações de combate ao PFA:**

A falta de harmonização fiscal em termos de tributação direta, no seio da União Europeia, proporcionou a criação de autênticos regimes fiscais, que beneficiaram e incrementaram o planeamento fiscal agressivo, como sejam os casos, da Holanda, Malta, Luxemburgo, até a Irlanda com as suas taxas reduzidas aplicadas às sociedades.

Contudo com a introdução da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 julho de 2016 (ATAD 1) e posteriormente alterada pela ATAD 2, houve a intenção, por parte da UE, de uniformizar, entre os Estados Membros, a aplicação das várias normas anti abuso fiscal, pelo que, importa efetuar uma breve análise, sobre o ordenamento jurídico fiscal, que alguns destes Estados Membros apresentam, nomeadamente, nesta área da luta contra o PFA, bem como, alguns países externos à União Europeia.

### **1 - Espanha:**

O nosso vizinho ibérico, apresenta um ordenamento jurídico fiscal muito semelhante ao Português, tem uma Lei Geral Tributária, a *Ley 58/2003 de 17 diciembre, General Tributaria*, no qual se encontram plasmados os princípios, regras e conceitos basilares do seu sistema fiscal, tem o *Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas*, o equivalente ao CIRS e o *Impuesto sobre Sociedades* que corresponde ao CIRC em Portugal.

Importa então analisar as várias normas anti abuso fiscal plasmadas nestes vários diplomas legais.

#### **1.1 - Cláusula Geral Anti abuso:**

Espanha tem igualmente uma CGAA, que se encontra plasmada no art.º 15.º da *Ley 58/2003 de 17 diciembre, General Tributaria*<sup>22</sup>, que tem como epígrafe, conflito na aplicação da lei tributária.

De acordo com este preceito legal, existe um conflito na aplicação da lei tributária, quando determinados atos ou negócios são realizados com o propósito de reduzir total ou

---

<sup>22</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>

parcialmente a carga fiscal e desde que ocorram simultaneamente as seguintes circunstâncias:

- a) Que estes atos ou conjunto de atos considerados individualmente ou no seu todo, são notoriamente artificiais e impróprios para atingir o resultado pretendido.
- b) Que esses atos ou negócios foram realizados sem os efeitos jurídicos económicos relevantes, nem os efeitos que seriam obtidos com atos ou negócios usuais ou próprios, excetuando o objetivo pretendido de reduzir os impostos a pagar.

Quando se comprova, a realização desses atos ou negócios sem substância económica e com abuso das formas jurídicas, com o único propósito de diminuir a carga fiscal, efetua-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendida, conforme o n.º 3 deste preceito legal Espanhol.

Ora, a CGAA Espanhola difere grandemente da Portuguesa, quanto ao procedimento a adotar na sua aplicação, pois, enquanto que o ordenamento jurídico fiscal nacional, tem o art.º 63.º do CPPT, aqui no ordenamento Espanhol, o n.º 2 remete para o art.º 159.º do mesmo diploma legal, nomeadamente, sendo necessário, um relatório prévio favorável de uma comissão Consultiva, para que a Administração fiscal Espanhola possa declarar a conflito na aplicação da lei tributária.

De acordo com o referido 159.º da *Ley 58/2003 de 17 diciembre, General Tributaria*, a Comissão Consultiva é composta por dois representantes do órgão competente para responder às questões fiscais por escrito, sendo um deles Presidente, e por dois representantes da Administração Tributária.

Quando existe a probabilidade de estarem reunidas as circunstâncias de possível conflito na aplicação da Lei Tributária, a administração fiscal Espanhola, notificará a parte interessada no prazo de 15 dias, para apresentar as alegações e as provas que julgar apropriadas. Uma vez recebidas as alegações e as provas, serão enviadas à Comissão Consultiva toda a documentação do processo, o prazo do procedimento inspetivo fica suspenso, e a referida comissão terá três meses para emitir um relatório, podendo este prazo ser prorrogado por mais um mês, mediante justificação devidamente comprovada.

## 1.2 - Preços de Transferência:

A Espanha tem igualmente uma regra sobre preços de transferência, que se encontra consagrada no art.º 18.º – *Operaciones vinculadas* do *Impuesto sobre Sociedades*<sup>23</sup>, que segue as diretrizes da «*Guidelines*» da OCDE e no art.º 17.º *El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, encontram-se definidas as regras específicas para a determinação do preço de mercado, nas operações entre entidades relacionadas..

De acordo com o n.º 1 do art.º 18.º do *Impuesto sobre Sociedades*, as operações entre pessoas ou entidades relacionadas, serão avaliadas pelo seu valor de mercado, devendo este ser entendido, como o preço que seria acordado por pessoas ou entidades independentes em condições que respeitem o princípio da livre concorrência.

O n.º 2 nas suas várias alíneas, define as várias situações em que se considera que duas pessoas ou entidades são consideradas relacionadas, sendo perfeitamente semelhante ao n.º 4 do art.º 63.º do CIRC e que constam no quadro do *apêndice A* da presente dissertação.

O n.º 4 do referido art.º 18.º do *Impuesto sobre Sociedades*, explicita os métodos que podem ser utilizados na determinação dos preços de transferência, que são os recomendados pela «*Guidelines*» da OCDE, nomeadamente, *comparable uncontrolled price* (preço não controlado comparável), *resale price* (preço de revenda), *cost plus* (custo acrescido), *profit split* (divisão de lucro) e o *transactional net margin methods* (método da margem líquida da operação).

Como refere esse mesmo preceito legal, a escolha do método depende, da natureza da operação vinculada, da disponibilidade da informação fiável e o grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e as não vinculadas.

Em suma, também aqui na questão dos métodos, a legislação espanhola, até porque segue as orientações da «*Guidelines*» da OCDE, é muito semelhante ao plasmado no art.º 63.º do CIRC e na portaria 1446 –C/2001 de 21 dezembro, da legislação nacional.

É exigido igualmente às pessoas ou entidades relacionadas, que coloquem à disposição da administração fiscal espanhola, a documentação específica sobre preços de transferência, conforme o n.º 3 deste preceito legal espanhol em análise, sendo que, esta documentação

---

<sup>23</sup> BOE-062\_Impuesto\_sobre\_Sociedades%20(5).pdf

será simplificada para entidades com um volume de negócios inferior a 45 milhões de euros, exceto nas seguintes operações:

1. Nas realizadas por contribuintes sujeitos ao *impuesto sobre la renta de la personas físicas*, no desenvolvimento de uma atividade económica, com entidades vinculadas, nas quais esses ou seus cônjuges, ascendentes ou descendentes, individualmente ou conjuntamente entre todos eles, eles têm uma percentagem igual ou superior a 25% do capital social ou dos fundos próprios.
2. Nas operações de transmissão de negócios.
3. Operações sobre transferência de valores mobiliários ou participações representativas da participação em fundos próprios de qualquer tipo de entidade que não seja admitida à negociação em nenhum dos mercados regulamentados de valores mobiliários ou que seja admitida à negociação em mercados regulamentados localizados em países ou territórios classificados como paraísos fiscais.
4. Operações imobiliárias e sobre intangíveis.

No art.º 17.º *El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*<sup>24</sup>, constam as regras para a determinação do valor de mercado nas operações entre entidades relacionadas.

Pode-se entender este preceito legal aplicado aos preços de transferência, em parte como o que representa a portaria 1446 –C/2001 de 21 dezembro, na legislação nacional, define as regras nesta área, que estão genericamente plasmadas no art.º 18.º do *Impuesto sobre Sociedades*.

Conforme consta no n.º 1 do referido art.º 17.º *El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, para efeitos da determinação do valor de mercado, que pessoas ou entidades independentes teriam acordado, em condições que respeitem o princípio da livre concorrência, referido no n.º 1 do artigo 18.º *Impuesto sobre Sociedades*, devem ser comparadas as condições das operações entre entidades relacionadas com as condições das operações entre pessoas ou entidades independentes que podem ser comparáveis.

---

<sup>24</sup> BOE-062\_Impuesto\_sobre\_Sociedades%20(5).pdf

O n.º 2 refere que, para duas operações serem comparáveis, têm que ser levados em consideração as seguintes informações:

- a) As características específicas dos bens ou serviços objeto das transações entre partes relacionadas;
- b) As funções assumidas pelas partes no âmbito das operações em análise, identificando os riscos assumidos e ponderando, se for caso disso, os bens utilizados;
- c) As condições contratuais das quais decorrem, se for caso disso, as operações, tendo em consideração as responsabilidades, riscos e benefícios assumidos por cada uma das partes contratantes;
- d) As circunstâncias económicas que podem afetar as transações com partes relacionadas, em particular, as características dos mercados em que os bens são entregues ou os serviços são prestados;
- e) Estratégias de negócios. Da mesma forma, para efeitos de determinação do valor de mercado, que pessoas ou entidades independentes teriam acordado em condições que respeitem o princípio da livre concorrência;
- f) Qualquer outra circunstância que seja relevante e sobre a qual o contribuinte poderia razoavelmente recolher informações, também deve ser levado em consideração;

Em suma, todas estas informações explicitadas nas alíneas anteriores, constam igualmente na portaria 1446 –C/2001 de 21 dezembro, que regulamenta os preços de transferência em Portugal, até porque, os dois países seguem as recomendações da «*Guidelines*» da OCDE.

Acresce ainda que, de acordo com o n.º 4 do mesmo receito legal espanhol, duas ou mais operações são comparáveis, quando não existem diferenças significativas entre elas nas circunstâncias referidas no n.º 2 anterior, que afetem o preço do bem ou serviço ou a margem da operação, ou quando existem diferenças, mas podem ser eliminadas através de ajustes de comparabilidade necessários.

O grau de comparabilidade, a natureza da operação e a informação sobre operações comparáveis, constituem os principais fatores que determinarão, em cada caso, de acordo

com o disposto no n.º 4 do artigo 18.º do *Impuesto sobre Sociedades*, o método de avaliação mais adequada, de acordo com o n.º 6.

Por fim, o n.º 7 do art.º 17.º *El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, permite a utilização de métodos estatísticos, para minimizar o risco de erro causado por deficiências na comparabilidade das informações, quando seja possível determinar um intervalo de valores, que respeite o princípio de livre concorrência.

### **1.3 - Limitação à Dedução dos Gastos Financiamento:**

O art.º 16.º do *Impuesto sobre Sociedades*, regula a regra da limitação à dedução dos gastos financeiros, no qual o seu n.º 1, estabelece como limite ao montante da dedução dos gastos financeiros líquidos, o maior dos seguintes valores, 1 milhão de euros ou 30 % do resultado operacional do exercício, sendo que de acordo com este preceito legal, o resultado operacional será determinado da seguinte forma:

- a partir do resultado operacional da conta de ganhos e perdas do exercício, apurado de acordo com o Código Comercial, eliminando a amortização do ativo imobilizado, a alocação de subsídios de ativos fixos não financeiros e outros, a perda por redução ao valor recuperável e o resultado da venda de ativos fixos e a adição da receita financeira de participações em instrumentos patrimoniais, desde que correspondam a dividendos ou participações nos lucros de entidades nas quais, o percentual de participação, direta ou indireta, é de pelo menos 5% ou o valor de aquisição da participação é superior a 20 milhões de euros, exceto que as referidas participações foram adquiridas com dívidas cujas despesas financeiras não são dedutíveis pela aplicação da letra h) do n.º 1 do artigo 15 desta lei.

Ora a Espanha utiliza um conceito de EBITDA doméstico, ou seja, não é o conceito utilizado pela Diretiva anti elisão fiscal e pela legislação Portuguesa.

Importa ainda referir que, de acordo com o mesmo n.º 1 deste preceito legal, o montante de gastos financeiros líquidos, não deduzidos nos termos deste número, podem ainda serem deduzidos nos períodos tributários seguintes, juntamente com os do período tributário correspondente e com o limite anterior previsto.

Acresce que, conforme dispõe o n.º 2 deste preceito legal, no caso de o montante dos gastos de financiamento líquidos deduzido não atingir o limite definido no n.º 1, então a

diferença entre o limite mencionado e os gastos financeiros líquidos do período tributário será adicionada ao limite estabelecido no referido n.º 1 deste artigo, referente à dedução de despesas financeiras líquidas até ao 5.º período de tributação posterior.

Ora, daqui podemos concluir que, tal como Portugal, a Espanha utiliza um limite mais rigoroso (1 milhão de euros) que o permitido pela Diretiva Anti Elisão fiscal (até 3 milhões de Euros).

Por outro lado, no caso do montante dos gastos de financiamento em excesso, que ultrapassam o limite definido no n.º 1, esse excesso pode ainda ser deduzido nos períodos seguintes, sem qualquer limite temporal, ao contrário de Portugal, em que o n.º 2 do art.º 67.º do CIRC, estabelece um limite de cinco anos, para a possibilidade da referida dedução.

