

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



ISCAL

A jurisprudência contraditória do CAAD sobre a
cláusula geral antiabuso

Algumas reflexões

Júlio Dias

Lisboa, Outubro de 2018

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



A jurisprudência contraditória do CAAD sobre a
cláusula geral antiabuso

Algumas reflexões

Júlio Dias – Aluno n.º 20150199

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 Senhora Professora Doutora Clotilde Celorico Palma.

Constituição do Júri:

Presidente - Professor Doutor Paulo Nogueira da Costa.

Arguente - Professor Especialista Jesuíno Alcântara Martins.

Vogal - Professora Doutora Clotilde Celorico Palma.

Lisboa, Outubro de 2018

Declaração

Declaro ser o autor desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido [no seu todo ou qualquer das suas partes] a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas.

Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

Dedicatória

À saudosa memória do Pedrinho, avós e bisavó, de quem tanto recebi.

Aos Homens que, dominados apenas pelo sonho, libertaram o Povo Português na madrugada em que o futuro sorriu de novo.

Ao meu amado Ribatejo, matriz muita de tanto.

À memória de António Sérgio Ferrão, símbolo maior da Rádio, cuja arte continuo a escutar.

Agradecimentos

À minha mulher, pais e irmã, por tudo!

À Sra. Professora Doutora Clotilde Celorico Palma, pela generosidade de ter aceite o encargo da orientação deste estudo.

Resumo

A jurisprudência arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD] respeitante à aplicação da cláusula geral antiabuso, divulgada publicamente nos últimos anos, constitui um importante contributo para o estudo e compreensão deste complexo mecanismo jurídico-tributário, num tempo de redobrada atenção às consequências do planeamento fiscal abusivo.

A existência de algumas decisões contraditórias, relativamente ao habitual sentido decisório seguido em dois tipos de situações de planeamento fiscal abusivo, submetidos ao seu escrutínio arbitral, introduz um significativo fator de insegurança jurídica na análise desta problemática, porquanto, se trata da mesma matriz elisiva que subjaz à estrutura jurídica realizada, e as mesmas vantagens fiscais obtidas nuns e noutros casos.

O presente estudo tenta dilucidar quais as razões que possam determinar a existência de algumas decisões arbitrais em total oposição com a corrente decisória maioritária, e, assim, perceber os motivos em que assenta a generalizada censura arbitral à aplicação deste poderoso mecanismo de combate ao planeamento fiscal abusivo.

Palavras-chave

cláusula geral antiabuso [CGAA] planeamento fiscal abusivo elisão fiscal

artigo 38 / 2 LGT CAAD AT

Abstract

CAAD's arbitration jurisprudence on the application of the general anti-abuse rule published in recent years, constitutes an important contribution to the study and understanding of this complex legal-tax mechanism, in a time of increased attention to the consequences of abusive tax planning.

The existence of some contradictory decisions, regarding the usual decision-making process followed in two types of abusive tax planning submitted to its arbitration scrutiny, introduces a significant factor of legal uncertainty in the analysis of this problematic, since it is the same abusive matrix that underlies the juridical structure realized and the tax advantages obtained elsewhere and in other cases.

The present study tries to elucidate the reasons that may determine the existence of some arbitration decisions in total opposition to the majority decision-making process, and thus, to understand the reasons for the widespread arbitration censorship to the application of this powerful mechanism to combat abusive tax planning.

Key-words

general anti abuse rule [GAAR] abusive tax planning tax avoidance

38 / 2 LGT rule of law CAAD AT

Índice

Introdução.....	1
Capítulo I - Conceitos	6
1.1 – Planeamento fiscal.....	6
1.2 – Planeamento fiscal abusivo.....	6
1.3 – A componente moral	7
1.4 – Situação atual	10
1.5 – Conceitos adotados	10
Capítulo II - Evolução da CGAA	11
1.1 - Evolução do regime antiabuso.....	11
1.2 – Evolução legislativa do artigo 38.º/n.º 2 da Lei Geral Tributária	15
1.3 – O procedimento específico do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.....	18
Capítulo III - Direito comparado	28
1.1 - Alemanha	28
1.2 - Áustria	29
1.3 - Bélgica.....	30
1.4 - Canadá	32
1.5 - Espanha	37
1.6 - França	39
1.7 - Itália.....	40
1.8 - Ordenamento da União Europeia	45
Capítulo IV - Análise da jurisprudência arbitral do CAAD	48
1.1 – Delimitação e metodologia adotada	48
1.2 – Primeira situação elisiva. Alienação de quotas sob a aparência de ações	49
1.3 - Decisão arbitral de 20/12/2013 no processo n.º 47/2013-T.....	51
1.4 - Decisão arbitral de 13/11/2014 no processo n.º 131/2014-T	55
1.5 - Decisão arbitral de 11/04/2015 no processo n.º 315/2014-T	57
1.6 – Traços comuns.....	60

1.7 - Segunda situação elisiva. Distribuição de lucros disfarçada de amortização de dívida, ou reembolso de prestações suplementares ou suprimentos	61
1.8 - Decisão arbitral de 04/11/2015 no processo n.º 173/2015-T	63
1.9 - Decisão arbitral de 14/11/2017 no processo n.º 162/2017-T	65
1.10 – Traços comuns	67
1.11 – Informação estatística	68
Capítulo V - Conclusões	69
Referências Bibliográficas	70

Lista das principais abreviaturas e siglas utilizadas

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CCiv – Código Civil

CE - Comunidade Europeia

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CGAA – Cláusula geral antiabuso

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CPT – Código de Processo Tributário

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DAR – Diário da Assembleia da República

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

LGT – Lei Geral Tributária

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

TCASul – Tribunal Central Administrativo Sul

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

SP – Sujeito passivo

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

Introdução

A aplicação entre nós da disposição antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT] – vulgarmente denominada de cláusula geral antiabuso – não tem sido objeto de um intenso e regular escrutínio judicial por parte dos nossos tribunais superiores, Supremo Tribunal Administrativo [STA] e Tribunais Centrais Administrativos [TCA's], como se previa há alguns anos atrás, na sequência da previsível litigiosidade que a sua progressiva utilização pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT], aliada à sua intrínseca complexidade e admissível latitude de interpretação.

São conhecidos os problemas que o nosso sistema judicial enfrenta nas últimas décadas, encabeçados pela sua morosidade cada vez menos compatível com a celeridade crescente que se apossou da vida de particulares e empresas.

No período compreendido entre 2011 e 2017, foram divulgados publicamente¹ um total de dez acórdãos provenientes do Supremo Tribunal Administrativo e dos dois Tribunais Centrais Administrativos, sendo o primeiro o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul [TCASul] de 15/02/2011 no processo 04255/10 que, pelo seu carácter pioneiro e sentido da decisão favorável à posição defendida pela Administração Tributária [AT], foi profusamente analisado pela doutrina que se debruça sobre estas matérias².

Porém, este défice de escrutínio judicial foi amplamente compensado pela instituição de uma nova modalidade impugnatória mediante a criação do Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD] através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20/01, depois complementado com a Portaria n.º 112-A/2011, de 22/03, que determinou a vinculação dos serviços da, então, Direção-Geral dos Impostos [DGCI], atual Autoridade Tributária e Aduaneira [AT], à jurisdição dos tribunais arbitrais. A previsível celeridade de tramitação

¹ No sítio *internet* <http://www.gde.mj.pt/>. Acórdãos [ordenados por data crescente] do:

- STA de 26/02/2014 – Proc. 01088/13; 09/07/2014 – 0166/14; 05/11/2014 – 01823/13; 25/11/2015 – 0576/13; e, 27/01/2016 – 01720/13 ;

- TCASul de 15/02/2011 – proc. 04255/10; 14/02/2012 – 05104/11; e, 20/11/2012 – 03877/10 ; e do,

- TCANorte de 11/04/2014 – proc. 00498/11.1BEVIS; e, 28/09/2017 – 01188/11.0BEPRT.

² Destacando-se os comentários de Pedro AMORIM – Anotação à primeira decisão de um tribunal superior sobre a aplicação da cláusula geral anti-abuso (Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 – Processo n.º 04255/10); e, Nuno GARCIA – José FERNANDES – Cláusula Geral Anti-Abuso – Opus 1 (Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 – Processo n.º 04255/10. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 2-IV (09/2011) 225-235 e 237-246, respetivamente.

processual nesta nova instância de recurso³ e os efeitos jurídicos equivalentes aos obtidos nos tribunais administrativos e fiscais, foram intensamente aproveitados pelos contribuintes inconformados com a decisão da Administração Tributária e Aduaneira [AT] de aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] às operações consideradas elisivas em que foram intervenientes.

No hiato temporal onde se situa o presente trabalho e compreendido entre os anos de 2013 e 2017, o Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD] produziu cinquenta e uma decisões arbitrais envolvendo a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA], sendo a primeira, a decisão de 09/05/2013 no processo 123/2012-T, e a última, a de 14/11/2017 no processo 162/2017-T.

Considerando os dez acórdãos divulgados publicamente que os tribunais judiciais superiores produziram em período superior [2011 – 2017] e a desproporção do volume decisório favorável à instância arbitral, é uma evidência incontornável que é pertença do Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD] o protagonismo do aprofundamento da análise hermenêutica que esta matéria da aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] tem sofrido no nosso sistema jurídico-tributário, com o conseqüente alcance dum determinado paradigma interpretativo, essencial numa matéria que depende da análise casuística para a sua eficaz resolução.