Relativamente a esta matéria a Diretiva Anti Elisão fiscal, no n.º 6 do art.º 4.º, estabelece a possibilidade do estado Membro poder reportar a períodos subsequentes, sem qualquer limite temporal, o excesso do montante de gastos de financiamento líquidos que não foram deduzidos no período, tal como definiu a Espanha no seu n.º 1 do art.º 16.º do *Impuesto sobre Sociedades*, ao contrário de Portugal, que estabeleceu um limite de cinco anos para a referida dedução.

#### **1.4 - Controlled Foreign Corporation (CFC rules):**

O art.º 100.º do *Impuesto sobre Sociedades*, com a epígrafe de *Transparência Fiscal Internacional*, contém a regra de Controlled Foreign Corporation, que de acordo com o n.º 1, são imputados à base tributária de um sujeito passivo residente em território Espanhol, os rendimentos positivos, incluindo dividendos, participação nos lucros ou de rendimentos decorrentes da alienação de ações, obtidos por uma entidade não residente nesse território, quando estiverem reunidos cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) O sujeito passivo residente em território Espanhol, isoladamente ou em conjunto com pessoas ou entidades relacionadas, tenha uma participação igual ou superior a 50 % no capital, resultados ou direitos de voto da entidade não residente no referido território, na data de encerramento do exercício deste último.

b) O imposto sobre os lucros efetivamente pago pela entidade não residente em território espanhol, seja inferior a 75 % do imposto que seria devido de acordo com a legislação em território Espanhol.

c) A entidade não residente em território Espanhol, não disponha da correspondente organização dos meios materiais e pessoais para a realização das operações, ou seja, não desenvolva operações economicamente válidas.

Importa referir ainda que, conforme a alínea a) do n.º 14 deste preceito legal, entende-se que uma entidade participada, cumpre o disposto na alínea b) anterior, se residir num país ou território classificado de paraíso fiscal ou território sem tributação.

Neste ponto, relativamente ao imposto da entidade não residente, seja inferior a 75% do imposto que seria devido em território Espanhol, podemos já verificar uma divergência com o art.º 66.º do CIRC da legislação Portuguesa, ou seja, menciona um imposto inferior a 50% do imposto devido nos termos do CIRC.

De acordo com o n.º 2 do art.º 100.º do *Impuesto sobre Sociedades*, o valor do rendimento positivo a incluir para apuramento do lucro tributável da entidade residente em Espanha, é determinado na proporção da participação nos resultados, ou na sua falta, na proporção da participação no capital ou nos direitos de votos.

O n.º 3 deste artigo, enumera as operações, cujos rendimentos obtidos são imputados nos termos do n.º 1, que são semelhantes às operações que constam na alínea a) do n.º 2 do art.º 7.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 julho 2016 e que constam no n.º 7 do art.º 66.º do CIRC, do normativo fiscal Português, nomeadamente, os seguintes rendimentos provenientes:

- Da propriedade de prédios urbanos e rústicos ou direitos reais sobre eles, exceto de estiverem afetados a atividades económicas.
- De operações de capitalização e seguro que tenham a entidade não residente como beneficiária.
- Royalties ou outros rendimentos da propriedade industrial e intelectual, assistência técnica, etc.
- De instrumentos financeiros derivados, exceto que sejam para cobrir um risco especificamente identificado para a realização de atividades económicas.

- De atividade de crédito, financeiras, de seguros e de prestação de serviços exercidas, direta ou indiretamente, com pessoas ou entidades residentes em território Espanhol e relacionadas nos termos previstos para a aplicação de preços de transferência.

Em todo caso, o n.º 5 refere que os rendimentos acima explicitados, não serão imputados nos termos deste preceito legal, quando o somatório dos seus valores for inferior a 15 % do total dos rendimentos obtidos pela entidade não residente, enquanto que o normativo jurídico fiscal Português, exclui da regra do art.º 66.º do CIRC, quando esse somatório for inferior a 25%, conforme o n.º 7 deste ultimo preceito legal da legislação fiscal Portuguesa.

O n.º 10 do referido art.º 100.º do *Impuesto sobre Sociedades*, considera a hipótese dos dividendos e participação de lucros serem distribuídos pela entidade não residente no território espanhol ao sujeito passivo residente nesse território, neste caso, esses montantes serão deduzidos aos valores já imputados nos termos do n.º 1 deste artigo.

Ora, este n.º 10, é uma semelhança com o disposto no n.º 8 do art.º 66.º do CIRC e cumprindo igualmente o n.º 5 do art.º 8.º da Diretiva acima referida.

### **1.5 - Exit Tax:**

O normativo jurídico fiscal Espanhol, apresenta igualmente regras de tributação à saída, plasmadas nos artigos, 8.º n.º 2, 14.º n.º 3 e 95.º bis todos do *Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas*<sup>25</sup>, e no art.º 19.º do já referido *Impuesto sobre Sociedades*<sup>26</sup>.

Neste ultimo diploma legal Espanhol, o seu art.º 19.º, com a epígrafe de «*Cambios de residencia, operaciones realizadas con o por personas, o entidades residentes en paraísos fiscales y cantidades sujetas a retención. Reglas especiales*», no n.º 1 estabelece que, é considerado para apuramento do seu lucro tributável, a diferença entre o valor de mercado e o valor fiscal dos valores patrimoniais de entidade residente em território espanhol que mude a sua residência para fora, exceto se esses bens, forem afetos a um estabelecimento permanente, dessa mesma entidade, localizado em território Espanhol.

Ora, esta redação é praticamente igual ao n.º 1 do art.º 83.º do CIRC, cumprindo o n.º 1 do art.º 5.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 julho 2016.

---

<sup>25</sup> BOE-064\_Impuesto\_sobre\_la\_Renta\_de\_las\_Personas\_Físicas%20(2).pdf

<sup>26</sup> BOE-062\_Impuesto\_sobre\_Sociedades%20(5).pdf

Contudo, o mesmo n.º 1 do art.º 19.º do *Impuesto sobre Sociedades*, estabelece ainda que, no caso da transferência de bens para outro Estado-Membro da União Europeia ou país pertencente ao Espaço Económico Europeu com o qual haja um intercâmbio eficaz de informações fiscais no os termos previstos no artigo 4º do primeiro dispositivo adicional da Lei 36/2006, de 29 de novembro, sobre medidas de prevenção à fraude fiscal, nesta situação, é permitido o diferimento, até à data da transmissão posterior para terceiros, do pagamento do imposto correspondente ao saldo positivo entre as componentes mencionadas no parágrafo anterior, sujeito a juros de mora e à prestação de garantia.

Primeiro, importa analisar este diferimento, que consta na legislação Espanhola, nomeadamente no prazo concedido no diferimento, até à data da posterior transmissão para terceiros, pois é diferente do disposto na Diretiva Anti Elisão fiscal, acima mencionada, no seu art.º 5.º n.º 2, permitindo o diferimento do imposto pago à saída, mediante o pagamento em prestações durante cinco anos, ou seja impondo um limite de cinco anos, bem como acontece, com a legislação Portuguesa, no seu art.º 83.º n.º 2 alínea c) do CIRC.

O n.º 2 do art.º 19.º do *Impuesto sobre Sociedades*, considera ainda que, as operações com pessoas ou entidades residentes em países ou territórios classificados como paraísos fiscais, serão valorizadas pelo seu valor de mercado.

No *Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas*, constam igualmente regras de tributação à saída, como é o caso do art.º 95.º bis, com a epígrafe de «*Ganancias patrimoniales por cambio de residencia*».

Ora o n.º 1 deste preceito legal refere que, quando um contribuinte muda a sua residência, deslocalizando-a do território Espanhol, as diferenças positivas, entre o valor de mercado das ações ou outro tipo de participações detidas numa entidade, por esse contribuinte e o respetivo valor de aquisição, serão consideradas mais valias e estarão sujeitas a imposto, desde que, esse contribuinte tenha tido a sua residência em Espanha, em pelo menos dez dos últimos 15 exercícios de imposto anteriores e estiverem reunidas as seguintes condições:

- Que o valor de mercado das ações ou participações detidas, sejam conjuntamente, superior a €4.000.000.
- Quando não for cumprido o disposto na alínea anterior, que no último período de tributação, a percentagem de participação na entidade seja superior a 25 %, desde que o

valor de mercado das ações ou participações na referida entidade seja superior a € 1.000.000.

Por fim, o art.º 8.º n.º 2 do mesmo diploma legal Espanhol, considera que, as pessoas singulares de nacionalidade Espanhola, que mudem a sua residência fiscal para países ou territórios considerados paraísos fiscais, não perderão a qualidade de residentes em Território Espanhol, no período da referida alteração e nos quatro exercícios seguintes.

Importa salientar que, a redação do parágrafo anterior, é praticamente igual ao n.º 6 do art.º 16.º do CIRS, do normativo jurídico fiscal Português.

## **2 - França:**

A França tem no seu normativo jurídico fiscal, várias normas específicas anti abuso e uma CGAA, que tiveram que ser atualizadas com a transposição da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 julho 2016, que se encontram plasmadas no *Code Général des Impôts* e no *Livre des procédures fiscales*.

### **2.1 - Cláusula Geral Anti abuso:**

A CGAA Francesa, encontra-se plasmada em vários preceitos legais, conforme as entidades envolvidas, nomeadamente no artigo 205 A do *Code Général des Impôts*<sup>27</sup> e nos artigos L 64 e L 64 A do *Livre des procédures fiscales*<sup>28</sup>.

As redações atuais do art.º 205 A do *Code Général des Impôts* e do art.º L 64 A do *Livre des procédures fiscales*, foram alterados através da Lei, 2018-1317, de 28 dezembro 2018, refletindo já o disposto no art.º 6.º da Diretiva anti elisão fiscal, acima referida.

Ora, o artigo 205 A do *Code Général des Impôts*, aplica-se só a entidades sujeitas ao imposto sobre as sociedades e refere que, para apuramento desse mesmo imposto, não é considerado toda a montagem ou conjunto de montagens, que têm como objetivo principal ou um dos objetivos principais, obter vantagens fiscais, através do abuso das leis fiscais em

---

<sup>27</sup> [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069577/](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/)

<sup>28</sup> [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069583/2021-01-01](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069583/2021-01-01)

vigor, indo contra o pretendido pelo legislador. Ou seja, esses atos não são genuínos, tendo em conta os factos e as circunstâncias relevantes.

Acresce que conforme consta neste preceito legal, uma montagem pode consistir em mais do que uma etapa ou parte, sendo que, uma montagem ou uma série de montagens, são consideradas como não genuínas, na medida em que estas, não são efetuadas por razões economicamente válidas.

Importa salientar que, o parágrafo anterior, é praticamente uma cópia dos n.ºs 1 e 2 do art.º 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 julho 2016 (ATAD 1).

Relativamente ao artigo L 64 A do *Livre des procédures fiscales*, aplica-se a todas as questões fiscais, ocorridas a partir de 01 janeiro 2020, exceto a situações sujeitas ao imposto sobre as sociedades (nesse caso é aplicado o art.º 205 A do *Code Général des Impôts*), e refere que, a administração fiscal francesa, tem o direito de anular quaisquer atos que tenham sido efetuados com o abuso das leis fiscais em vigor, contrário ao pretendido pelo legislador, com o objetivo principal de evitar ou atenuar os encargos fiscais, devendo a tributação ser feita com desconsideração de tais atos.

Acresce que, de acordo com o plasmado neste preceito legal francês, no caso de desacordo, por parte do contribuinte, nas correções efetuadas com base neste artigo, deve ser enviado esse litígio, a pedido do contribuinte ou da administração, para o comité referido no artigo L 64 do *Livre des procédures fiscales*.

Ora, o artigo mencionado na parte final do parágrafo anterior, já existia anteriormente às alterações implementadas pela Lei, 2018-1317, de 28 dezembro 2018, e tem uma redação muito semelhante ao artigo L 64 A do mesmo diploma legal, nomeadamente, na questão de impedir os contribuintes de utilizar esquemas artificiais ou utilizando uma leitura da legislação fiscal contrária à intenção do legislador, com único objetivo de reduzir a tributação, aplicando-se uma sobretaxa de imposto de 40% e 80% nestes casos.

Com as alterações ocorridas com a Lei mencionada no parágrafo anterior, que efetuou a transposição da ATAD 1, para a legislação francesa, implementado as novas redações do art.º 205 A *Code Général des Impôts* e do art.º L 64 A do *Livre des procédures fiscales*, estes preceitos legais, apresentam um âmbito mais amplo do que o procedimento do artigo L 64, contudo, não são aplicáveis as sobretaxas de imposto de 40% e 80% àqueles novos procedimentos anti abuso.