Não obstante o poderoso contributo que o Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD] tem prestado à evolução do estudo deste mecanismo legal prescrito no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT], têm sido produzidas algumas decisões arbitrais em total oposição com um certo sentido decisório que vinha sendo adotado para quadros factuais semelhantes, impedindo uma natural consolidação de saber numa matéria cuja complexidade intrínseca e método de concretização depende da análise casuística para avaliação da sua correta aplicação, sendo, portanto, a jurisprudência arbitral o meio adequado à sua prossecução.

É precisamente o estudo das causas que possam estar na origem desta divergente jurisprudência arbitral que nos propomos abordar, e o método que julgamos mais adequado para o efeito consiste na análise de cada uma das cinco decisões arbitrais divergentes, respeitantes aos processos 47 / 2013-T; 131 / 2014-T; 315 / 2014-T, 173 / 2015-T; e, 162 /

³ Segundo os dados colhidos nas Newsletters do CAAD, a duração média dos processos passou dos iniciais 4 meses e 4 dias [Newsletter 1/2013], e 4 meses e 13 dias [Newsletter 2/2013], para os mais recentes 4 meses e 20 dias [Newsletters 1/2015 e 1/2016]. Disponíveis em <https://www.caad.org.pt/publicacoes/newsletter>, consulta em 15/02/2017.

2017-T, sob a unanimidade do coletivo de três árbitros envolvidos – exceto no processo 47 / 2013-T que funcionou em tribunal arbitral singular – na tentativa de examinar quais as causas do dissonante sentido da decisão relativamente ao conjunto das restantes trinta e sete⁴ respeitantes a situações semelhantes que se podem subdividir em dois tipos de planeamento fiscal abusivo diversos. O primeiro, constituído pela operação real de alienação de quotas encoberto pela venda de ações, e, o segundo, composto pela operação real de distribuição de lucros disfarçado de reembolso de dívida pela sociedade ao associado⁵.

O fenómeno da fraude e evasão fiscal não é recente, nem o seu combate regular constitui qualquer novidade na generalidade dos ordenamentos fiscais ocidentais. O que é relativamente recente é a visibilidade e importância públicas que o planeamento fiscal abusivo alcançaram nos últimos anos em resultado da crise económico-financeira global e da premente necessidade dos estados aumentarem a cobrança de receitas fiscais, em concomitância com o decréscimo da atividade económica e incremento das prestações sociais inerentes a qualquer crise.

Este constrangimento resultante da diminuição das receitas fiscais em contexto de crise aguda, determinou a monitorização e análise internacionais dos métodos utilizados pelas entidades que recorrem habitualmente ao planeamento fiscal, com o único objetivo de evitar ou iludir as regras fiscais aplicáveis num determinado ordenamento jurídico-fiscal a todos os contribuintes que o integram.

Na medida em que o resultado fiscal obtido por estas entidades as coloca num plano de favorecimento, muitas vezes ilegítimo, face ao restante universo de contribuintes cumpridores das regras de cada ordenamento fiscal, a consequência reside no desrespeito pelos princípios da igualdade, justiça e legalidade onde se alicerça qualquer Estado de Direito.

Assim, reunidas que estavam as condições para que as consequências do planeamento fiscal abusivo adquirissem protagonismo internacional regular nas agendas informativas

⁴ Proferidas nos processos n.ºs: 123/2012-T; 124/2012-T; 138/2012-T; 70/2013-T; 43/2013-T; 139/2013-T; 234/2013-T; 224/2013-T; 267/213-T; 258/2013-T; 143/2014-T; 208/2014-T; 196/2013-T; 62/2014-T; 305/2013-T; 234/2014-T; 142/2014-T; 264/2014-T; 106/2014-T; 288/2014-T; 299/2014-T; 320/2014-T; 180/2014-T; 284/2014-T; 200/2014-T; 420/2014-T; 240/2014-T; 61/2014-T; 381/2014-T; 285/2013-T; 395/2014-T; 283/2014-T; 32/2015-T; 335/2015-T; 476/2015-T; 671/2015-T; e, 363/2016-T [o critério de ordenação seguido foi a data da decisão por ordem crescente].

⁵ As decisões arbitrais respeitantes aos processos n.ºs 666/2014-T – 26/06/2015; e, 219/2016-T – 10/07/2017, não integram a metodologia analítica adotada, porquanto, a matriz elisiva que lhes subjaz não se reconduz a nenhum destes dois tipos.

através da divulgação, a que os órgãos de comunicação económicos adicionavam a análise e explicação, do resultado final de evitação fiscal proveniente dessas metodologias, facilmente ilustrados e perceptíveis pelos cidadãos através de exemplos concretos onde é possível mensurar o montante, normalmente bastante elevado, que as entidades utilizadoras dessas metodologias, muitas vezes empresas ou corporações bem conhecidas e presentes no dia-a-dia de todos nós, conseguiam obter através da utilização de caminhos mais ou menos intrincados, quando para a generalidade dos cidadãos o aumento da carga fiscal era a consequência imediata e visível da mencionada crise global.

Tentando perceber as causas que motivavam ou permitiam o recurso a este tipo de expedientes de evitação fiscal, as organizações económicas internacionais, nomeadamente a União Europeia [EU] e a Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Económico [OCDE], aumentaram o protagonismo destas problemáticas nas suas agendas com vista à sua monitorização, estudo e proposta de medidas de combate, visando a resolução da injustiça e tratamento fiscal diferenciado delas resultantes.

Esta abordagem integrada a nível internacional é essencial neste tipo de problemática respeitante ao planeamento fiscal abusivo, pois as metodologias utilizadas para a obtenção do resultado de evitação fiscal podem envolver a prática de atos ou negócios jurídicos com relevância fiscal em vários territórios sujeitos a diferentes ordenamentos fiscais. Por isso, qualquer estratégia de combate eficaz deverá ser encarada a nível concertado internacional para os resultados, ou pelo menos – considerando a conhecida dificuldade na harmonização fiscal internacional - a abordagem, serem uniformes, independentemente do local da prática e execução do esquema abusivo, contribuindo, assim, para o efeito preventivo e repressivo serem suficientemente dissuasores.

Aparte a dificuldade inicial de uniformizar os conceitos necessários à perceção e caracterização das várias componentes destes esquemas elisivos, inevitavelmente decorrente da diversa e própria semântica existente em cada idioma, resultando numa constante dúvida, e, portanto, insegurança, de que estamos a chamar as mesmas coisas da mesma ou diferente maneira, outra dificuldade de monta é constituída pela autonomia privada, reconhecida a cada cidadão para a livre prossecução da sua vida, de acordo com o ordenamento jurídico a que se encontra sujeito.

Acontece, que das diferentes matrizes jurídicas subjacentes aos diferentes ordenamentos em causa, resultam diferentes enquadramentos legais e, portanto, consequências, para as

diversas componentes da mesma operação elisiva, pois, muitas vezes, estamos perante factos tributários múltiplos, complexos e plurilocalizados, cuja ilegalidade, ou ilegitimidade, ou imoralidade⁶, só será passível de determinar através da sua observação e análise conjunta – enquanto a sua celebração e correspondente sujeição legal é unitária – executada, inevitavelmente, após a completa celebração de todos os atos e/ou negócios jurídicos que a constituem, encontrando-se, só nessa altura, completamente estabilizado o esquema elisivo realizado.

⁶ Assim, Marta CALDAS [2015 : 27, 69, 101, 117, 118, 146]); Ana Paula DOURADO [2016 : 269].

Capítulo I - Conceitos

O planeamento fiscal abusivo envolve a utilização de conceitos jurídico-tributários específicos que permitem delimitar com rigor os seus vários tipos, cujo significado depende do idioma em que são utilizados e do ordenamento fiscal em que se inserem.

Como a perceção da sua especificidade e recíprocas diferenças não pode ficar dependente de qualquer constrangimento linguístico, necessário se torna começar por fixar o conteúdo de alguns destes conceitos que irão ser utilizados ao longo deste trabalho, sendo que o seu objeto será a análise do planeamento fiscal abusivo, o que equivale a destacar a vertente *extra* ou *praeter legem*.

Antes de mais, importa fixar o conceito de planeamento fiscal para poder fixar os seus limites, e em função dessas fronteiras, poder chegar à noção de planeamento fiscal abusivo, que nos vai servir de referência concetual ao longo deste trabalho.

1.1 – Planeamento fiscal

Para José SALDANHA SANCHES [2006:21]

O planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais. O planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo.

1.2 – Planeamento fiscal abusivo

A clássica distinção da tripla vertente em que o planeamento fiscal se pode qualificar consiste em considerá-lo, consoante a sua conformidade ao respetivo ordenamento jurídico, e utilizando as antigas balizas latinas em:

- *Intra legem* – ocorre quando as opções com implicações tributárias tomadas pelo contribuinte na regulação da sua vida se situam no espaço para esse efeito concedido pelo

legislador, isto é, na mais estrita legalidade fiscal, v.g. tributação do casal conjunta ou separada, regime simplificado;

- *Contra legem* – quando a atuação do contribuinte viola frontal e ostensivamente a ordem jurídico-tributária através de atos que lhe são manifestamente contrários. V.g. omissão de rendimentos para diminuir a matéria coletável, não entrega do IVA cobrado a outrem ou do IRS retido para enriquecimento próprio; e,
- *Extra ou praeter legem* – esta situação ocorre quando o contribuinte através da sua atuação tenta evitar a aplicação das normas – normalmente de incidência - com o intuito de ludibriar o ordenamento tributário através de uma série de atos ou negócios, apesar de *per se* serem praticados na mais estrita legalidade, mas cujo objetivo e resultado originam a subtração às consequências tributárias que operações com o mesmo resultado económico normalmente gerariam.

Este é o critério distintivo da conformidade legal das várias modalidades de poupança fiscal que encontra maior aceitação na doutrina que tem vindo a desenvolver o estudo dessa problemática⁷.

Para Gustavo COURINHA [2004:15]

[O] conceito de evasão fiscal, tal como o entendemos, corresponde ao de planeamento fiscal abusivo, ou seja, a actuação planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário. Embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido. E aí residiria igualmente a distinção desta noção face àquela outra de planeamento fiscal lícito ou direito ao negócio menos oneroso.

1.3 – A componente moral

Mais recentemente, alguns autores têm adicionado à conformidade estritamente jurídica uma componente bem mais difícil de determinar relacionada com a moralidade.

Nomeadamente, Marta CALDAS [2015:145–150]

Com isto salienta-se que preocupações de carácter moral, ético começam a surgir no âmbito do Direito Fiscal.

⁷ Neste sentido, João CATARINO [2015 : 47-48]; Clotilde PALMA [2015 : 126, 127]; Jónatas MACHADO-Paulo COSTA [2012 : 420-422]; Gonçalo NUNES [2000 : 42-43].

Procurando não me desviar do objecto de análise, não posso deixar de aludir ao «entrelaçamento da política e do direito com a moral», estudado por diversos autores como Savigny, Kant e Habermas, entre outros.

Cabe contudo, indicar que «a moralidade fiscal não é um conceito completamente novo, mas que recebeu surpreendentemente pouca atenção» por parte da doutrina, tendo começado a ganhar alguma visibilidade a partir do século XX, ainda que mais focada em comportamentos dos contribuintes caracterizáveis como evasão fiscal.

De acordo com James ALM e Benno TORGLER ««a moralidade fiscal encontra-se intimamente ligada ao que alguns autores denominam de «ética de contribuinte»», definida por Song e Yarbrough [1978, p. 443] como «as normas de comportamento que regem os cidadãos como contribuintes nas suas relações com o governo».»

Entendendo estes Autores que a moralidade fiscal «pode geralmente ser entendida como descrevendo os princípios ou valores morais que os indivíduos têm sobre o pagamento dos seus impostos, [sendo] susceptível de ser influenciada por factores como a percepção da justiça, a confiança nas instituições do governo, a natureza da relação tributária entre os contribuintes e o governo ... [pelo que é] provável que difira de país para país e entre os próprios países devido às diferenças culturais.»

Para Cristina SÁ e António MARTINS da abordagem ao tema pelos diversos autores «emergem três factores chave à sua compreensão do conceito de moral tributária: os sentimentos e as regras morais; a equidade; o relacionamento entre o contribuinte e o Governo.»

E efectivamente foram os princípios e valores de ordem moral face ao pagamento dos impostos, ou mais concretamente ao não pagamento de impostos, que suscitaram uma enorme consternação pública no Reino Unido, diante de casos como os do Starbuds, da Google e da Amazon. Estes três casos assumem fulcral importância no Direito Fiscal, dado que com eles se assume a importância do estudo da moralidade fiscal ou tax morality.

Importa com isto dizer, que embora pagar impostos ainda seja visto como um custo para a generalidade dos contribuintes, quer sejam estas pessoas individuais, quer sejam pessoas colectivas, com vista a financiar o Estado, a verdade é que se assiste a uma ««tendência «moralizadora» em matéria de gestão.»» A liberdade de gestão conferida aos contribuintes, através do planeamento fiscal, é cada vez mais sujeita a escrutínios de valor. [...]

Não pagar impostos pode ser algo não só condenável legalmente, (no caso da tax evasion), como reprovável ética e moralmente. Sendo nestes juízos de valor que se começam a apoiar os (novos) limites ao planeamento fiscal. [...]

Assim, aos contribuintes será exigido o pagamento de impostos criados de forma legal, «na medida da sua capacidade contributiva» e que visam a redistribuição justa de riqueza. Agora, o contribuinte tem que pagar apenas estes impostos naquele montante? Ou pode pagar menos?

Ao contribuinte, não se nega em qualquer nível do Direito Fiscal, quer Internacional e Europeu, quer nacional, o direito de minimizar a sua carga fiscal, se não, não seriam consagrados pelo legislador benefícios, deduções e isenções fiscais. A questão é outra: a que limites se encontra sujeito o contribuinte no exercício do seu direito de reduzir a carga fiscal? [...]

Se obter vantagens fiscais não previstas pelo legislador traduz-se no não pagamento do tax fair share cabe estabelecer limites? A resposta do legislador fiscal e das organizações internacionais é sim!

Também para Ana Paula DOURADO [2016:269]

Desenvolvimentos recentes, no quadro da globalização e da expansão das multinacionais, têm gerado uma discussão sobre se o planeamento é compatível com a «moralidade fiscal». A moralidade fiscal não é porém um princípio jurídico e não pode ser utilizada como princípio interpretativo da lei fiscal.

Parece-nos que aceite [finalmente?!] a incapacidade da solitária dimensão positivista para a qualificação das operações de planeamento fiscal como abusivas ou não, se comece a manifestar a necessidade de considerar um complemento, e logo de natureza não jurídica, para auxiliar na determinação do carácter abusivo dos esforços empregues no planeamento fiscal.

Não curando agora de saber se este recurso a tal complemento é o reconhecimento da incapacidade, ou impotência, da lei se bastar para determinar a fronteira entre a legitimidade dos esforços para diminuir o encargo fiscal, pelo menos o recurso a este complemento não contribui para acrescentar nenhuma dimensão objetiva à já tão subjetiva análise casuística da conformidade legal desses esforços. Haverá conceito tão pessoal, volátil, e, portanto, subjetivo, como o conceito de moralidade, quer a sua dimensão seja considerada a nível individual, de cada ente que compõe a comunidade ou a noção de moralidade reinante numa determinada ordem jurídica num determinado tempo, ainda que

se possa dizer que a sua manifestação possa ser aferida pelas opções de política legislativa tomadas por essa mesma comunidade?

Merece natural destaque o facto do Advogado-Geral junto do Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE], Miguel Poiares Maduro, ter apresentado, em 07/04/2005, no âmbito das conclusões respeitantes ao processo n.º C-255/02-Halifax e Outros – cuja jurisprudência ainda hoje permanece como base relativa às práticas consideradas abusivas em matéria fiscal – o alcance da salvaguarda justificativa constante do excerto final da nota de rodapé n.º 85, como que a projetar para uma dimensão paralegal um eventual limite que as normas positivas não contemplavam, nem contemplam [negrito nosso]:

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. Algumas pessoas podem ter **dúvidas quanto à moralidade desta liberdade**, mas não certamente quanto à sua legalidade.

1.4 – Situação atual

Suscetível de constituir surpresa, é constatar que decorridos sete anos sobre esta afirmação do Advogado-Geral junto do Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE], a Presidente da Comissão de Contas Públicas do Reino Unido, Margaret Hodge, em declarações públicas⁸ prestadas em 2012, a propósito do escândalo da evitação fiscal por parte das corporações norte-americanas Starbucks, Amazon e Google, tivesse necessidade de recorrer também ao critério/limite da moralidade para manifestar a sua indignação perante tais práticas «*[w]e are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral.*»

1.5 – Conceitos adotados

Com o objetivo de não introduzir nenhum fator de incerteza na redação do presente estudo, preferimos designar as situações suscetíveis de merecerem a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA], indistintamente como planeamento fiscal abusivo, situações/operações elisivas, ou estruturas jurídicas elisivas.

⁸ Telegraph de 12/11/2012, disponível em <https://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/9673358/Starbucks-Amazon-and-Google-accused-of-being-immoral.html>.

Capítulo II - Evolução da CGAA

1.1 - Evolução do regime antiabuso

1.1.1 - Antecedentes

Num contexto internacional em que a maior parte dos países desenvolvidos ocidentais já tinha concluído ou estava em avançado processo de reforma das suas estruturas estaduais e administrativas, em 1995 já se podem encontrar referências expressas a medidas antiabuso no sistema fiscal português, refletindo a importância e atualidade que o combate às práticas fiscais abusivas paulatinamente iam conquistando na agenda económica internacional, fruto do trabalho de estudo, análise e sensibilização desenvolvido, nomeadamente, pela Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Económico [OCDE] e União Europeia [EU].

1.1.2 – Decreto-Lei n.º 37/95, de 14/02

Assim, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 37/95, de 14/02, que aditou algumas normas antiabuso ao Código do IRS [CIRS] e Código do IRC [CIRC], contextualiza e justifica a sua introdução porquanto

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

[...]

Dado que esta última situação não estava prevista na legislação interna, alteram-se os Códigos do IRS e do IRC no sentido de ser assegurada essa tributação e, desse modo, evitar uma prática de fuga ao pagamento de impostos no nosso país.

Por outro lado, tomam-se duas medidas antiabuso com vista a contrariar a deslocalização de rendimentos para territórios que lhes assegurem um regime fiscal privilegiado.

A este propósito, e como salienta Gustavo COURINHA [2004:12]:

Foi na década de 70, no âmbito de jornadas participadas pelo Centro de Estudos Fiscais, que foram levados a cabo alguns estudos profundos por parte da doutrina portuguesa mais consagrada, sobre a temática da elisão fiscal e o combate mais eficaz e racional à mesma, embora em atenção permanente às expectativas de confiança do contribuinte. Levantaram-se então, incidentalmente, questões sobre a oportunidade e conveniência de utilização de uma cláusula do género ora em vigor. Embora reabordada ao de leve nas décadas de 80 e 90, a questão permaneceu quase esquecida, até ao surgimento das primeiras posições que defenderam abertamente o recurso à figura, precedendo cronologicamente, de modo quase imediato, a introdução da mesma em 1998.