## 2.2 - Preços de Transferência:

A temática dos preços de transferência, na disposição normativa fiscal francesa, encontra-se regulada nos artigos, 57 e 223 quinquies B ambos do *Code Général des Impôts*<sup>29</sup> e L 13 AA e L 13 B ambos do *Livre des procédures fiscales*<sup>30</sup>, estes últimos, quanto à documentação a apresentar à administração fiscal.

O artigo 57 do *Code Général des Impôts*, estabelece que, para apuramento do imposto sobre as sociedades dependentes ou que tenham o controlo de sociedades localizadas fora do território Francês, os lucros indiretamente transferidos para estas últimas entidades através do aumento dos preços de custo ou da diminuição dos preços de venda, ou por qualquer outro meio, são incluídos nos resultados obtidos pela sociedade francesa.

A situação prevista no parágrafo anterior, é igualmente aplicada às entidades que estão em relação de dependência de uma empresa ou grupo, que também tenham controle sobre empresas fora do território Francês, contudo, quando a transferência é efetuada com entidades sedeadas em território com regimes fiscais privilegiados, não é exigido a relação de dependência ou controle.

No caso de não ser possível estabelecer, que as transações entre uma empresa francesa e uma entidade relacionada, foram realizadas em condições normais de mercado, então compete à administração fiscal francesa, determinar os lucros dessa empresa, para fins de imposto sobre as sociedades, com base em operações com entidades independentes comparáveis.

Conforme consta no artigo 223 quinquies B, do mesmo diploma legal, é obrigatório a apresentação de uma declaração eletrónica anual, onde constam várias informações sobre a sociedade, onde se inclui os preços de transferência, nomeadamente, uma apresentação dos métodos utilizados, tendo em conta o princípio *arm's length*, ou seja, o preço de transferência deve ser o preço estabelecido entre duas entidades independentes, com indicação do método principal utilizado e as alterações ocorridas durante o exercício.

---

<sup>29</sup> [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069577/](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/)

<sup>30</sup> [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069583/2021-01-01](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069583/2021-01-01)

Esta declaração eletrônica deve ser apresentada por todas as sociedades, que cumpram um dos seguintes requisitos:

- Tenham sede em território francês e um volume de negócios anual bruto igual ou superior a €50 milhões;
- Que sejam subsidiárias francesas, onde mais de 50 % do capital social ou de direitos de voto são detidos, diretamente ou indiretamente, por entidades francesas ou estrangeiras, que tenham um volume de negócios anual bruto igual ou superior a €50 milhões;
- Que seja uma empresa mãe francesa que detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 50% do capital de empresas, que tenham um volume de negócios anual bruto igual ou superior a €50 milhões;
- Que seja uma sociedade francesa, pertencente a um grupo fiscal consolidado, onde pelo menos umas das integrantes, tenha um volume de negócios anual bruto igual ou superior a €50 milhões;

Acresce ainda que, o *Livre des procédures fiscales*, nos seus artigos L 13 AA e L 13 B, contêm a explicitação, de toda a documentação sobre preços de transferência, que as empresas francesas, são obrigadas a apresentar, à administração fiscal francesa.

O artigo L 13 AA, é mais exigente na documentação a apresentar, sendo aplicado, às sociedades com sede em território francês, que cumpram um dos seguintes requisitos:

- Tenham um volume de negócio anual, excluindo impostos ou ativos brutos, maior ou igual a €400 milhões;
- Ou que detenham no final do exercício, direta ou indiretamente, mais de metade do capital ou dos direitos de voto, de uma outra entidade, estabelecida em território francês ou fora desse território, e que cumpra o requisito do parágrafo anterior;
- Ou que o seu capital ou direitos de voto, sejam detidos no final do exercício, mais de metade, por sociedade que cumpra o requisito do volume de negócios anual, maior ou igual a €400 milhões;

Ora, as sociedades que cumpram, um dos requisitos acima mencionados, são obrigados a manter toda a documentação disponível para justificar a política de preços de transferência utilizada nas transações com entidades relacionadas, que integram o arquivo principal ou local, de entre os elementos exigidos, destacando-se toda a informação sobre o grupo de

empresas associadas, que integra o arquivo principal e todas as informações sobre a sociedade em causa, que integra o arquivo local.

No arquivo local, destacam-se os seguintes documentos /informações:

- Uma descrição das transações efetuadas com empresas associadas e as condições em que foram realizadas.
- Cópia de todos os acordos intra grupos celebrados pela sociedade.
- Uma indicação do método de preço de transferência mais adequado para cada categoria transações e os motivos pelos quais esse método foi escolhido.
- Um resumo das premissas importantes que estiveram na escolha dos métodos de fixação dos preços de transferência.
- Uma lista e descrição de transações comparáveis de mercado aberto e indicadores financeiros relativos a negócios independentes usados na análise de preços de transferência.
- Uma descrição das razões pelas quais se concluiu que os preços de transação foram estabelecidos de acordo com o princípio de *arm's length*, aplicando o método de preço de transferência escolhido.

Relativamente ao artigo L 13 B, é aplicado às outras sociedades que não cumpram nenhum dos requisitos exigidos pelo artigo anterior (L 13 AA), e a administração fiscal francesa, pode exigir, os seguintes documentos/informações:

- A natureza das relações que se presume entre entidades relacionadas nos termos do artigo 57 do *Code Général des Impôts*, entre a sociedade em análise e uma ou mais empresas que operam fora do território francês ou com empresas pertencentes a grupos de sociedades.
- O método de determinação dos preços das operações de natureza industrial, comercial ou financeira, que foram efetuadas, com as empresas, sociedades ou grupos referidos no parágrafo anterior e os elementos que o justificam, bem como as atividades que foram desenvolvidas por estas últimas, relativamente às mesmas operações.
- O tratamento fiscal dado às operações mencionadas no parágrafo anterior e realizadas pelas empresas que operam fora do território francês ou com empresas pertencentes a grupos de sociedades, dos quais detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital ou direitos de voto.

### **2.3 - Limitação à Dedução dos Gastos Financiamento:**

A regra de limitação à dedução dos gastos financiamento líquidos, encontra-se plasmada no artigo 212 bis do *Code Général des Impôts*, cuja redação já reflete o disposto no art.º 4.º da Diretiva anti elisão fiscal, sendo aplicável aos factos ocorridos a partir de 01 janeiro de 2019.

Importa referir que, esta regra no dispositivo normativo fiscal Francês, apresenta algumas nuances, que a tornam bem mais complexa, em relação à regra que consta nas legislações fiscais Portuguesas e Espanholas, mas como iremos ver seguidamente, a legislação fiscal Francesa é a que mais profundamente segue, as diretrizes do art.º 4.º da Diretiva anti elisão fiscal.

De acordo com a parte I do artigo 212 bis do *Code Général des Impôts*, o montante de gastos financeiros líquidos, são dedutíveis até ao maior dos seguintes limites:

- €3 milhões.

- 30 % do EBITDA.

Esta é a regra geral, que considera os €3 milhões, o limite máximo permitido pela alínea a) do n.º do art.º 4.º da Diretiva anti elisão fiscal, sendo que, como vimos anteriormente, na presente dissertação, o art.º 67.º do CIRC e a legislação fiscal Espanhola, têm um limite mais restritivo (€1 milhão).

As entidades que fazem parte de um grupo consolidado, para efeitos de contabilidade financeira, podem beneficiar de uma cláusula de salvaguarda geral, ou seja, de acordo com a parte VI deste preceito legal, essas sociedades podem ainda deduzir 75% do montante dos gastos de financiamento excessivos não deduzidos por aplicação do teste de 30 % do EBITDA, quando o rácio entre o seu capital próprio e o total dos seus ativos é pelo menos igual ao valor do mesmo índice do grupo consolidado a que pertence.

De acordo com o 3º da parte VI do mesmo preceito legal, considera-se que, o rácio entre o capital próprio e o total dos ativos de uma sociedade é igual ao rácio equivalente do grupo consolidado a que pertence, quando o primeiro é inferior ao segundo, no máximo em dois pontos percentuais.

Ora, esta parte VI, cumpre com o disposto na alínea a) do n.º 5 do art.º 4.º da Diretiva anti elisão fiscal (ATAD 1), sendo que, para grupos consolidados, o teste do EBITDA e a cláusula de salvaguarda geral, são aplicados ao nível do grupo.

Contudo, conforme o disposto na parte VI bis, as entidades que não fazem parte de um grupo consolidado e que não possuem estabelecimento estável fora do território Francês ou de uma empresa associada, pode deduzir 75% do montante de gastos de financiamento em excesso, que não foram deduzidos por força da aplicação da regra geral de limitação (parte I).

Acresce que, de acordo com a parte VII deste artigo em análise, para sociedades consideradas subcapitalizadas, isto é, quando os montantes em dívida por empréstimos obtidos de entidades relacionadas, é superior a 1,5 do montante do capital próprio, num determinado exercício, a parcela de gastos de financiamentos dedutíveis é apurada, com base na aplicação de dois conjuntos de regras:

- **Com base na dívida com entidades não relacionadas**, neste caso, o limite geral, do maior dos dois valores, €3 milhões ou 30% do EBITDA é aplicado à parcela de gastos de financiamento originados pelo financiamento obtido de entidades não relacionadas e calculado pela multiplicação do montante de gastos de financiamento por uma fração.

Esta fração é obtida da seguinte forma, no numerador, o valor obtido das entidades não relacionadas num determinado exercício acrescido de 1,5 x capital próprio e no denominador, o valor total das quantias colocadas à disposição da sociedade no mesmo exercício (das entidades relacionadas e não relacionadas).

- **Com base na dívida com as entidades relacionadas**, nesta situação, os gastos de financiamento originados por financiamento obtido de entidades relacionadas, estarão sujeitos a um limite mais restrito, ou seja, o maior dos dois valores, €1 milhão ou 10% do EBITDA, aplicados ao valor obtida da fração, que tem no numerador, o valor total das quantias obtidas das entidades relacionadas e no denominador, o valor total das quantias colocadas à disposição da sociedade no mesmo exercício (das entidades relacionadas e não relacionadas).

Acresce ainda que, o montante de gastos de financiamento originados por financiamento obtidos de entidades independentes, que não foram deduzidos, por força da aplicação do

limite respetivo, podem ainda ser deduzidos em períodos subsequentes, sem limite temporal.

Por sua vez, o montante de gastos de financiamento suportados devido ao financiamento obtido das entidades relacionadas, não possíveis de serem deduzidos pelo limite imposto, neste caso, só um terço desse montante, pode ser deduzido em períodos subsequentes.

Em suma, podemos concluir que, a parte VII do artigo 212 bis do *Code Général des Impôts*, integra uma regra de subcapitalização, que é aplicada, conjuntamente com os limites de dedução dos gastos de financiamento líquidos, impostos pela Diretiva Anti elisão fiscal, tornando a legislação Francesa, mais complexa de interpretar e de aplicar na prática.

Importa ainda acrescentar que, o n.º 3 da referida parte, inclui uma cláusula de salvaguarda específica, para grupos consolidados, no qual, o mecanismo de subcapitalização explicado na parte VII não se aplicará, se a sociedade demonstrar que o índice de endividamento do grupo a que pertence é maior ou igual ao seu. Neste caso, continuará a ser aplicado à referida sociedade, a regra geral, ou seja, o limite de dedução será o maior dos dois valores, €3 milhões ou 30% EBITDA, bem como, a aplicação da cláusula de salvaguarda geral, nomeadamente, pode ainda deduzir 75% dos gastos de financiamento líquidos que ultrapassarem aquele limite.

Para aplicação do explicitado no parágrafo anterior, refere o mesmo n.º 3 da parte VII, o índice de endividamento é calculado da seguinte forma:

- No caso da sociedade, será a relação entre o valor total da sua dívida e o valor do seu património.
- No caso do grupo consolidado, será apurado excluindo as dívidas a empresas que fazem parte desse mesmo grupo.
- O índice de endividamento da empresa será considerado igual ao índice de endividamento do grupo consolidado ao qual pertence, quando o primeiro rácio é superior ao segundo em no máximo dois pontos percentuais.

Conforme constam nos n.ºs 1 e 2 da parte VIII deste preceito legal do normativo fiscal Francês em análise:

- Qualquer montante em excesso de gastos de financiamento que não foram deduzidos por aplicação dos limites que constam nas partes I, VI e n.º 1 do VII, serão deduzidos indefinidamente nos períodos seguintes, mas cumprindo sempre os limites apurados em cada exercício.

- A capacidade de dedução dos gastos de financiamento não utilizada, nomeadamente, o valor da diferença positiva entre o limite de dedução permitido nesse ano e o montante de gastos de financiamento líquidos deduzidos nesse mesmo ano, esse valor pode ainda ser deduzido nos cinco exercícios seguintes.