1.1.3 - Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal de 30/04/1996

Não obstante, a impressão que nos fica é que a originária alusão expressa à cláusula geral antiabuso consta do Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal de 30/04/1996 [melhor conhecido por Relatório Silva Lopes] onde já se podem encontrar algumas referências a uma medida legislativa desta natureza.

Assim, se bem que em sede de preços de transferência e critérios de mercado, aí se sugere que [pp. 518/9]

[c]omo cláusula geral anti-abuso, e de forma supletiva, deveria consagrar-se a regra segundo a qual quaisquer custos financeiros incorridos pela Sede repercutidos sobre a sucursal só seriam aceites, na sucursal, desde que tivessem sido comprovadamente aceites como custos fiscalmente dedutíveis na esfera da Sede.

Também em sede de prova da indispensabilidade dos custos e da conexão dos encargos [pp. 301/2]

[e]mbora com um âmbito casuístico, tem sido esta, aliás, a orientação mais recente. Inserido nas medidas anti-abuso, o D.L. n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, com vista a contrariar a não tributação por deslocalização de rendimentos para territórios que lhes assegurem um regime fiscal privilegiado, aditou o art.º 57º-A ao CIRC, impondo ao sujeito passivo o ónus de provar que as importâncias pagas a residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal mais favorável, correspondem a operações efectivamente realizadas e não têm carácter anormal ou um montante exagerado. Na falta de prova, não são aquelas importâncias fiscalmente dedutíveis.

Neste último excerto, já se podem claramente perceber os futuros contornos que o regime legal viria a assumir, como o âmbito casuístico da análise das situações abusivas, a importância da contra-prova a apresentar pelo contribuinte visado, a realidade das operações efetuadas e o seu carácter não anormal.

Se bem que estas manifestações de mudança na abordagem fiscal às práticas abusivas, vistas em separado, possam não ser conclusivas, da sua interpretação conjunta resulta claramente, parece-nos, ser este o momento charneira na alteração do paradigma da abordagem deste tipo de manifestações abusivas, através do mecanismo legal consubstanciado na cláusula geral antiabuso.

1.1.4 – O artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário

Portanto, encontra-se facilitado o entendimento da inovação concetual que constituiu o aditamento ao Código de Processo Tributário [CPT], do artigo 32.º-A, através do n.º 7 do artigo 51.º da Lei n.º 87.º-B/98, de 31/12, com a seguinte redação:

Artigo 32.º-A

Actos ineficazes

São ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos.

Não obstante a sua curta vigência se ter circunscrito ao ano de 1999 – exactamente no hiato temporal decorrido de 01/01 a 31/12/1999, sendo aditado pelo artigo 87.º da Lei n.º 87.º-B/98, de 31/12, e revogado pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/99, de 26/10 - a controvérsia que a sua introdução no ordenamento fiscal suscitou não foi de somenos importância, a maior parte das vezes motivada por receios, que o futuro confirmou serem infundados, do perigo da utilização deficiente de um mecanismo legal desta subtilidade e magnitude por parte da, então, Direcção-Geral dos Impostos.

Permitimo-nos ilustrar esta polémica com a transcrição de dois excertos de textos publicados na altura. O primeiro respeita à recomendação que o Provedor de Justiça [2000: 722-724] dirigiu a Sua Excelência o Ministro das Finanças em 26/07/1999 salientando que

[a] verdade é que o preceito está redigido de forma manifestamente infeliz, tendo tal facto originado já a apresentação de queixas a este Órgão do Estado. [...]

4. Não estando em causa a solução material que orientou o legislador na definição da matéria em apreço - atendendo a objectivos que visam designadamente atenuar a denominada elisão fiscal abusiva -, a verdade é que a redacção dada ao art.º 32º-A do Código de Processo Tributário é susceptível de ser, de resto desnecessariamente, interpretada de forma errónea no que toca aos efeitos civis do acto ou negócio jurídico concretizado, facto que seria perfeitamente ultrapassável mediante a efectivação de uma pequena alteração da mesma.

5. Deste modo, e ao abrigo do disposto no art.º 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência a alteração da redacção da norma constante do art.º 32º-A do Código de Processo Tributário tendo em vista esclarecer que a ineficácia nela consignada se reporta apenas aos efeitos fiscais dos actos ou negócios jurídicos realizados naquelas circunstâncias, e não aos respectivos efeitos civis.

Sugere-se, sem prejuízo de outra que se tenha por mais conveniente, que o mesmo normativo seja aprovado com a seguinte redacção: “Quando se demonstre que os actos ou negócios jurídicos foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, a tributação recai sobre estes últimos”.

Sugere-se igualmente que seja alterada a epígrafe do artigo em conformidade com o que fica recomendado.

No segundo excerto, de um artigo de cariz jurídico-científico, Luís FERNANDES [1999: 161-162] acentua a complexidade da tarefa de aplicação da norma

[a] requerer conhecimentos especializados e meios probatórios exigentes. Estamos, na verdade, perante tarefas difíceis, pelo que respeita, não só à intenção do contribuinte, como ainda à demonstração da equivalência do resultado entre o negócio simulado e o dissimulado.

Todo o benefício inerente ao regime de ineficácia do acto jurídico celebrado com fraude fiscal pode vir a fracassar se os elementos carreados pela Administração não forem convincentes. [...]

Assim, a Administração, para além de não ter na sua mão a solução definitiva nesta matéria, corre o risco de se ver desautorizada pelo tribunal se as suas decisões se não mostrarem devidamente provadas e fundamentadas.

Em suma, o grau de relevância do regime de ineficácia e o consequente funcionamento mais ou menos efectivo da nova cláusula geral antiabuso estão em larga medida dependentes da adequada actuação da Administração fiscal, a quem está reservado nesta matéria papel preponderante, para o qual deve estar preparada ou preparar-se.

Ora, perante auspícios desta natureza, futuro risonho não era de esperar para este poderoso mecanismo jurídico, resultando de toda a controvérsia gerada uma constatação bem mais grave e profunda, que era a da esperada ausência de preparação - o mesmo é dizer falta de cultura e sensibilidade técnico-jurídicas - por parte da Direcção-Geral dos Impostos [DGCI] na sua aplicação.

Mas o que importa reter, concluindo, é que a cláusula geral antiabuso [CGAA] foi introduzida no ordenamento jurídico-tributário português sob a forma do artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário [CPT], aditado pela Lei n.º 87-B/98, de 31/12.

Porém, devemos salientar que a exata redação do artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário [CPT], foi aditada ao artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT] – entretanto aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17/12 e cujo início de vigência se reporta a 01/01/1999 – através do aditamento do seu n.º 2 pela Lei n.º 100/99, de 26/07, cuja entrada em vigor ocorreu em 01/08/1999.

Sucedo, que a consequência jurídica a retirar deste aditamento do n.º 2 ao artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT] foi a revogação tácita do artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário [CPT], sob pena da coexistência no mesmo ordenamento tributário de duas disposições legais com a mesma exata redação e objetivos.

Portanto, parece-nos que o aditamento do n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT], revogou tacitamente o artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário [CPT], desde a sua entrada em vigor em 01/08/1999, até à revogação parcial deste compêndio legal em 31/12/1999, pelo Decreto-Lei n.º 433/99, de 26/10, que aprovou o Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT].

1.2 – Evolução legislativa do artigo 38.º/n.º 2 da Lei Geral Tributária

A redação original da Lei Geral Tributária [LGT], aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17/12, e cuja entrada em vigor ocorreu em 01/01/1999, não contemplava qualquer norma geral antiabuso. O que não pode deixar de se estranhar pois o aditamento do artigo

32.º-A ao Código de Processo Tributário [CPT], compêndio legal de cariz adjetivo, e a sua qualificação como norma de carácter substantivo justificaria a sua inclusão na nova Lei Geral Tributária [LGT], cujo objetivo, conforme se expõe no preâmbulo do Decreto-Lei de aprovação, era

[a] concentração, clarificação e síntese em único diploma das regras fundamentais do sistema fiscal que só uma lei geral tributária é susceptível de empreender poderão, na verdade, contribuir poderosamente para uma maior segurança das relações entre a administração tributária e os contribuintes, a uniformização dos critérios de aplicação do direito tributário, de que depende a aplicação efectiva do princípio da igualdade, e a estabilidade e coerência do sistema tributário. A imagem de um sistema tributário disperso e contraditório prejudica fortemente a aceitação social das suas normas e, consequentemente, a eficácia do combate à fraude e evasão fiscal.

Rapidamente o legislador português se apercebeu desta incongruência legislativa, resultante da não inclusão da norma geral antiabuso na sua sede natural, e na primeira alteração, em sede de apreciação parlamentar, introduzida na Lei Geral Tributária [LGT] através da Lei n.º 100/99, de 26/07, foi aditado ao corpo do original artigo 38.º, o n.º 2 [doravante assim denominada ou cláusula geral antiabuso], com a exata redacção do artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário [CPT].

Assim, e na medida em que este aditamento entrou em vigor em 01/08/1999 – a Lei Geral Tributária [LGT] havia iniciado a sua vigência em 01/01/1999 – a sua inclusão em sede própria é bem reveladora da importância que este mecanismo era suscetível de vir a alcançar no ordenamento tributário, não só, parece-nos, pela amplitude da consequência jurídico-tributária da desconsideração dos efeitos tributários dos instrumentos jurídicos utilizados abusivamente como, porventura mais importante, do efeito preventivo e dissuasor que a sua inclusão no novo compêndio central do ordenamento tributário português, poderia constituir para o eficaz combate à fraude e evasão fiscais, princípio norteador habitual das sucessivas reformas legislativo-tributárias.

Deste modo, o artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT] passou a vigorar com a seguinte redacção:

Artigo 38.º

Ineficácia de actos e negócios jurídicos

1 - A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes.

2 - São ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recaia sobre estes últimos.

Com o desenvolvimento da polémica pública que a introdução desta medida gerou, não só nos setores que habitualmente se dedicam ao estudo destas problemáticas, como noutros em que já se perspectivava o alcance eficaz deste mecanismo contra o planeamento fiscal abusivo, e a consequente subida do tom de protesto destes *lobbys*, o legislador não teve alternativa senão introduzir algumas alterações profundas à disposição através do artigo 13.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29/12, que visava a «Reforma [d]a tributação do rendimento e adopta medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais».

Deste modo, desde 01/01/2001, a redação do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT], ainda hoje vigente, passou a ser a seguinte:

Artigo 38.º

Ineficácia de actos e negócios jurídicos

1 - A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes.

2 — São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.

Assim, melhor se pode compreender a introdução na previsão da norma dos pressupostos adicionais, respeitantes aos «meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas» através dos quais se pode concretizar o planeamento fiscal abusivo.

Sucedem que estes pressupostos são os que se encontram fora do âmbito jurídico-tributário pela sua natureza marcadamente civilística, o que aliado à obrigatoriedade da demonstração da tributação, decorrente da utilização normal ou habitual «de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico», exigem a interação de saberes que estão muito para além dos estritamente tributários – como o direito societário, dos contratos, financeiro e outros – cuja conjugação para a análise e fundamentação adequadas numa situação de facto justificativa de enquadramento tributário nesta norma, exigirá ainda hoje um esforço técnico-jurídico acrescido.

Neste sentido a recente apreciação de Ana Paula DOURADO [2018:656]

The Portuguese GAAR entered into force in 2001, and includes several antiavoidance doctrines that are difficult to reconcile. It makes use of the abuse of form doctrine and the substance-over-form principle, and also contains a puzzling reference to fraud legis and to artificiality. The artificiality of a scheme – as interpreted objectively – should prevail in the interpretation of the Portuguese GAAR, mainly because it has been the test used under the EU concept of abuse.

1.3 – O procedimento específico do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário

Devido à consequência da ineficácia em sede tributária dos efeitos decorrentes dos atos ou negócios jurídicos utilizados para a concretização do planeamento fiscal abusivo e a suscetibilidade de poder condicionar, ou até anular, algumas das liberdades fundamentais próprias de qualquer Estado de Direito, como a livre iniciativa privada constante do imperativo constitucional consagrado no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa [CRP] e o seu consequente corolário da liberdade de gestão, bem como a plena liberdade contratual na condução da vida privada de qualquer cidadão, como prevê o artigo 405.º do Código Civil [CCiv], duas faculdades fundamentais em qualquer Estado de direito, além dos princípios estruturantes como são os da certeza e segurança jurídicas, entendeu adequado o legislador atribuir à aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA]

especiais deveres de fundamentação⁹ através da exigência de um procedimento específico, isto é, autónomo, cujo regime legal se encontra consagrado no artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT].

1.3.1 – A natureza específica, especial ou própria

Por isso, o mecanismo legal consagrado no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT] requer um procedimento específico para a sua aplicação efetiva, dotado de especiais cautelas suscetíveis de atenuar as graves consequências que dele resultam, salvaguardando, assim, os direitos dos contribuintes mas tentando ao máximo a sua compatibilização com os direitos da comunidade na justa repartição dos encargos públicos, como impõem os artigos 103.º da Constituição da República Portuguesa [CRP] e 5.º da Lei Geral Tributária [LGT], bem como na inexistência de direitos absolutos e na limitação legal dos direitos individuais face aos coletivos conforme o critério do interesse preponderante.

Daí que na doutrina de João CALVÃO DA SILVA [2006:819] «[a]tendendo à particular sensibilidade da questão, o legislador fiscal previu um procedimento especial da aplicação das normas anti-abuso, vazado no artigo 63.º do Código de Procedimento e Processo Tributário.»

Também João CARVALHO [2006:97, 98] propugna que

5.1 – A necessidade de procedimento especial

1. A principal questão que se coloca é a de saber se a aplicação das normas anti-abuso, em especial da cláusula geral, deve estar dependente de um procedimento específico, ou se estamos perante mera conveniência na existência do mesmo.

A evolução doutrinária, no sentido de um maior equilíbrio do princípio da legalidade com outros princípios constitucionais, designadamente, o da igualdade tributária e o da capacidade contributiva, tem vindo a determinar (sendo compensada com) um crescente aumento da importância do procedimento, como “motor e quadro da racionalidade do sistema, de eficiência de Administração e de justiça. Numa progressiva acentuação da sua força garantística”, sendo paradigmático o caso do procedimento de que deve depender a aplicação das normas antiabuso. De facto a existência de um regime procedimental especial é critério de admissibilidade e adequação da cláusula geral anti-abuso e uma forma de garantir a segurança jurídica, [...]

⁹ Complementando o dever geral de fundamentação, previsto e regulado, no artigo 77.º da LGT.

Em face das especificidades e finalidades próprias da cláusula geral anti-abuso, também noutros países se tem entendido que a existência de um procedimento legal de aplicação da norma constitui condição essencial.

Finalmente, José NABAIS [2003:222] ensina que

[c]om efeito, nos termos do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), a liquidação de qualquer imposto com base em disposições antiabuso, desde logo da cláusula geral antiabuso, depende da abertura de um procedimento próprio. Um procedimento cuja tramitação e requisitos asseguram importantes garantias aos contribuintes.

1.3.2 – O regime procedimental e as alterações introduzidas

O regime procedimental tributário previsto e regulado no artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT], surgiu na redação original deste compêndio legal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99, de 26/10, e cuja entrada em vigor ocorreu em 01/01/2000 com a seguinte redação:

Artigo 63.º

Aplicação das normas antiabuso

1 — A liquidação dos tributos com base em quaisquer disposições antiabuso nos termos dos códigos e outras leis tributárias depende da abertura para o efeito de procedimento próprio.

2 — Consideram-se disposições antiabuso, para os efeitos do presente Código, quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou actos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos.

3 — O procedimento referido no número anterior pode ser aberto no prazo de três anos após a realização do acto ou da celebração do negócio jurídico objecto da aplicação das disposições antiabuso.

4 — A aplicação das disposições antiabuso depende da audição do contribuinte, nos termos da lei.

5 — O direito de audição será exercido no prazo de 30 dias após a notificação, por carta registada, do contribuinte, para esse efeito.

6 — No prazo referido no número anterior, poderá o contribuinte apresentar as provas que entender pertinentes.

7 — A aplicação das disposições antiabuso será prévia e obrigatoriamente autorizada, após a observância do disposto nos números anteriores, pelo dirigente máximo do serviço ou pelo funcionário em quem ele tiver delegado essa competência.

8 — As disposições não serão aplicáveis se o contribuinte tiver solicitado à administração tributária informação vinculativa sobre os factos que a tiverem fundamentado e a administração tributária não responder no prazo de seis meses.

9 — Salvo quando de outro modo resulte da lei, a fundamentação da decisão referida no n.º 7 conterà:

a) A descrição do negócio jurídico celebrado ou do acto jurídico realizado e da sua verdadeira substância económica;

b) A indicação dos elementos que demonstrem que a celebração do negócio ou prática do acto tiveram como fim único ou determinante evitar a tributação que seria devida em caso de negócio ou acto de substância económica equivalente;

c) A descrição dos negócios ou actos de substância económica equivalente aos efectivamente celebrados ou praticados e das normas de incidência que se lhes aplicam.

10 — A autorização referida no n.º 7 do presente artigo é passível de recurso contencioso autónomo.

Como se pode constatar da sua análise, o dispositivo contempla normas de carácter substantivo e adjetivo. Quanto às primeiras, e considerando a sua materialidade e regulação das condutas dos intervenientes na relação tributária, podemos destacar as constantes dos:

- n.º 2, qualificação de disposições antiabuso;
- n.º 3, a previsão de um prazo taxativo para a abertura do procedimento e o facto determinante do seu início;
- n.º 4, o exercício do direito de audição pelo contribuinte visado como elemento essencial do procedimento;
- n.º 7, a competência para a autorização da aplicação das disposições antiabuso é conferida ao dirigente máximo do serviço ou funcionário a quem essa competência tiver sido delegada;
- n.º 8, a consagração de uma condição de exclusão da aplicação da disposição antiabuso, no caso da Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] não se pronunciar em sede

de informação vinculativa sobre os factos que fundamentam a sua aplicação no prazo de seis meses; e,

- n.º 10, a possibilidade de interposição de recurso contencioso autónomo do ato que autoriza a aplicação da disposição antiabuso.

As restantes disposições constantes dos n.ºs 1, 5, 6 e 9, parecem-nos normas de carácter acessório, pela sua natureza complementar e auxiliar.

1.3.3 – A alteração introduzida pela Lei n.º 64-A/2008, de 31/12

A primeira alteração foi introduzida pelo artigo 111.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31/12, tendo entrado em vigor em 01/01/2009 a seguinte redação [alterações assinaladas a negrito]:

Artigo 63.º

Aplicação das normas antiabuso

1 - A liquidação dos tributos com base em quaisquer disposições antiabuso nos termos dos códigos e outras leis tributárias depende da abertura para o efeito de procedimento próprio.