Importa referir que, a redação da parte VIII deste artigo, corresponde ao disposto na alínea c) do n.º 6 do art.º 4.º da Diretiva anti elisão fiscal, tal como acontece com a legislação fiscal Espanhola, pelo contrário, no caso do art.º 67.º do CIRC do normativo fiscal Português, é estabelecido um limite temporal de cinco anos para se poder deduzir os gastos de financiamento em excesso que não puderam ser deduzidos, por aplicação do limite máximo definido em determinado exercício.

Importa acrescentar ainda que, esta regra no normativo fiscal Francês, tal como acontece com a Espanhola, não exclui da sua aplicação, as entidades financeiras, contrariamente ao art.º 67.º do CIRC, que as exclui no seu n.º 11, possibilidade dada pelo n.º 7 do art.º 4.º da Diretiva anti elisão fiscal.

#### **2.4 - Controlled Foreign Corporation (CFC rules):**

A regra das sociedades estrangeiras controladas, no normativo fiscal Francês, encontra-se plasmado no artigo 209 B do já referido, *Code Général des Impôts*<sup>31</sup>, contudo este artigo não foi implementado pela transposição da Diretiva anti elisão fiscal, já constava do normativo fiscal interno.

Ora, de acordo com o n.º 1 da parte I deste preceito legal, quando uma sociedade com sede em território francês e aí sujeito ao imposto sobre as sociedades, e que detenha, diretamente ou indiretamente, mais de 50% do capital ou dos direitos de voto, de uma entidade ou estabelecimento estável, estabelecida num território estrangeiro e aí sujeito a

---

<sup>31</sup> [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069577/](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/)

uma tributação, inferior a pelo menos, 40% do valor de imposto sobre as sociedades, a que estaria sujeito em França, neste caso:

- A entidade ou estabelecimento estável, serão tratados em território francês, como sociedades estrangeiras controladas, e como tal, os rendimentos por elas obtidos, serão incluídos na base tributável da sociedade Francesa, na proporção que esta última detém, naquelas entidades.

Acresce que, a percentagem exigida de participação, da sociedade francesa, pode ser reduzida a 5%, se mais de 50% do capital ou dos direitos de voto, da entidade ou estabelecimento estável estrangeiro, forem detidos por outras sociedades com sede em território Francês, caso a referida entidade estrangeira esteja cotada em mercado regulamentado e todas estas empresas atuam de forma dependente, diretamente ou indiretamente, nos termos do disposto no artigo 57.º do mesmo diploma legal (relativo a preços de transferência e já analisado na presente dissertação).

Relativamente, à questão do requisito, da entidade ou estabelecimento estável estrangeiro, ter que estar sujeito, no seu território, a uma taxa de imposto sobre as sociedades, inferior a pelo menos 40 %, da tributação, a que estaria sujeito ao mesmo imposto, em território Francês, este facto não é mencionado diretamente na redação do artigo, contudo, este remete para o artigo 238 A do mesmo diploma legal, para a definição de regime fiscal privilegiado, pelo que, é neste último preceito legal, que encontramos a explicação para a referência àquela taxa.

Acresce ainda que, segundo o n.º 4 da parte I, o imposto comprovadamente pago pela entidade ou estabelecimento estável estrangeiro, no seu Estado de residência, e desde que comparado ao imposto sobre as sociedades, pode ser deduzido em território Francês, na proporção da participação detida.

Ora, o parágrafo anterior, cumpre o disposto no n.º 7 do art.º 8.º da Diretiva anti elisão fiscal.

Importa ainda referir o n.º 5 da mesma parte I do artigo, estabelece que caso os rendimentos da entidade ou estabelecimento estável estrangeiro, incluam dividendos, juros ou royalties, e tiverem sido originados em um território ou Estado, que não sejam onde a referida entidade ou estabelecimento estável estão domiciliados, neste caso:

- Os impostos retidos na fonte, no qual aqueles rendimentos estão sujeitos, podem ser deduzidos aos rendimentos já incluídos na base tributável, por parte da sociedade Francesa, na proporção da percentagem que detém.

E desde que,

- O Estado ou Território onde esses rendimentos são originados, tenham celebrado com a França, convenções para eliminação da dupla tributação, e não seja um território não cooperante, nos termos do artigo 238 A do mesmo diploma legal.

Face ao exposto, podemos concluir que o n.º 5 da parte I, é semelhante ao disposto no 5 do art.º 8.º da Diretiva anti elisão fiscal.

Por fim, importa ainda fazer referência, à parte II e III do artigo, sendo que a parte II, exclui a aplicação da parte I (a entidade externa não é considerada uma sociedade controlada estrangeira em território Francês), quando a entidade ou estabelecimento estável, estiver estabelecido num país da União Europeia e a sua atividade, bem como, a participação no seu capital e nos direitos de voto, por parte da sociedade Francesa, não sejam motivadas por razões artificiais, nomeadamente, contornar a legislação Francesa.

Relativamente à parte III, exclui igualmente a aplicação da presente regra sobre sociedades estrangeiras controladas, no caso, da sociedade Francesa comprovar, que a entidade ou estabelecimento estável estrangeiro, no qual ela detém participação, exerça uma atividade efetiva no seu país, ou seja, que efetua operações com substância económica.

Em suma, a parte II do artigo, pretende seguir as diretrizes constantes na alínea b) do n.º 2 do art.º 7.º da Diretiva anti elisão fiscal, enquanto que a parte III, vai de encontro ao disposto, no penúltimo parágrafo da alínea a) do n.º 2 do art.º 7.º da referida Diretiva.

## **2.5 - Pagamentos a entidades domiciliadas fora do território francês e aí sujeitas a um regime fiscal privilegiado:**

Conforme já foi mencionado anteriormente, aquando da análise da regra sobre as sociedades estrangeiras controladas, o artigo 238 A, embora conjugado com o artigo 238 O A ambos do *Code Général des Impôts*, definem o conceito de regime fiscal privilegiado.

Acresce que, o artigo 238 A contém igualmente uma regra anti abuso, relativo a pagamentos a entidades domiciliadas em territórios sujeitos ao regime referido no

parágrafo anterior, pelo que, este preceito legal é a imagem da alínea r) do n.º 1 do art.º 23.º A do CIRC, do normativo fiscal Português.

De acordo com aquele preceito legal do normativo fiscal Francês, quaisquer valores pagos ou devidos, por pessoas singulares ou coletivas residentes em território Francês a pessoas singulares ou coletivas residentes ou estabelecidos foram desse território e aí submetidos a um regime fiscal privilegiado, só serão dedutíveis fiscalmente, se o devedor provar que dizem a respeito a operações reais, não têm um caráter anormal e exagerado.

Uma pessoa singular ou coletiva é considerada, sujeita a um regime fiscal privilegiado no território onde se encontra domiciliada se, não forem tributadas aí ou se estiverem sujeitos a impostos sobre lucros ou rendimentos em que o valor seja 40% ou mais inferior ao mesmo imposto que estaria sujeito na legislação fiscal Francesa.

## **2.6 - Exit Tax:**

Regras de tributação à saída, encontram-se plasmadas nos artigos 167, 167 bis e 221 todos do *Code Général des Impôts*, do normativo fiscal Francês, que já estavam em vigor anterior a janeiro de 2020 e ainda não refletem todas as diretrizes impostas pela ATAD 1.

### **- Artigo 167:**

Um contribuinte domiciliado em território Francês, que transfere esse domicílio para o estrangeiro, está sujeito ao imposto sobre o rendimento, relativo a todos lucros comerciais e industrias obtidos desde o último exercício em que foi tributado, bem como, os rendimentos que obteve, mas que ainda não tem à sua disposição à data da saída do território Francês.

### **- Artigo 167 bis:**

Segundo o n.º 1 da Parte I deste preceito legal, qualquer contribuinte domiciliado ou residente em território Francês, em pelo menos seis dos últimos 10 anos anteriores, quando transfere para fora daquele território, o seu domicílio ou residência, é tributado relativo a ganhos potenciais (não realizados), sobre os ativos mobiliários ou direitos sociais detidos à data da referida transferência, direta ou indiretamente, desde que, esses direitos, títulos ou valores representem:

- Pelo menos, 50% do capital da empresa ou,

- O valor total desses direitos ou títulos sejam superiores a € 800.000,00 na data da transferência.

Conforme disposto no n.º 2 da Parte I do mesmo preceito legal, os ganhos potenciais, referidos no parágrafo anterior são apurados, pela diferença entre o valor de mercado dos direitos, títulos mobiliários à data transferência e o respetivo valor de aquisição, ou o valor utilizado para efeitos de transferência, no caso de aquisições gratuitas.

A parte III do referido preceito legal, define que, para efeitos de aplicação do disposto do presente artigo, a transferência para fora da França do domicílio fiscal de um contribuinte é considerado ocorrido no dia anterior ao dia a partir do qual este contribuinte deixa de ser sujeito passivo em França.

Segundo a parte IV, o pagamento do imposto sobre mais valias, previsto na parte I do artigo em análise, fica suspenso ou é diferido quando o contribuinte transfere o seu domicílio fiscal, para um Estado Membro da União Europeia ou para outro território que tenha celebrado um acordo de assistência administrativa com a França com vista ao combate fraude e evasão fiscal, bem como um acordo de assistência mútua em questões de recuperação com âmbito semelhante ao previsto pela Diretiva do Conselho 2010/24 / UE, de 16 de março de 2010, relativa à assistência fundo mútuo para a cobrança de dívidas relativas a impostos, direitos e outras medidas, e que não é um Estado ou território não cooperante.

Acresce que de acordo com a parte V, o pagamento do imposto sobre as mais valias latentes, apuradas conforme o disposto no presente artigo, pode ainda ser suspenso ou diferido, a pedido expresso do contribuinte, mesmo que não estejam reunidos os requisitos descritos na parte IV, mediante prestação de garantia, no valor de 12,8% do montante total das referidas mais valias latentes, apuradas nos termos deste artigo e declaradas fiscalmente, para o efeito deve nomear um representante fiscal no território Francês, antes da transferência da residência ter sido efetuada.

Conforme refere a parte VII do mesmo preceito legal em análise, a suspensão ou o diferimento, permitida na parte IV e V, expira, quando ocorre determinados factos, no qual se destacam os seguintes, como exemplos:

- a) Posterior transferência, resgate, reembolso ou cancelamento dos respetivos direitos, títulos ou valores mobiliários.

- b) A doação dos direitos, títulos ou valores mobiliários, quando o doador for domiciliado para fins fiscais num Estado ou território diferente dos mencionados na parte IV, a menos que demonstre que a doação não foi realizada com a finalidade de evitar a tributação dos ganhos previstos na parte I.

De acordo com o n.º 2 da parte VII deste artigo em análise, após dois anos, de ter sido efetuada a transferência da residência do contribuinte, para fora do território Francês, se os ativos financeiros respetivos, ainda permaneçam na posse do contribuinte (não foram alienados neste período) e o valor total deles à data da transferência não ser superior a €2,7 milhões, então os ganhos relativos às mais valias potenciais, apurada nos termos deste artigo, serão anulados e quaisquer pagamento provisórios, que tenham sido efetuados anteriormente, serão reembolsados.

No caso, do valor dos ativos financeiros ser superior ao montante referido no parágrafo anterior, o prazo em que eles têm que permanecer na posse do contribuinte, passa para cinco anos, após a transferência da residência para o estrangeiro.

Importa acrescentar que, a redação atual deste n.º 2 da parte VII, foi implementada pela Lei, 2018-1317, de 28 dezembro 2018 (Lei de Finanças 2019), é uma mudança significativa em comparação com a versão anterior, que permitia a anulação dos ganhos relativo às mais valias potenciais, só após quinze anos.

Acrescente-se que, este artigo 167 bis do *Code Général des Impôts*, pertencente ao normativo fiscal Francês, não encontra semelhança com quaisquer preceitos legais plasmados no ordenamento jurídico fiscal Português.

- Artigo 221:

De acordo com o n.º 2 deste preceito legal, quando ocorrer a transferência da sede de uma sociedade ou de um estabelecimento estável, para fora do território Francês, fica sujeito a imposto sobre os rendimentos obtidos pelo negócio, imediatamente na data da transferência.