2 - Consideram-se disposições antiabuso, para os efeitos do presente Código, quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou actos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos.

3 - O procedimento referido no n.º 1 pode ser aberto no prazo de três anos a contar do início do ano civil seguinte ao da realização do negócio jurídico objecto das disposições antiabuso.

4 - A aplicação das disposições antiabuso depende da audição do contribuinte, nos termos da lei.

5 - O direito de audição será exercido no prazo de 30 dias após a notificação, por carta registada, do contribuinte, para esse efeito,

6 - No prazo referido no número anterior poderá o contribuinte, apresentar a prova que entender pertinente.

7 - A aplicação das disposições anti abuso será prévia e obrigatoriamente autorizada, após a observância do disposto nos números anteriores, pelo dirigente máximo do serviço ou pelo funcionário em quem ele tiver delegado essa competência.

8 - As disposições não são aplicáveis se o contribuinte tiver solicitado à administração tributária informação vinculativa sobre os factos que a tiverem fundamentado e a administração tributária não responder no prazo de 90 dias.

9 - Salvo quando de outro modo resulte da lei, a fundamentação da decisão referida no n.º 7 conterà:

a) A descrição do negócio jurídico celebrado ou do acto jurídico realizado e da sua verdadeira substância económica;

b) A indicação dos elementos que demonstrem que a celebração do negócio ou prática do acto tiveram como fim único ou determinante evitar a tributação que seria devida em caso de negócio ou acto de substância económica equivalente;

c) A descrição dos negócios ou actos de substância económica equivalente aos efectivamente celebrados ou praticados e das normas de incidência que se lhes aplicam,

10 - A autorização referida no n.º 7 do presente artigo é passível de recurso contencioso autónomo.

A alteração do n.º 3 configura, na nossa perspetiva, uma alteração de natureza substantiva pois vem modificar o cômputo do início do prazo de abertura do procedimento. A *ratio legis* desta alteração terá uma conexão forte, cremos, com o facto do planeamento fiscal abusivo se concretizar normalmente através da montagem de um conjunto de operações mais ou menos complexas e substanciadas por atos ou, como sucede na esmagadora maioria das vezes, negócios jurídicos celebrados numa relação lógico-sequencial-temporal cujo resultado é subtrair factos tributários às normas de incidência, que de modo normal se lhes aplicariam, nisso resultando a poupança fiscal abusiva.

A dificuldade que resulta da análise deste tipo de construções é que o seu resultado final só é possível de determinar ao analisar globalmente o esquema abusivo executado, pois cada um desses negócios, individualmente considerados, são, aparentemente, irrelevantes em termos fiscais e celebrados sob a mais estrita legalidade. Daqui resulta que a maior parte das vezes em que está perante situações abusivas desta complexidade, não é fácil à Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] determinar o facto a partir do qual será iniciado o

cômputo inicial da contagem do prazo previsto no n.º 3 do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT]¹⁰.

Esta alteração visou, no nosso ver, introduzir um elemento objetivo de natureza temporal que possibilitasse ultrapassar esta dificuldade, pois elegia como facto inicial do cômputo do início do prazo de abertura do procedimento, o início do ano civil seguinte ao da realização do negócio jurídico objeto das disposições antiabuso, resolvendo, assim, a esmagadora parte dos problemas que nesta sede se poderiam colocar.

A alteração que incidiu sobre o n.º 8 é consequência da profunda reformulação que a Lei n.º 64-A/2008, de 31/12, introduziu no artigo 68.º, e visou compatibilizar o prazo máximo de resposta de 90 dias previsto no n.º 4 desta norma, agora concedido à Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] em sede de informação vinculativa com o mesmo prazo previsto no n.º 8 do artigo 63.º, ambos da Lei Geral Tributária [LGT].

1.3.4 – A alteração introduzida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30/12

A alteração mais profunda que este regime procedimental sofreu foi introduzida pelo artigo 152.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30/12 e cuja entrada em vigor ocorreu em 01/01/2012, com a seguinte redação [alterações assinaladas a negrito]

Artigo 63.º

Aplicação de disposição antiabuso

1 - A liquidação de tributos com base na disposição antiabuso constante do n.º 2 do artigo 38.º da lei geral tributária segue os termos previstos neste artigo.

2 – [Revogado.]

3 - A fundamentação do projecto e da decisão de aplicação da disposição antiabuso referida no n.º 1 contém necessariamente:

a) A descrição do negócio jurídico celebrado ou do acto jurídico realizado e dos negócios ou actos de idêntico fim económico, bem como a indicação das normas de incidência que se lhes aplicam;

b) A demonstração de que a celebração do negócio jurídico ou prática do acto jurídico foi essencial ou principalmente dirigida à redução, eliminação ou

¹⁰ O teor do Acórdão do TCASul de 15/02/2011, tirado no Processo n.º 04255/10, na parte respeitante à caducidade do prazo para a AT aplicar a disposição antiabuso, é bem revelador da dificuldade da determinação do momento do cômputo do início do prazo de abertura do procedimento.

diferimento temporal de impostos que seriam devidos em caso de negócio ou acto com idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais.

4 - A aplicação da disposição antiabuso referida no n.º 1 depende da audição prévia do contribuinte, nos termos da lei.

5 - O direito de audição prévia é exercido no prazo de 30 dias a contar da notificação do projecto de aplicação da disposição antiabuso ao contribuinte.

6 - No prazo referido no número anterior poderá o contribuinte apresentar a prova que entender pertinente.

7 - A aplicação da disposição antiabuso referida no n.º 1 é prévia e obrigatoriamente autorizada, após a audição prévia do contribuinte prevista no n.º 5, pelo dirigente máximo do serviço ou pelo funcionário em quem ele tiver delegado essa competência.

8 - A disposição antiabuso referida no n.º 1 não é aplicável se o contribuinte tiver solicitado à administração tributária informação vinculativa sobre os factos que a tiverem fundamentado e a administração tributária não responder no prazo de 150 dias.

9 - [Revogado.]

10 - [Revogado.]

1.3.5 – Contexto em que ocorre a alteração legislativa

O regime procedimental do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT], ao contemplar no seu n.º 3 um prazo específico de abertura do procedimento próprio diferente do prazo geral da caducidade do direito à liquidação dos tributos consagrado no artigo 45.º da Lei Geral Tributária [LGT], e cuja compatibilização apresenta óbvias dificuldades, face às especificidades próprias de cada regime, aliado aos especiais requisitos da fundamentação da aplicação do instituto, e à possibilidade do ato autorizativo da sua aplicação estar sujeito à interposição de recurso contencioso autónomo, com todas as implicações que este incidente judicial iria provocar no desenrolar do procedimento inspetivo onde tivessem sido detetados os factos que justificariam a sua aplicação, provocaram uma notória obstaculização à aplicação deste mecanismo, pela ponderação prévia da remota possibilidade do seu sucesso em tempo útil.

Atente-se que a primeira decisão de um tribunal superior sobre esta matéria data de 15/02/2011, na forma do já mencionado acórdão do TCASul tirado no processo n.º

04255/10, e, mais importante, o ato do Diretor-Geral dos Impostos sob sindicância judicial que autorizou a sua aplicação dista de 16/08/2004.

Ora, tendo a disposição antiabuso sido introduzida no ordenamento tributário em 1999 este hiato temporal decorrido até 08/2004 é bem revelador, parece-nos, da dificuldade da sua aplicação eficaz.

Contudo, a importante alteração da conjuntura económico-social com que Portugal se começou a debater desde o final de 2010, e que culminou no pedido de ajuda financeira externa, veio introduzir um fator de profunda alteração neste *status quo*.

Assim, a assinatura do memorando de entendimento entre o Estado Português e a troika em 17/05/2011¹¹, vem colocar no centro das medidas de natureza fiscal o efetivo combate à fraude e evasão fiscais, desta vez com a expressa assunção de compromissos vinculativos de onde se pode destacar [negritos nossos, pp. 5, 15]:

1.25. Reforçar o combate à fraude e à evasão fiscais e à informalidade de modo a aumentar receitas em, pelo menos, 175 milhões de euros em 2012. [...]

Política Orçamental

3.36. O Governo submeterá à Assembleia da República a legislação necessária para **reforço dos poderes de inspeção e de cobrança coerciva da administração fiscal central**, de modo a que exerça controlo sobre todo o território da República Portuguesa incluindo no âmbito dos actuais regimes de isenção de impostos e para que fique reservado à administração fiscal central o poder de emissão de regras interpretativas sobre impostos de âmbito nacional, a fim de assegurar a sua aplicação uniformizada. [...]

3.38. A administração fiscal elaborará um plano estratégico abrangente para o período de 2012-2014. O plano incluirá **acções concretas para combater a fraude e a evasão fiscais, para reforçar as inspeções** e a cobrança coerciva baseadas em técnicas de gestão de riscos.

Este enquadramento de severas restrições orçamentais, e consequente auxílio financeiro internacional, vem justificar a agilização da aplicação de um mecanismo jurídico como a

¹¹ Estado Português e *Troika* - Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica de 17/05/2011. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf.

cláusula geral antiabuso. Assim, é sem surpresa, que o Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2012-2014 prevê [pp. 27]

3. Áreas de actuação estratégica

[...]

3.1 Actuação no âmbito legislativo

[...]

3.1.6. Aplicação das normas anti-abuso

A cláusula geral antiabuso tem tido uma utilização limitada pela administração tributária, nomeadamente, por causa de constrangimentos legais relativos ao seu âmbito e prazo de aplicação.

Torna-se, por isso, necessário flexibilizar a utilização das normas antiabuso, nomeadamente, circunscrevendo de forma expressa o procedimento previsto no artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário à cláusula geral antiabuso, eliminando o prazo nele consagrado e definindo em que momento a sua utilização pode ser autorizada pelo dirigente máximo da administração tributária e aduaneira.

Medidas:

9. Alterar o artigo 63.º do CPPT para consagrar expressamente que este procedimento tributário se reporta exclusivamente à aplicação da cláusula geral antiabuso, eliminando o prazo específico para a sua aplicação e clarificando em que momento deve ser autorizado pelo dirigente máximo. Desta forma, flexibiliza-se a utilização das normas antiabuso, tornando-as mais eficazes no combate aos esquemas de planeamento fiscal abusivo e de elevada complexidade.

Portanto, estavam reunidas as condições para reformular profundamente o regime procedimental do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT], como efetivamente veio a ocorrer.

Capítulo III - Direito comparado

Com o objetivo de melhor apreendermos o regime legal da cláusula geral antiabuso [CGAA] vigente em Portugal, consideramos útil dedicar uma breve atenção aos mecanismos legais equivalentes doutros ordenamentos jurídicos próximos do nosso, e, assim, melhor alcançarmos as especificidades imputadas ao n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT]¹².

1.1 - Alemanha

1.1.1 - O ordenamento jurídico alemão consagra a norma geral antiabuso no §42 *Abgabenordnung* [AO]¹³:

§ 42

Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

(1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. 2Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. 3Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

(2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. 2Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

¹² Para a redação deste capítulo, consultamos o documento *online Anti-Abuse and Aggressive Tax Planning Rules in European Countries (2016 update)*, disponível em <http://www.nob.net/file/80155/download?token=jpwOv3vF>; bem como, Marcelo CAVALI [2006 : 131-168]; e, Gustavo COURINHA [2004 : 27-77].

¹³ Disponível em https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Ministry/Laws/2018-03-26-fiscal-code.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

1.1.2 - Propomos a seguinte tradução¹⁴:

§ 42.

Abuso de opções legais

[1] Não será possível contornar a legislação fiscal através do abuso de opções legais em esquemas de planeamento tributário. Quando o pressuposto de uma disposição da lei tributária para evitar a ocorrência de abusos fiscais tenha sido cumprido, as consequências legais serão determinadas de acordo com essa disposição. Sempre que não seja esse o caso, o facto tributário deverá, no caso de um abuso na aceção da subsecção [2] abaixo, surgir da mesma maneira que decorre da utilização de opções legais apropriadas às transações económicas em questão.

[2] Será considerado um abuso sempre que uma opção legal inapropriada é selecionada em comparação com uma opção apropriada, resultando em vantagens fiscais para o contribuinte ou um terceiro contrárias à lei. Exceto quando o contribuinte apresenta provas de motivos não tributários para a opção selecionada considerados relevantes sob uma perspectiva geral.

1.2 - Áustria

1.2.1 - A ordem jurídica austríaca, por sua vez, contempla a norma geral antiabuso nos § 21 e 22 *Bundesabgabenordnung [BAO]*¹⁵:

2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise.

§ 21. (1) Für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) Vom Abs. 1 abweichende Grundsätze der Abgabenvorschriften bleiben unberührt.

§ 22. (1) Durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden.

¹⁴ As traduções constantes deste capítulo foram realizadas a partir da norma original, utilizando a ferramenta online *Google Tradutor*, e adaptadas à realidade portuguesa.

¹⁵ Disponível em <https://www.jusline.at/gesetz/bao/paragraf/21>.

(2) Liegt ein Mißbrauch (Abs. 1) vor, so sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

1.2.2 - Que podemos traduzir como segue:

2. Abordagem económica

§ 21. [1] Para a avaliação dos efeitos fiscais prevalece o verdadeiro conteúdo económico dos factos e não a sua manifestação externa.

[2] Ocorrendo algum desvio ao estipulado no parágrafo 1, os princípios das disposições tributárias permanecem inalterados.

§ 22. [1] O dever de pagamento das obrigações tributárias não pode ser contornado ou reduzido através do abuso de formas jurídicas e liberdade contratual do direito civil.

[2] Na situação prevista no parágrafo 1 são devidos os impostos aplicáveis à estrutura legal adequada a produzir o equivalente resultado económico através dos mesmos factos e circunstâncias.

1.3 - Bélgica

1.3.1 - No respeitante ao ordenamento belga, é no *Article 344, §1 WIB/CIR 1992* que se encontra prevista a norma geral antiabuso¹⁶:

Article 344

§ 1er. N'est pas opposable à l'administration, l'acte juridique ni l'ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération lorsque l'administration démontre par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340 et à la lumière de circonstances objectives, qu'il y a abus fiscal.

Il y a abus fiscal lorsque le contribuable réalise, par l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques qu'il a posé, l'une des opérations suivantes:

¹⁶ Disponível em https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/belgium/Tax_Law.pdf.

1° une opération par laquelle il se place en violation des objectifs d'une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, en-dehors du champ d'application de cette disposition; ou

2° une opération par laquelle il prétend à un avantage fiscal prévu par une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage.

Il appartient au contribuable de prouver que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter les impôts sur les revenus.

Lorsque le contribuable ne fournit pas la preuve contraire, la base imposable et le calcul de l'impôt sont rétablis en manière telle que l'opération est soumise à un prélèvement conforme à l'objectif de la loi, comme si l'abus n'avait pas eu lieu.

§ 2. N'est pas non plus opposable à l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus, la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, à un contribuable visé à l'article 227, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve soit que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il à reçu pour l'opération une contrevaletur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu.

1.3.2 - A tradução que propomos é a seguinte:

Artigo 344.º do Código Fiscal Belga sobre o Rendimento de 1992

§ 1.º Não é oponível à administração fiscal o ato ou conjunto de atos jurídicos que realizam a mesma operação quando a administração fiscal demonstre por presunção ou por outros meios de prova referidos no artigo 340.º e à luz de circunstâncias objetivas

que existe abuso fiscal. Existe abuso fiscal quando o contribuinte concretiza, através do ato ou do conjunto de atos jurídicos realizados, uma das seguintes operações:

1.º uma operação pela qual são violados os objetivos de uma disposição deste Código ou das suas disposições regulamentares, fora do âmbito desta disposição; ou

2.º uma operação pela qual pretende uma vantagem fiscal prevista numa disposição deste Código ou nas suas disposições regulamentares, cuja concessão seria contrária aos seus objetivos e cuja finalidade essencial é a obtenção dessa vantagem.

Cabe ao contribuinte provar que a escolha do ato ou conjunto de atos jurídicos é justificada por motivos diferentes da finalidade de evitar a aplicação dos impostos sobre o rendimento.

Quando o contribuinte não fornecer provas em contrário, a base tributável e o cálculo do imposto são restabelecidos de tal forma que o negócio está sujeito a uma tributação de acordo com o objetivo da lei, como se o abuso não tivesse ocorrido.

§ 2. Também não é oponível à administração fiscal, a venda, cessão ou constituição de ações, títulos, créditos ou outros valores mobiliários que constituem empréstimos, patentes, processos de fabricação, marcas registadas ou outros direitos ou somas similares, a um contribuinte referido no artigo 227.º, que, em virtude da lei do país em que está estabelecido, não está sujeito a um imposto sobre o rendimento ou estará sujeito, no que diz respeito a rendimentos derivados de bens e direitos sob alienação, a um sistema de tributação substancialmente mais vantajoso do que aquele a que os rendimentos estão sujeitos na Bélgica, a menos que o contribuinte comprove que a operação satisfaz necessidades legítimas de natureza financeira ou económica, e que, recebeu para a operação um valor equivalente sujeito na Bélgica a uma tributação normal, comparada com aquela que seria devida se essa operação não tivesse ocorrido.

1.4 - Canadá

1.4.1 - O ordenamento jurídico canadiano consagra a norma geral antiabuso na *Rule Section 245 of the Income Tax Act IC88-2 October 21, 1988*¹⁷:

¹⁷ Acessível em <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/ic88-2/general-anti-avoidance-rule-section-245-income-tax-act.html>.

1. The purpose of this circular is to provide guidance with respect to the application of the general anti-avoidance rule, section 245 of the Income Tax Act (the Act). This rule applies with respect to transactions entered into after Royal Assent is given to Bill C-139 except for:

(a) transactions that are part of a series of transactions, commencing before the day of Royal Assent and completed before 1989 (and for this purpose a series of transactions does not include any related transactions or events completed in contemplation of the series), or

(b) any one or more transactions, one of which was entered into before April 13, 1988, that were entered into by a taxpayer in the course of an arrangement and in respect of which the taxpayer received from the Department of National Revenue, before April 13, 1988 a confirmation or opinion in writing with respect to the tax consequences thereof.

2. Revenue Canada, Taxation will issue advance rulings with respect to the application of the general anti-avoidance rule to proposed transactions and will publish summaries of the facts and rulings in those cases that will provide further guidance where the rulings themselves are not published.

In order to ensure that the rule is applied in a consistent manner, proposed assessments involving the rule will be reviewed by Revenue Canada, Taxation Head Office.