Quando a referida transferência for efetuada para outro Estado Membro da União Europeia ou para um país terceiro, que faça parte no acordo sobre o Espaço Económico Europeu que tenha concluído com a França um acordo de assistência mútua em matéria de recuperação de âmbito semelhante ao previsto por a mencionada Diretiva do Conselho 2010/24 / UE de 16 de março de 2010, neste caso, o imposto sobre as sociedades, relativo às mais valias

potenciais apuradas, sobre os ativos transferidos, deve ser pago no prazo de dois meses, após a referida transferência, da seguinte forma:

- Pelo valor total.
- Ou, a pedido expresso da sociedade, o valor pode ser pago em prestações, ao longo de cinco anos, tornando-se o imposto exigido na sua totalidade, quando tiver ocorrido um dos seguintes factos:
  - Nesse prazo de cinco anos, os ativos tiverem sido transferidos para outros Estados, que não sejam os explicitados no parágrafo anterior.
  - Nesse prazo de cinco anos, os ativos serem alienados.
  - Não cumprimento de um dos prazos de pagamento.

## **2.7 - Regras anti híbridos:**

Conforme já explanado na presente dissertação no capítulo III, aquando da análise ao contributo da União Europeia no combate ao planeamento fiscal agressivo, as assimetrias híbridas, provocam deduções em ambos Estados que estão a interagir ou a dedução de rendimentos num dos Estados e não inclusão no outro.

A França procedeu à transposição da nova redação do art.º 9.º da ATAD 1 dada pela Diretiva (UE) 2017/952, de 29 maio de 2017 (ATAD 2), e do art.º 9.º A aditado pela última Diretiva mencionada, para o seu ordenamento jurídico fiscal interno, exemplo disso, é caso dos artigos 205 B e 205 D ambos do já referido *Code Général des Impôts*, que iremos analisar seguidamente.

### **- Artigo 205 B:**

Ora, o n.º 1 da parte I do artigo 205 B, define as situações, em que estamos na presença de um dispositivo híbrido, motivado pelas diferenças existentes na qualificação jurídica dos pagamentos, de instrumentos financeiros e das empresas, no momento da interação dos dois ordenamentos jurídicos,

Importa referir que as situações que definem um dispositivo híbrido, encontram-se plasmadas no n.º 9 do art.º 2.º da ATAD 1 alterada pela ATAD 2 e são as seguintes:

- O pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro dá origem a um encargo dedutível no Estado de residência do devedor sem estar incluída no lucro tributável do Estado de residência do beneficiário.
- O pagamento efetuado a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável, dá origem a um encargo dedutível no Estado de residência do devedor, sem estar incluído no lucro tributável no estado de residência da entidade híbrida ou do estabelecimento estável.
- O pagamento feito por uma entidade híbrida ou por um estabelecimento estável dá origem a um encargo dedutível nos seus Estados de residência sem estar incluído no lucro tributável da beneficiária.
- O pagamento a favor de uma entidade com um ou vários estabelecimentos estáveis, origina um encargo dedutível no estado de residência do devedor sem ser incluído no lucro tributável desta entidade.
- Ou ocorre a dedução em ambos os Estados.

Se as situações acima explicitadas ocorrerem, então no território Francês deve acontecer o seguinte, para neutralizar os efeitos dos híbridos, conforme consta na parte III deste artigo:

- O Estado Francês não aceita a dedução de um pagamento, que não foi incluído no lucro tributável do Estado de residência do beneficiário, conforme a alínea a) do n.º 1 da parte III.
- O Estado Francês tributará o pagamento que não foi incluído nesse território, mas foi deduzido no Estado de residência do devedor, conforme dispõe a alínea b) do n.º 1 da parte III.

Ora, estes dois parágrafos vão de encontro ao plasmado no n.º 2 do art.º 9.º na redação dada pela ATAD 2.

- No caso de dupla dedução, a dedução não será aceite fiscalmente em território Francês, quando o investidor estiver estabelecido noutro Estado, que permita a dedução desse encargo, conforme dispõe as alíneas a) e b) ambos do n.º 2 da parte III, cumprindo assim o plasmado no n.º 1 do art.º 9.º na redação dada pela ATAD 2.
- Conforme o disposto no n.º 3 da parte III, o Estado Francês não permitirá a dedução de um pagamento que compensa outro pagamento relacionado com um dispositivo híbrido, direta ou indiretamente, por meio de uma transação ou série de transações efetuadas entre

empresas relacionadas do mesmo contribuinte ou por meio de dispositivo estruturado, exceto se um dos Estados envolvidos, aplicou uma disposição para neutralizar os efeitos do dispositivo híbrido em questão.

Importa acrescentar que, o parágrafo anterior é a transposição plena do n.º 3 do art.º 9.º na redação dada pela ATAD 2.

- O Estado Francês tributará os pagamentos efetuados por uma entidade residente no seu território, a um seu estabelecimento estável, localizado noutra Estado, que desconsiderou tais pagamentos, conforme consta no n.º 4 da parte III, exceto se a França seja obrigada a isentar esse rendimento, ao abrigo de um tratado de dupla tributação celebrado com um terceiro país, sendo que este parágrafo, é quase a cópia da redação do n.º 5 do art.º 9.º da referida ATAD 2.

- Por fim, o n.º 5 da mesma parte III, refere que, quando uma transferência híbrida é planeada, com a finalidade de obter isenção, relativo a impostos retidos na fonte, para pagamento de um instrumento financeiro transferido para as várias partes envolvidas na transferência, o benefício da referida isenção será limitado na proporção do lucro tributável relacionado com o pagamento, cumprindo este parágrafo, o disposto no n.º 6 do art.º 9.º com as alterações efetuadas pela ATAD 2.

Contudo neste preceito legal, constam exceções à aplicação das regras anti híbridos, nomeadamente nestas situações:

- Quando uma transferência híbrida foi efetuada por um profissional, cuja atividade regular, consiste na compra e venda de instrumentos financeiros, por conta própria, e a referida transferência foi efetuada no âmbito dessa atividade, exceto se for um dispositivo estruturado, e o rendimento obtido é incluído no seu lucro tributável, conforme consta no n.º 1 da parte II deste preceito legal em análise.

- No caso da dupla dedução, quando dizem respeito a pagamentos que também estão sujeitos a dupla inclusão, conforme dispõe a parte final da linha b) do n.º 2 da parte III.

- Artigo 205 D:

Este artigo, é a transposição do artigo 9.º B aditado pela ATAD 2, considerando que, quaisquer pagamentos, despesas ou encargos, efetuados por um contribuinte com dupla residência, em território Francês e noutra Estado, são deduzidos fiscalmente em ambos os Estados, então tal dedução não é aceite em território Francês, exceto se:

- O pagamento, despesa ou encargo, objeto de dupla dedução, foi incluído no lucro tributável do beneficiário, ou em caso de prejuízo, do contribuinte na França e no outro Estado.
- O outro Estado é um Estado-Membro da União Europeia que recusa a dedução e que a convenção para evitar a dupla tributação entre os dois Estados-Membros, fixa a residência deste contribuinte na França.

### **3 – Canadá:**

O Canadá, tem incorporado no seu sistema normativo jurídico fiscal, várias normas fiscais anti abuso, apesar de ser um país que comporta vários Estados, apresenta um diploma único, o *Income Tax Act*<sup>32</sup>, que tem em si plasmado, uma norma geral anti abuso e várias normas específicas anti abuso, que seguem as diretrizes da OCDE, nomeadamente ao nível das ações do plano BEPS.

#### **3.1 - Cláusula Geral Anti abuso:**

A CGAA encontra-se plasmada na secção 245 do *Income Tax Act* e refere resumidamente o seguinte:

Conforme constam nas subsecções 245 (2), 245 (3) e 245 (4), uma transação, ou uma parte de um conjunto de transações, efetuada por um contribuinte, com aplicação indevida e abusiva das disposições fiscais legais em vigor ou de quaisquer tratados tributários, que resultam, diretamente ou indiretamente, num benefício fiscal para o contribuinte, é considerada uma transação de evasão fiscal e tem como consequências, a eliminação dos benefícios fiscais obtidos, exceto se, a referida transação for considerada razoavelmente, como tendo sido realizada por boa fé, com o intuito de outra finalidade, que não seja obter vantagem fiscal.

A subsecção 245 (5), define as consequências a que estão sujeitos os contribuintes, no caso, de estarem verificadas as condições do parágrafo anterior, que originam a aplicação da CGAA, nomeadamente os seguintes:

---

<sup>32</sup> <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/page-271.html#docCont>

- a) Não ser permitido no todo ou em parte, qualquer dedução ou isenção fiscal ou exclusão de quaisquer rendimentos da base tributável, ou a exigência de pagamentos, em parte ou no todo, de impostos.
- b) Qualquer dedução, isenção ou exclusão, rendimentos, perdas ou outros valores ou parte deles, podem ser alocados a qualquer pessoa.
- c) Pode ser alterada a qualificação da natureza de qualquer pagamento ou de outro valor.
- d) Os benefícios fiscais obtidos, diretamente ou indiretamente, por aplicação abusiva das disposições fiscais em vigor, são ignorados, ou seja, são negadas as vantagens obtidas com a realização da transação de evasão fiscal.

As subsecções 245 (6), 245 (7) e 245 (8) regulamentam a parte do procedimento formal da aplicação da CGAA, que resumidamente referem o seguinte:

- Quaisquer correções fiscais, avaliações ou ajustamentos, efetuadas com base neste preceito legal da subsecção 245 (2), terá que ser previamente notificado ao contribuinte, que terá 180 dias após o recebimento da notificação, para se pronunciar, por escrito, sobre as referidas correções, avaliações, sendo estes argumentos, enviados para o respetivo Ministro competente dessa área, que tem o dever de os analisar e comunicar as conclusões ao contribuinte.

Em suma, a CGAA Canadiana, pouco difere da Portuguesa, na sua essência, com exceção no prazo de direito de audição que é dado ao contribuinte, 180 dias na Canadiana, enquanto que na Portuguesa é de 30 dias.

### **3.2 - Preços de Transferência:**

A legislação Canadiana sobre preços de transferência, bem como, todas as orientações administrativas sobre a matéria, são consistentes com as diretrizes da «*Guidelines*» da OCDE, sendo que a regulamentação desta matéria, encontra-se plasmada na secção 247 do já referido *Income Tax Act*.

Contudo, conforme se pode constatar, após consulta à página da internet da PWC, *Worldwide Tax Summaries*<sup>33</sup>, relativo ao resumo da aplicação das normas específicas anti abuso no Território Canadiano, podemos concluir que, o acórdão proferido em 28 de setembro de 2018, pelo *Tax Court of Canada* (TCC), relativo a um processo judicial sobre preços de transferência, estabeleceu determinados princípios, que atualmente têm servido como fonte de orientações importantes, nesta temática.

Porém, as disposições constantes na referida secção 247, estão em vigor e grande parte delas, continuam a ser aplicadas, importa assim analisá-las resumidamente, pelo que, conforme consta na subsecção 247 (2):

- Quando nas transações ou série de transações transfronteiriças, entre duas ou mais entidades relacionadas, em que pelo menos uma delas é contribuinte fiscal em território Canadiano (pode não ser residente), não são negociados, nos termos e condições que seriam aplicados entre duas entidades independentes, em «*arm's length*», nas condições normais de mercado, então será necessário efetuar um ajustamento, aplicando-se um preço de transferência, para que sejam refletidas, os termos e as condições de mercado.

Caso seja aplicado o parágrafo anterior, a subsecção 247 (2), impõe penalidades, que de acordo com o disposto na subsecção 247 (3), terá os seguintes montantes:

- Uma multa anual do valor de 10 % do montante do total do ajuste anual de capital e de rendimentos, efetuado através da regra de preços de transferência, se o ajuste exceder o menor dos seguintes valores:

- 10 % do valor do rendimento bruto do ano, sem ter em conta, as correções nos termos da presente secção e da secção 245 (CGAA), e

- CAD \$ 5.000.000

Importa ainda referir que, o valor desta multa não é dedutível para apuramento do valor tributável do ano, aplica-se independentemente de o contribuinte ser tributável no ano e é adicionada a qualquer imposto adicional e multas de juros relacionadas.

Relativamente ao rendimento bruto anual, ao montante no qual é aplicada a taxa de 10 %, se duas entidades tiverem efetuado determinada transação, com a finalidade de aumentar o

---

<sup>33</sup> <https://taxsummaries.pwc.com/canada/corporate/group-taxation>

valor daquele rendimento, para reduzir o valor da multa a ser aplicado, então de acordo com subsecção 247 (9), tal transação é considerada não ter ocorrido.

Importa referir que, o parágrafo anterior, traduz-se numa regra anti evasão, que se encontra integrada nesta regra de preços de transferência.

Acresce que, para não serem aplicadas as multas referidas nos parágrafos anteriores, a alínea a) da subsecção 247 (4), impõe a necessidade de preparar-se a designada, documentação contemporânea, sendo considerado que o contribuinte não fez esforços razoáveis, se não mantiver documentação completa e precisa de todos os aspetos materiais, para comprovar que determinou e usou preços em condições normais de mercado para as suas transações com partes relacionadas.

Esta documentação, deverá ser preparada até ao limite do prazo para envio da documentação, nomeadamente, seis meses após o final do ano fiscal para empresas e deve conter a seguintes informação:

- Os bens e serviços relacionados com a transação.
- Os termos e condições utilizados na transação e a relação, se houver, com os termos e condições de outras transações dos mesmos intervenientes.
- A identificação dos intervenientes na transação, a relação entre eles, as funções desempenhadas, a propriedade dos bens e os riscos assumidos por eles.
- Os dados e métodos utilizados e a análise efetuada, bem como, as premissas, estratégias e políticas, para determinar os preços de transferência, ou as alocações de lucros e perdas e contribuições nos custos, relativo à transação.

Para cada ano fiscal subsequente, em que a transação continua a desenvolver-se, deve ser descrita qualquer alteração que tiver ocorrido nos elementos e/ou informações constantes da documentação contemporânea, conforme refere a alínea b) da subsecção 247 (4).

Acresce ainda que, não é aplicada esta regra de preços de transferência, quando a entidade não residente, interveniente na transação, é uma afiliada estrangeira controlada pela entidade Canadiana que intervém na transação, conforme consta na subsecção 247 (7).

Esta exclusão da aplicação dos preços de transferência, das operações com as afiliadas estrangeiras controladas, pode ser justificada, pelo facto, de a tais operações, já ser aplicado a CFC Rules.

Conforme o disposto nas subsecções 247 (12) e 247 (13), quando se aplicam as regras sobre preços de transferência, para:

- Ajustar-se, para fins fiscais, os valores de uma transação ocorrida entre uma sociedade residente no território Canadiano e uma ou mais entidades não residentes nesse território, para condições normais de mercado, que são praticadas por duas entidades independentes (ajuste primário), então, o benefício obtido pelos não residentes, pelo ajuste efetuado, será considerado como dividendos (ajuste secundário), pagos pela sociedade Canadiana, sujeitos a imposto, pelas autoridades fiscais Canadianas, a menos que:

- Com a autorização do Ministro respetivo desta área, o valor do ajuste de preços de transferência, considerado ajuste primário, for repatriado para a Sociedade Canadiana.

Em suma, a política de preços de transferência Canadiana, segue as diretrizes que constam na «*Guidelines*» da OCDE, pelo que, em traços gerais não difere da implementada, no dispositivo normativo fiscal Português, que segue igualmente aquelas orientações, contudo, existem certas especificidades na legislação Canadiana, nesta área, que importa realçar, nomeadamente:

- Sobre o valor ajustado com base na utilização da regra de preços de transferência, é aplicada uma multa específica, que se encontra definida na própria secção que regulamenta esta regra, enquanto que na legislação Portuguesa, esses ajustes, são correções técnicas, que estão sujeitas às coimas genéricas que se aplicam a qualquer outra correção técnica.

- O Canada tem um programa, denominado de *Advance Pricing Arrangement (APA)* que se destina a ajudar os contribuintes a obter um nível de certeza, sobre os preços de transferência aceitáveis para as autoridades fiscais locais e, quando negociados como mecanismos bilaterais ou multilaterais, com autoridades fiscais de outras jurisdições.

- O *Income Tax Act* na secção 233.8, impõe a elaboração de um relatório anual, *Country By Country (CbC)* para empresas multinacionais, que apresentem um valor anual de volume de negócios consolidado do grupo, de pelo menos \$ 1 bilhão (aproximadamente de €750 milhões) e deve ser elaborado após um ano do final do exercício fiscal a que corresponde.

Este relatório *CbC*, tem a finalidade de facilitar a partilha de informações importantes, com os parceiros dos tratados internacionais, sendo que, o Canada assinou o acordo de Autoridade Competente Multilateral da OCDE sobre relatórios de *CbC*, juntamente com outros 83 países.

Neste relatório devem constar informações sobre cada país, em que a multinacional opera, nomeadamente, os rendimentos, lucros, imposto pago, capital declarado, lucros acumulados, número de funcionários e ativos tangíveis, bem como uma descrição das principais atividades de cada uma das suas subsidiárias.

Acresce que, se não existir entre o Canada e um outro país, um acordo de autoridade competente, para fins de troca de relatórios *CbC*, a subsecção 233.8 (3), impõe que a multinacional Canadiana, deva arquivar um relatório *CbC* no Canadá como uma entidade constituinte, mesmo se um relatório desses, tiver sido preparado e arquivado por uma entidade controladora final ou uma entidade controladora substituta naquele país específico.

Por fim, importa acrescentar que, o Canada e os Estados Unidos da América, assinaram um acordo bilateral de autoridade competente para permitir a troca de relatórios *CbC*, os mesmos devem ser trocados no prazo máximo de 15 meses após o final do exercício fiscal relativo ao grupo multinacional.

### **3.3 - Regra de subcapitalização:**

O Canada atualmente ainda não implementou, as melhores práticas recomendadas pelo relatório final da ação 4 do BEPS, sobre a dedutibilidade de juros e outros gastos, ao contrário da União Europeia com a *ATAD I*, contudo, apresenta uma regra de *Thin Capitalization*, plasmada nas subsecções 18 (4) e 18 (8) ambos do *Income Tax Act*<sup>34</sup>.

#### **- Subsecções 18 (4) e 18(8) - Thin Capitalization:**

Conforme constam nestes preceitos legais, para apuramento do lucro fiscal anual, de uma sociedade ou de uma entidade Trust, não é permitida a dedução do valor de juros pagos ou devidos, relativo a dividas a não residentes especificados, quando excede o limite de 1,5 do valor do património líquido da Sociedade ou da entidade Trust.

O montante que excede aquele limite, é considerado dividendos, que estarão sujeitos a imposto sobre retenção na fonte.

---

<sup>34</sup> <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/page-271.html#docCont>

Acresce que, de acordo com o disposto na subsecção 18 (5), entende-se como não residente especificado, uma entidade, não residente em território Canadano, que, individualmente ou em parceria, não transaciona, nos termos e condições normais de mercado (não negocia em situações de *arm's length*) e possuem interesses nas entidades devedoras, residentes naquele território, que representem pelo menos 25 % dos direitos de votos ou do valor das ações.

De acordo com a subsecção 18 (8), a regra de *Thin Capitalization* não é aplicada, quando são juros pagos ou devidos a Afiliadas Estrangeiras Controladas pela Sociedade, residentes no Território Canadano, até porque àquelas entidades, já é aplicável a CFC Rules.

### **3.4 - Regras de Back to back loan arrangement:**

Constam igualmente do diploma *Income Tax Act*, várias regras de «*Back to back loan arrangement*», nas subsecções 18 (6), 18 (6.1) e 212 (3.1 até 3.94).

#### **-Subsecções 18 (6) e 18 (6.1) - Back to back loan arrangement (regra anti evasão para acordos de empréstimos consecutivos):**

Estes mecanismos de «*Back to back loan*», têm a finalidade de evitar que os contribuintes interponham uma entidade terceira entre o contribuinte Canadano e um credor estrangeiro para afastar a aplicação de regras, que de outra forma seriam aplicáveis, se um empréstimo fosse feito diretamente entre as duas partes, nomeadamente a intenção de evitar-se a aplicação da *Thin Capitalization rules*.

Ora, estes preceitos legais entraram em vigor, na legislação Canadana, a partir de janeiro de 2014, sendo que esta regra «*Back to back loan*» é acionada, quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições, conforme explicitado na subsecção 18 (6):

- **Primeira Condição** - O contribuinte residente no território Canadano, tem valores a pagar por conta de uma dívida específica ou por outra obrigação, a uma entidade denominada de intermediário.

- **Segunda Condição** – O intermediário tem que ser, um não residente no território Canadano, com quem o contribuinte Canadano, não transaciona, nos termos e condições normais de mercado (não negocia em situações de *arm's length*) e que não é considerado em relação a esse mesmo contribuinte, um não residente especificado, conforme se

encontra definido na subsecção 18 (5), pelo que, à dívida ao intermediário não é aplicável a regra *Thin Capitalization*.

- **Terceira Condição** – Pode ser satisfeita por uma das seguintes formas:

1 – Regra da dívida intermédia:

O intermediário ou uma pessoa ou parceria, que não negoceia nos termos e condições normais de mercado (não negoceia em situações de *arm's length*) com o intermediário, tem um valor a pagar, por conta de uma dívida ou uma outra obrigação, a um não residente especificado do contribuinte Canadiano, conforme se encontra definido na subsecção 18(5), dívida esta que, deve apresentar uma das seguintes características:

- a) O recurso à dívida intermédia é limitada, no todo ou em parte, seja imediatamente ou no futuro, absolutamente ou contingentemente, à dívida do contribuinte Canadiano, ou,
- b) A dívida intermédia só foi contraída, pelo motivo da existência da dívida do contribuinte Canadiano, ou,
- c) A dívida do contribuinte Canadiano só foi contraída, pelo motivo da existência da dívida intermédia, ou,
- d) Pode-se razoavelmente concluir-se que, se a dívida intermédia não existisse, parte ou a totalidade da dívida do contribuinte não existia igualmente, ou os seus termos e condições seriam diferentes.

2 – Regra de direito especificado:

Esta terceira condição pode ainda ser satisfeita, se o intermediário ou uma pessoa ou parceria, que não negoceia nos termos e condições normais de mercado (não negoceia em situações de *arm's length*) com o intermediário, tem um direito especificado sobre uma propriedade particular concedida por um não residente especificado do contribuinte Canadiano, conforme definido na subsecção 18 (5), e uma das seguintes situações ocorre:

- a) A existência do direito especificado é imposição dos termos e condições da dívida do contribuinte Canadiano, ou,
- b) Pode razoavelmente concluir-se que, se o intermediário ou uma pessoa ou parceria, que não negoceia nos termos e condições normais de mercado (não negoceia em situações de *arm's length*) com o intermediário, não tivessem

recebido o direito especificado, não existiria a dívida do contribuinte Canadiano ou os seus termos e condições seriam diferentes.

Importa referir que, este direito especificado sobre uma propriedade especificada, pode traduzir-se no direito de utilizar, penhorar, hipotecar, ceder ou alienar a referida propriedade.

- **Quarta condição** – Esta condição é satisfeita, se pelo menos 25 % da dívida do contribuinte Canadiano, for financiada pelo intermediário (ou uma pessoa ou parceria que não negoceia nos termos e condições normais de mercado, com o intermediário), através da dívida do intermediário ou propriedade sujeita a um determinado direito, concedida, por um não residente especificado do contribuinte Canadiano, ao intermediário (ou uma pessoa ou parceria que não negoceia nos termos e condições normais de mercado, com o intermediário).

#### **Consequências da aplicação da presente regra – subsecção 18 (6.1):**

Ora, cumpridas estas quatro condições cumulativamente, então estão reunidos os pressupostos necessários, para aplicação do disposto na subsecção 18 (6.1), neste caso:

- A totalidade ou parte da dívida do contribuinte Canadiano, será considerado como um montante em dívida, não ao intermediário, mas sim a um ou mais não residentes especificados, definidos nos termos da subsecção 18 (5), que são credores em relação a uma dívida intermédia ou concessionários de direitos específicos de propriedade ao intermediário ((ou uma pessoa ou parceria que não negoceia nos termos e condições normais de mercado, com o intermediário).

Acresce que, ao ser considerado a dívida do contribuinte Canadiano com o intermediário, como empréstimo concedido por parte de um ou mais não residentes especificados, definidos nos termos da subsecção 18 (5), os respetivos juros associados, já estarão sujeitos aos requisitos da regra de *Thin Capitalization*, plasmada na subsecção 18 (4), que já analisámos no ponto anterior, pelo que, estes juros só podem ser deduzidos fiscalmente, até ao limite de 1,5 do valor do património líquido do contribuinte Canadiano.

#### **Subsecções 212 (3.9) e 212 (3.91) - Back to back arrangement (Regra anti evasão para royalties, rendas e outros pagamentos similares):**

A partir de 2016 inclusive, as entidades Canadianas, resolveram alargar a aplicação, com as devidas adaptações, da regra Back to back arrangement, que já constava nas subsecções 18 (6) e 18 (6.1), aos pagamentos transfronteiriços de rendas, royalties ou similares.

Esta regra visa evitar, o recurso a intermediários, não residentes em território canadiano, mas residentes em jurisdições, que têm tratados tributários celebrados com o Canada, permitindo que pessoas ou entidades pertencentes a outros territórios, que não tenham tratados tributários celebrados com o Canada, tenham acesso às taxas de retenções na fonte mais reduzidas que constam em tais tratados, relativo aos recebimentos de rendas, royalties ou outros instrumentos similares.

Conforme consta na subsecção, 212 (3.9) do já referido *Income Tax Act*, para aplicação destes preceitos legais, é preciso que estejam satisfeitas as seguintes condições, cumulativamente:

- **Primeira condição** - Um contribuinte Canadiano tem uma obrigação de efetuar o pagamento de um montante, relativo a rendas, royalties ou outros instrumentos similares, por conta de um contrato de leasing, de licença de utilização ou outros acordos similares, para uma pessoa não residente ou uma parceria, em que os seus membros são não residentes, denominado de intermediário ou licenciante imediato.

- **Segunda condição** – Para ser satisfeita esta condição, pode acontecer uma das seguintes situações:

a) O intermediário ou licenciante imediato, não transaciona, nos termos e condições normais de mercado (não negocia em situações de *arm's length*) com o contribuinte Canadiano, ou,

b) O intermediário ou licenciante imediato, transaciona nos termos e condições normais de mercado (negocia em situações de *arm's length*) com o contribuinte Canadiano, contudo, comprova-se razoavelmente que, o acordo de leasing, de licença de utilização ou similares, entre as duas partes, tem a finalidade de:

b.1) reduzir ou evitar, o imposto devido, pelo pagamento a ser efetuado, relativo ao acordo entre as partes, ou,

b.2) evitar a aplicação da subsecção 212 (3.91), relativo ao valor correto de imposto a pagar, de acordo com o disposto da presente regra de Back to back, arrangement.

- **Terceira condição** – Em qualquer momento ou posteriormente a esse acordo com o contribuinte Canadiano, o intermediário ou licenciante imediato (ou pessoa ou parceria que não negoceia em condições de concorrência com o intermediário), tem uma obrigação de pagar uma quantia, a outra entidade não residente no território canadiano (licenciante final ou beneficiário) nem no território do intermediário ou licenciante imediato, por conta, de um contrato de leasing, de licença de utilização ou outros acordos similares, ou uma cessão ou venda a prazo, dos referidos instrumentos, e uma das seguintes situações ocorre:

a) O valor que o intermediário ou licenciante imediato (ou pessoa ou parceria que não negoceia em condições de concorrência com o intermediário), é obrigado a pagar, é estabelecido em todo ou em parte, com referência:

a.1) ao valor do pagamento dos royalties efetuado ou a obrigação de efetuar, por parte do Contribuinte Canadiano, ou,

a.2) ao valor justo de mercado do bem, cujo direito de sua utilização foi concedido ao contribuinte Canadiano, sendo os possíveis critérios utilizados, a receita, lucros ou fluxos de caixa, obtidos com o referido bem.

b) É razoavelmente comprovado, com base em todos os factos e circunstâncias, que o acordo entre o contribuinte Canadiano e o intermediário ou licenciante imediato, foi celebrado e permanece em vigor, devido ao acordo entre este último e o licenciante final ou beneficiário, os dois acordos estão interligados.

- **Quarta condição** – Esta condição fica satisfeita, se o pagamento das rendas, royalties ou similares, por parte do contribuinte Canadiano, fosse efetuado diretamente ao licenciante final ou beneficiário, o montante de imposto a reter na fonte, aquando desse pagamento, seria maior do que o valor do imposto que é devido, pelo pagamento efetuado ao intermediário ou licenciante imediato.

#### **Consequências da aplicação da presente regra – subsecção 212 (3.91):**

Cumpridos as quatro condições acima explanadas, estão reunidos os pressupostos, para aplicação da subsecção 212 (3.91), que é a efetivação da aplicação da presente regra, nomeadamente é considerado o seguinte:

- Na jurisdição onde foi aplicada uma taxa de retenções na fonte, mais reduzida do que, a taxa aplicável, caso os pagamentos tivessem sido efetuados ao licenciante final ou beneficiário, será considerado que aos pagamentos efetuados pelo contribuinte Canadiano

ao intermediário ou licenciante imediato, tivessem sido efetuados ao licenciante final ou beneficiário.

- O valor do imposto retido exigido, em relação ao pagamento de royalties ou rendas, pela operação ter sido considerada entre o contribuinte Canadiano e o licenciante final ou beneficiário, será igual ao montante do imposto retido na fonte, que deixou de ser pago, pelo acordo que ocorreu entre o contribuinte Canadiano e o intermediário.

### **3.5 - Controlled Foreign Corporation (CFC rules):**

As regras Canadianas, relativo às sociedades estrangeiras controladas, são consistentes com as recomendações do relatório da ação 3 BEPS, encontrando-se plasmadas na secção 95 do *Income Tax Act*.

Tal como é recomendado pela OCDE, este preceito legal, tem especial atenção aos rendimentos obtidos por aquelas sociedades, nomeadamente de bens e serviços, royalties, de juros ou outros rendimentos de financiamento, bem como, com a distribuição de dividendos.

A subsecção 95 (1), define o conceito de sociedade estrangeira controlada, ou *controlled foreign affiliate* como é designado no diploma legal canadiano, sendo que, para elas serem classificadas como tal, à luz da legislação canadiana, têm que ser cumpridas um dos seguintes requisitos:

**Requisito 1** – O contribuinte Canadiano controla a afiliada estrangeira, sendo que o diploma *Income Tax Act*, nada refere, quanto às situações em que se considera, controlada a afiliada estrangeira por parte do contribuinte Canadiano, contudo, a jurisprudência do *Supreme Court of Canada*, tem entendido que aquele controlo existe, quando se detêm a maioria das ações que atribuem a maioria dos votos, permitindo a escolha do Conselho de Administração.

**Requisito 2** - O contribuinte Canadiano possui todas as ações do capital da afiliada estrangeira, através de uma das seguintes formas:

- a) As ações pertencem todas ao próprio contribuinte Canadiano.
- b) As ações pertencem todas a entidades que têm relações especiais com o contribuinte Canadiano, ou seja, que não transacionam com este, em condições normais de mercado (não transacionam em condições de *arm's length*).

- c) Todas as ações pertencem a um conjunto de quatro pessoas no máximo, designados de acionista canadiano relevante, que são residentes no território Canadano, e que não são o contribuinte nem as entidades mencionadas na alínea b) e possuem nesse período as ações do capital da afiliada estrangeira.
- d) Todas as ações do capital próprio da afiliada estrangeira são detidas por entidades que têm relações especiais com o acionista canadiano relevante (conforme definido na alínea anterior), ou seja, que não transacionam com este, em condições normais de mercado (não transacionam em condições de *arm's length*).

### 3.5.1 – Foreign accrual property income (FAPI):

A Foreign accrual property income (doravante designada de FAPI), traduzido como, a renda acumulada da propriedade estrangeira, consiste na diferença entre os ganhos e perdas acumuladas obtidas pela afiliada estrangeira controlada, num determinado exercício fiscal, cujo valor líquido apurado, deverá ser incluído na base tributável do contribuinte Canadano, para apuramento de imposto no território Canadano, na percentagem que este detém na respetiva afiliada estrangeira.

O regime de FAPI, visa:

- Impedir qualquer benefício obtido, por um contribuinte Canadano por estabelecer uma empresa fictícia, numa jurisdição com um nível tributário nulo ou inferior ao plasmado na legislação fiscal Canadana, por forma a preservar a base tributável Canadana.
- Impedir o diferimento temporal do reconhecimento, por parte do contribuinte Canadano, dos rendimentos obtidos da afiliada estrangeira controlada, para o momento da respetiva distribuição.

A FAPI, só é aplicável aos rendimentos passivos, ou seja, qualquer rendimento obtido diretamente pelo contribuinte Canadano, não está sujeito a este regime, bem como, se a afiliada estrangeira não ser considerada controlada, por aquele contribuinte, neste caso, só quando existir a distribuição dos referidos rendimentos, os mesmos são incluídos na base tributável em território Canadano.

As subsecções 95 (1) e 95 (2) do já referido *Income Tax Act*, definem como é determinado **o valor da FAPI**, pelo que, resumidamente e em termos gerais, esse valor **inclui**:

- Rendimentos provenientes de propriedade;

- Rendimentos provenientes de um outro negócio, que não seja um negócio ativo com a afiliada estrangeira;
- Rendimentos provenientes de «negócios não qualificados»;
- Certos ganhos de capital obtidos com a alienação de propriedades;

**Para apuramento do valor líquido da FAPI, são deduzidos:**

- As perdas provenientes de propriedades;
- As perdas provenientes de um negócio, que não seja um negócio ativo com a afiliada estrangeira;
- As perdas de «negócios não qualificados»;
- Certas perdas sofridas com a alienação de propriedades;

**Acresce que, ao valor líquido obtido da FAPI, são deduzidos o montante de dividendos distribuídos pela afiliada estrangeira controlada.**

**Acresce ainda que, o valor dos impostos pagos no estrangeiro, podem ser deduzidos aos montantes, incluídos na FAPI, apurado da seguinte forma:**

- Foreign accrual tax (FAT) x the Canadian taxpayer's «relevant tax factor» (RTF).

The Canadian taxpayer's «relevant tax factor» (RTF) = 1/0, 25

Importa ainda referir que, a *Foreign accrual property loss*, ou seja, qualquer apuramento de valor líquido negativo da FAPI, pode ser deduzido aos valores positivos da FAPI determinados nos 20 exercícios fiscais seguintes ou nos 3 exercícios fiscais anteriores.

### **3.6 - Exit Tax:**

O normativo jurídico fiscal Canadiano, nomeadamente o *Income Tax Act*, apresenta igualmente regras de tributação à saída, que se encontram plasmadas nas suas subsecções, 128.1 (4) e 219.1 (1).

De acordo com a subsecção 128.1 (4), se um contribuinte individual, deixar de ser residente no território Canadiano, imediatamente antes da data que ocorre esse evento, é considerado que se desfez dos seus bens, ou seja que os alienou (mesmo que na prática não os tenha alienado), pelo valor justo de mercado, podendo apurar ganhos ou perdas, conforme os casos.

Importa referir que, este preceito legal aplica-se à maioria dos bens móveis e imóveis, com exceção dos seguintes bens, no qual não é aplicável esta norma:

- Bens imóveis situados no Canadá, propriedades de recurso Canadianas ou propriedades de recurso de madeira.
- Propriedades descritas num inventário de um negócio efetuado por um contribuinte por intermédio de um estabelecimento permanente localizado no Canadá.
- Planos de pensões, planos de poupança para a reforma, fundos de rendas de reformas, planos de poupança para a educação, contas de poupanças isentos de impostos, planos de participação nos lucros diferidos, planos de participação nos lucros para empregados, planos de benefícios para empregados, acordos de diferimentos de salários, acordos de compensação de reforma e outros direitos dos contribuintes.
- Propriedades pertencentes a um contribuinte individual, adquiridas quando este se tornou residente no território Canadiano na última vez ou herdou quando era residente nesse território e desde que, o mesmo contribuinte não tenha permanecido no referido território mais de 60 meses durante 120 meses.

A subsecção 219.1 (1), tem plasmada uma regra de tributação à saída, aplicada às sociedades, pelo que, todas as sociedades que deixem de ser residentes no território Canadiano, num determinado exercício fiscal, estarão sujeitas a um imposto antes do final do referido exercício, no montante de 25 % sobre o valor justo de mercado nesse período, pelo qual seus ativos líquidos excedem o capital realizado das suas ações.

Acresce que, esta taxa de 25 % pode ser reduzida, nas situações em que, o país para onde se desloca a mesma sociedade, tem um tratado tributário celebrado com o Canadá, que prevê a aplicação de uma taxa reduzida nas retenções na fonte sobre os dividendos.

### **3.7 - Regras anti híbridos:**

O Canadá ainda não introduziu regras, para dar seguimento às recomendações da OCDE no seu relatório sobre a ação 2 do projeto BEPS. Contudo o tratado do Canadá com os EUA, contém certas disposições que restringem a disponibilidade de benefícios do tratado com relação à receita obtida por ou por meio de entidades híbridas

## Capítulo VI - Conclusão

Face ao exposto, podemos concluir que, foi a partir de 2013, com o trabalho efetuado no projeto BEPS da OCDE e das recomendações que daí emanaram, que existiu uma grande viragem a nível mundial, no combate contra os paraísos fiscais e o planeamento fiscal agressivo, provocando alterações nos normativos jurídico fiscais de cada país membro, nuns casos, alterações ligeiras, noutros significativas.

Acresce que o BEPS é o resultado de muitas preocupações por parte do grupo do G20 da OCDE, sobre a erosão das suas bases tributárias, provocadas pelo planeamento fiscal agressivo, perpetuado pelas multinacionais, bem como, com o aparecimento de novos instrumentos de negócio, que começaram a proliferar nos últimos anos, tais como, o comércio eletrónico, os híbridos e os intangíveis, em virtude de ser difícil definir a jurisdição, onde tais instrumentos devem ser tributados.

É certo, que o projeto BEPS, baseava-se em recomendações, que os países membros da OCDE deviam adotar, contudo, as ações BEPS contêm medidas, que apesar de algumas serem de difícil implementação, têm o condão de serem o que profundamente foi efetuado, no combate ao flagelo da erosão das bases tributárias de cada país.

Ora, no caso de Portugal, como país membro da OCDE e da União Europeia, também fez refletir na sua legislação fiscal interna, grande parte das recomendações emanadas das ações BEPS, através da transposição da Diretiva da União Europeia, 2016/1164 de do Conselho, de 12 julho de 2016 (também designada de *ATAD I*).

Tornou-se importante, analisar as alterações produzidas em 2019, no normativo fiscal interno Português, pela transposição da *ATAD I*, conforme foi efetuado no capítulo III da presente dissertação, nomeadamente, nas alterações ocorridas, nas várias normas anti abuso específicas já existentes e na nova redação dada à CGAA.

Foi igualmente importante, efetuar-se a comparação das legislações fiscais, no que concerne às normas anti abuso fiscal, entre Portugal e alguns membros da União Europeia, conforme consta no capítulo V da presente dissertação, tendo para o caso sido escolhidos, a Espanha e a França, membros do sul da Europa, tal como Portugal, para o efeito, foi verificado, que nalgumas matérias, alguns destes membros da UE, foram mais longe na

transposição da Diretiva, noutras matérias ainda não foi efetuada essa transposição, no caso da França e Portugal por exemplo, estes já efetuaram a transposição da Diretiva 2017/952 do Conselho, de 29 maio de 2017 (designada de *ATAD 2*), relativo a alterações relacionadas com a tributação dos instrumentos híbridos, ao contrário de Espanha.

Nestas análises comparativas, era relevante igualmente verificar, o que países externos à União Europeia, estão a realizar no combate ao planeamento fiscal agressivo, pelo que, foi escolhido o Canada, país membro da OCDE.

Relativamente ao Canada, conclui-se que, nalgumas áreas, nomeadamente, nos preços de transferência, é seguida as recomendações da «*Guidelines*» da OCDE, tem igualmente uma CGAA, que em termos gerais, não diverge grandemente da plasmada na Diretiva da UE, a *ATAD 1* e que foi transposta por Portugal, em 2019, para o seu normativo jurídico fiscal interno.

Contudo, conclui-se igualmente, que o Canada ainda não introduziu no seu normativo jurídico fiscal interno, as boas práticas recomendadas pelo relatório final da ação 4 do BEPS, sobre a dedutibilidade de juros e outros gastos, apresentando uma regra de subcapitalização, que em sede da UE, uma regra semelhante, foi considerada não compatível com os princípios constantes no TFUE.

Porém constatou-se que, o Canada introduziu a partir de 2014, no seu ordenamento fiscal, mecanismos denominados de *Back to back arrangement*, que visam evitar abusos, nomeadamente a interposição de intermediários, em contrários de empréstimos, para não permitir a aplicação da regra de subcapitalização, ou para reduzir as taxas de retenções na fonte no pagamento de royalties, rendas e outros pagamentos similares (introduzida a partir de 2016), sendo que, todos estas regras foram devidamente explanadas no ponto 3.4 do capítulo V.

Em suma, pretendeu-se com a presente dissertação, dar uma ideia dos trabalhos que nos últimos anos foram efetuados nas organizações e instituições internacionais, sobre o combate ao PFA, que tiveram repercussões no normativo fiscal Português e de outros países, sem ser esquecido a análise das decisões mais recentes, proferidas essencialmente pelo CAAD, em matéria da aplicação da CGAA e das várias CEAA, por parte da AT.

## Referências Bibliográficas

### Fontes não periódicas:

- Albuquerque, P. F. (2015) – Preços de Transferência. In J. R. Catarino, V. B. Guimarães, – *Lições Fiscalidade, Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional* (pp. 167-197). Coimbra: Edições Almedina.
- Caldas, M. (2015). *O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?* Coimbra: Edições Almedina.
- Catarino, J. C. (2015) – O lugar e o papel da Gestão e do planeamento fiscal internacional: incertezas conceptuais. In J. R. Catarino, V. B. Guimarães, – *Lições Fiscalidade, Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional* (pág. 23). Coimbra: Edições Almedina.
- Courinha, G. L. (2009) - *A Cláusula Geral Anti Abuso no Direito Tributário Contributos para a sua Compreensão*. Coimbra: Edições Almedina.
- Dourado, A. P. (2018). *Governança Fiscal Global* (2ª edição). Coimbra: Almedina.
- Dourado, A.P. (2019). *Direito Fiscal* (4.ª edição). Coimbra: Almedina
- Dourado, A. P. (2010). *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Direta*. Coimbra: Coimbra editora.
- Dourado, A. P. (2015). *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the light of BEPS – The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Action 2 and 6*, Intertax 2015, n.º 1.
- Nabais, J. C. (2019). *Direito Fiscal* (11.ª edição). Coimbra: Almedina.
- OCDE (2017) - *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.
- OCDE (2020) – *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8-10*.
- Oliveira, A. F. (2009). *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti abuso e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora
- Palma, C. – *Planeamento Fiscal Internacional* (2015). In J. R. Catarino, V. B. Guimarães, – *Lições Fiscalidade, Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional* (pp. 125-161). Coimbra: Edições Almedina.
- Palma, C. (2018). *Apontamentos sobre a unidade Curricular Planeamento Fiscal*.
- Pereira, M. H. (2017). *Fiscalidade* (6ª edição). Coimbra: Almedina.
- Pires, R. C. (2018). *Manual de Direito Internacional Fiscal* (Edições Almedina). Coimbra: Almedina.
- Ribeiro, J. S. (2018). *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta* (Edições Almedina). Coimbra: Almedina
- Saldanha Sanches, J.L. (2006). *Os limites do Planeamento fiscal, substancia e forma no Direito Fiscal Português Comunitário e Internacional*. Coimbra Editora.
- Saldanha Sanches, J.L. (2007). *Manual de Direito Fiscal* (3ª edição). Coimbra Editora.

- Santos, A. C. – *Planeamento Fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal – O fiscalista no seu labirinto*. In *Revista de Direito e Gestão Fiscal*. Edição do Instituto Superior de Gestão. Lisboa, n.º 38 (abril-junho 2009), (pp. 61 – 100).
- Teixeira, G. (2016). *Manual de Direito Fiscal* (4ª edição). Coimbra: Almedina.
- Vasquez, S. (2015). *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina
- Xavier, A. (2017). *Direito Tributário Internacional* (2ª edição). Coimbra: Almedina
- Xavier, A (2015). *Direito Internacional Tributário do Brasil* (8ª edição). Rio de Janeiro: Forense

#### **Fontes periódicas:**

- Marques, D. B., Carneiro, E. S. (2015). O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento. *Revista Revisores E Auditores (outubro-dezembro 2015)*, pág. 51-62.
- Saldanha Sanches, J.L. (2009). Fiscalidade: *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 38: edição do Instituto Superior de Gestão.
- Tomaz A. (2009) – *A reunião do G20 de 2 abril de 2009 e o futuro dos paraísos fiscais*. RFPDF, ano II, N.º 2, julho de 2009 (pág. 31-44).

#### **Fontes eletrónicas:**

- Acórdão do TCAS (14-11-2019) processo n.º 10/17.9BCLSB, disponível em [www.tca-sul.net](http://www.tca-sul.net)
- Analisar e agir, preparando o futuro, implementar o BEPS, Action Plan da PWC, disponível em <https://www.pwc.pt/pt/eventos/imagens/2015/pwc-beps-conferencia.pdf>
- Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/>
- Bутtenham, K., Thullien, R. (2020). *Canada Corporate – Group Taxation*, disponível em <https://taxsummaries.pwc.com/canada/corporate/group-taxation>.
- - CAAD, decisões, processos:
  - n.º 511-2018 T disponível em [https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPageSize=100&listOrder=Sorter\\_data&listDir=DESC&id=4334](https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPageSize=100&listOrder=Sorter_data&listDir=DESC&id=4334)
  - n.º 441 – 2018 T disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPageSize=100&listPage=39&id=4053>
  - n.º 177 – 2019 T disponível em [https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?s\\_processo=177%2F2019&s\\_data\\_ini=&s\\_data\\_fim=&s\\_resumo=&s\\_artigos=&s\\_texto=&id=4320](https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?s_processo=177%2F2019&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=&s_artigos=&s_texto=&id=4320)
  - n.º 380 – 2018 T disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPageSize=100&listPage=39&id=4146>
- Code Général des Impôts disponível em [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069577/](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/)
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares disponível em <https://www.portaldasfinancas.gov.pt/at/html/index.html>.

- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas disponível em <https://www.portaldasfinancas.gov.pt/at/html/index.html>
- Código do Procedimento e de Processo Tributário disponível em <https://www.portaldasfinancas.gov.pt/at/html/index.html>
- Comunicações da Comissão Europeia de 15-07-2020, COM (2020) 312 final, COM (2020) 313 final e COM (2020) 314 final, disponíveis em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/>
- Corporate tax 2020 Spain disponível em <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/corporate-tax-laws-and-regulations/spain>
- France Country Profile 2020 (KPMG) disponível em <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2018/07/european-tax-france-country-profile.html>
- Impuesto sobre Sociedades disponível em [BOE-062\\_Impuesto\\_sobre\\_Sociedades%20\(5\).pdf](#)
- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas disponível em [BOE-064\\_Impuesto\\_sobre\\_la\\_Renta\\_de\\_las\\_Personas\\_Fisicas%20\(2\).pdf](#)
- Income Tax Act disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/page-271.html#docCont>
- Lei Geral Tributária disponível em <https://www.portaldasfinancas.gov.pt/at/html/index.html>
- *Ley 58/2003 de 17 diciembre, General Tributaria* disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>
- Livre des Procédures Fiscales disponível em [https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069583/2021-01-01](https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069583/2021-01-01)
- OCDE org. Transfer Pricing disponível em <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing>

#### **Legislação Nacional e emanada da UE:**

- Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas. Jornal Oficial da União Europeia, C2 de 06-01-1998.
- Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 julho. Jornal Oficial da União Europeia, L193 de 19-07-2016.
- Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 maio. Jornal Oficial da União Europeia, L144 de 07-06-2017.
- Diretiva 2018/822 do Conselho de 25 maio. Jornal Oficial da União Europeia, L 139 de 05-06-2018.
- Lei n.º 26/2020 de 21 julho. Diário da República, n.º 140, 1.º série (2020).
- Lei n.º 32/2019 de 03 de maio. Diário da República, n.º 85, 1.º série (2019).
- Portaria n.º 345-A/2016 de 30 dezembro. Diário da República, n.º 250, 1.º série (2016).
- Portaria n.º 1446-C/2001 de 21 dezembro. Diário da República, n.º 294, 1.º série B (2001)

## Apêndice A

## Relações especiais do n.º 4 do art.º 63.º CIRC

Contratante da operação		Contratante da operação	Legislação	
Sujeito passivo IRC ou IRS	Existência de relações especiais	<b>Titulares do Capital</b>	Participação, direta ou indireta ≥ 20% do capital ou direitos voto ou se sócio individual, seus familiares diretos	4 a) do art.º 63.º
		<b>Entidades com os mesmos titulares do Capital</b>	Participação, direta ou indireta ≥ 20% do capital ou direitos voto ou se sócio individual, seus familiares diretos	4 b) do art.º 63.º
		<b>Membro dos Órgãos Sociais</b>	Ou seus familiares mais diretos	4 c) do art.º 63.º
		<b>Entidade cuja maioria dos Membros Sociais</b>	sejam as mesmas pessoas ou sendo pessoas diferentes - ligadas entre si por casamento, união de facto legalmente reconhecida ou parentesco em linha reta	4 d) do art.º 63.º
		<b>Entidade pertencente ao mesmo Grupo</b>	Contrato de subordinação ou Contrato de grupo paritário	4 e) do art.º 63.º
		<b>Empresas em relação de domínio, nos termos do art.º 486 CSC</b>	mais de 50% dos direitos de voto ou Direito de designar mais de 50% membros do órgão de administração ou de fiscalização	4 f) do art.º 63.º
		<b>Entidade da qual depende o exercício da sua atividade</b>	direitos de propriedade industrial ou intelectual ou Know-how Aprovisionamento de MP Acesso a canais de venda Direitos de fixação dos preços Possibilidade de condicionar as decisões de gestão da outra, etc	4 g) do art.º 63.º
		<b>Entidade sujeita a um regime Fiscal mais Favorável</b>	residente em país, território ou região constante da lista da Portaria n.º 150/2004	4 h) do art.º 63.º