3. Subsection 245(2) states that where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would result from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

An avoidance transaction is defined in subsection 245(3) as a single transaction or one that is a part of a series of transactions where the single transaction or the series results directly or indirectly in a tax benefit, unless the transaction is carried out primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

“Tax benefit” is defined to mean a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable or an increase in a refund of tax or other amount under the Act.

Subsection 245(4) provides that the rule in subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of the Act or an abuse having regard to the provisions of the Act read as a whole.

Avoidance transaction

4. An avoidance transaction is a single transaction carried out primarily to obtain a tax benefit. Where a transaction, which is primarily tax-motivated, forms part of a series of transactions that is carried out primarily for non-tax purposes, the single transaction will nevertheless be an avoidance transaction. The fact that the series of transactions has bona fide non-tax purposes does not preclude a tax-motivated transaction that forms part of the series from being an avoidance transaction.

An avoidance transaction does not include a transaction that “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit”. The purposes of a transaction are determined not only from the taxpayer's statement of intention but also from all the circumstances of the transaction or transactions. If it can be inferred from all the circumstances that the primary or principal purpose in undertaking the transaction is other than to obtain a tax benefit, then the transaction is not an avoidance transaction.

A transaction will not be an avoidance transaction if the taxpayer establishes that it is undertaken primarily for a bona fide business, investment or family purpose. In making this determination it is important to distinguish those transactions which may have a business, investment or family effect from those which have a business, investment or family purpose. There are many transactions that have a business, investment or family effect, which may nevertheless be avoidance transactions because the primary purpose of the transaction is to obtain a tax benefit.

Misuse or abuse

5. Subsection 245(4) states that the rule does not apply to an avoidance transaction if it may reasonably be considered that the transaction would not result in a misuse of the provisions of the Act or an abuse having regard to the provisions of the Act read as a whole.

Transactions that rely on specific provisions, whether incentive provisions or otherwise, for their tax consequences, or on general rules of the Act can be negated if these consequences are so inconsistent with the general scheme of the Act that they cannot have been within the contemplation of Parliament. On the other hand, a transaction that is consistent with the object and spirit of provisions of the Act is not to be affected. Revenue Canada will follow this principle in interpreting section 245 of the Act. 9 [...]

1.4.2 – Para o objetivo deste trabalho consideramos suficiente o reproduzido excerto inicial da norma canadiana, porquanto os parágrafos 6.º e seguintes são de natureza regulamentar. Assim, a tradução que nos parece mais adequada é a seguinte:

Regra Geral Antiabuso do Código do Imposto sobre o Rendimento, secção 245

1. O objetivo desta norma é regular a aplicação da regra geral antiabuso, prevista na secção 245 do Código do Imposto sobre o Rendimento [Código]. Esta norma aplica-se a negócios celebrados após o *Royal Assent* na redação da Lei C-139, exceto:

[a] negócios que são parte de um conjunto de negócios, com início antes do dia do *Royal Assent* e concluídos antes de 1989 [e para este efeito, um conjunto de negócios não inclui quaisquer negócios ou eventos relacionados concluídos na sequência do conjunto], ou

[b] um ou mais negócios, um dos quais foi celebrado antes de 13 de Abril de 1988, efetuados por um contribuinte no decurso de um acordo e a respeito do qual o contribuinte recebeu da administração fiscal, antes de 13 de abril de 1988 um parecer escrito relativo às respetivas consequências tributárias.

2. A administração fiscal emitirá instruções respeitantes à aplicação da regra geral antiabuso aos negócios propostos e publicará, para orientação adicional, resumos dos factos e decisões nos casos em que as instruções não forem publicadas.

Para garantir que a regra seja aplicada de maneira consistente, as avaliações propostas envolvendo a regra serão analisadas pela administração fiscal.

3. A Subsecção 245 [2] estabelece que, quando um negócio é uma operação de elisão, as consequências fiscais para uma pessoa devem ser determinadas como razoáveis

nessas circunstâncias, a fim de negar um benefício fiscal que resultaria desse negócio ou de uma série de negócios que o incluam.

Um negócio elisivo é definido na subseção 245 [3] como um negócio único ou parte de uma série de negócios onde o negócio único ou a série resulta direta ou indiretamente numa vantagem fiscal, a menos que o negócio seja realizado principalmente de acordo com a boa-fé e não para obter a vantagem fiscal.

“Vantagem Fiscal” significa uma redução, evitação ou diferimento do imposto ou outro valor devido ou um aumento no reembolso do imposto ou outro valor legalmente previsto.

A subseção 245 [4] estabelece que a regra na subseção [2] não se aplica a um negócio em que possa ser razoavelmente considerado que não resultaria direta ou indiretamente numa manipulação das disposições legais ou num abuso em relação aos respetivos princípios gerais.

Negócio elisivo

4. Um negócio elisivo é aquele que é realizado principalmente para obter uma vantagem fiscal indevida. Quando um negócio, motivado principalmente por razões fiscais, faz parte de uma série de negócios realizados principalmente por razões não fiscais, o negócio fiscalmente motivado constitui, no entanto, um negócio elisivo. O facto da série em que se integra ter propósitos não fiscais não impede que um negócio fiscalmente motivado dela constante seja um negócio elisivo.

Um negócio elisivo não inclui um negócio que possa razoavelmente ser considerado como tendo sido realizado ou organizado principalmente segundo fins de boa-fé que não para obter a vantagem fiscal. Os fins de um negócio são determinados não apenas a partir da declaração de intenção do contribuinte, mas também de todas as circunstâncias desse negócio ou do conjunto de negócios em que se integra. Se for possível deduzir de todas as circunstâncias que o objetivo principal da sua realização é diferente da obtenção de uma vantagem fiscal, então o negócio não é considerado elisivo.

Um negócio não será considerado elisivo se o contribuinte demonstrar que é celebrado principalmente para fins comerciais, de investimento ou familiares, segundo a boa-fé. Nessa demonstração, é importante distinguir os negócios que podem ter um efeito

comercial, de investimento ou familiar, daqueles que têm um propósito comercial, de investimento ou familiar. Há muitos negócios que têm um efeito comercial, de investimento ou familiar, que podem, no entanto, constituir negócios elisivos, porque o seu objetivo principal é obter uma vantagem fiscal.

Manipulação ou abuso

5. O parágrafo anterior estabelece que a regra não se aplica a uma operação de elisão se for razoavelmente considerado que o negócio não resultaria numa utilização indevida das disposições da lei ou de um abuso aos princípios do ordenamento jurídico.

Os negócios que dependem de normas específicas, ou dos princípios legais, para a determinação das suas consequências fiscais podem ser desconsiderados se essas consequências forem tão inconsistentes com o ordenamento que não podiam ter sido contempladas pelo Parlamento. Por outro lado, um negócio que seja consistente com o objeto e o espírito das disposições legais não será afetado. A administração fiscal seguirá este princípio ao interpretar a secção 245 da lei. [...]

1.5 - Espanha

1.5.1 - O ordenamento jurídico espanhol consagra o meio de reação à elisão fiscal no artigo 15 da *Ley General Tributaria* n.º 58/2003, de 17/12¹⁸:

Artículo 15.

Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

¹⁸ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf>.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.

1.5.2 - A tradução que propomos é a seguinte

Artigo 15.º

Conflito na aplicação da norma tributária.

1 - Ocorrerá um conflito na aplicação da norma fiscal quando o contribuinte conseguir total ou parcialmente evitar o imposto ou obter uma vantagem de qualquer tipo por meio de atos ou negócios em que ocorram as seguintes circunstâncias:

a) Individualmente considerados ou em grupo, tais atos são claramente artificiais ou impróprios para alcançar o objetivo pretendido;

b) Da sua utilização não resultem efeitos jurídicos ou económicos relevantes, distintos da vantagem fiscal e dos efeitos obtidos com os atos ou negócios usuais ou próprios.

2. Para que a administração fiscal declare o conflito na aplicação da norma tributária, será necessário o prévio parecer favorável da Comissão Consultiva a que se refere o artigo 159 desta lei.

3. Nas liquidações resultantes do disposto neste artigo será liquidado o imposto devido correspondente aos atos ou negócios usuais ou próprios ou eliminando as vantagens fiscais obtidas, acrescidos de juros de mora.

1.6 - França

1.6.1 – Por sua vez, em França, vigora como norma geral antiabuso o *Article L64 du Livre des Procédures Fiscales*¹⁹:

IV:Procédure de l'abus de droit fiscal

Article L64

Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public.

1.6.2 – Cuja tradução proposta é a seguinte:

IV:Procedimento do abuso de direito fiscal

Artigo L64

Para restaurar o seu verdadeiro caráter, a administração fiscal tem o direito de excluir, como não oponíveis, os atos que constituem um abuso de direito, quer porque são fictícios ou porque, procurando o benefício de uma aplicação literal dos textos legais ou regulamentos contrários aos seus objetivos, eles não poderiam ser determinados por

¹⁹ Acessível em https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069583.

qualquer outro motivo que não seja o de evitar ou mitigar os encargos fiscais que o interessado normalmente suportaria com a situação ou as atividades reais, se esses atos não tivessem sido realizados.

Em caso de desacordo sobre as retificações notificadas com base neste artigo, o litígio é submetido, a pedido do contribuinte, à opinião do comité de abuso de impostos. A administração fiscal também pode submeter o litígio ao parecer do comité.

Se a administração fiscal não cumprir o parecer do comité deve apresentar justificação.

Os pareceres são objeto de um relatório anual tornado público.

1.7 - Itália

1.7.1 – Em Itália, a regra geral antiabuso encontra-se plasmada no *Art. 10-bis L. 212/2000* [*“Statuto del Contribuente”*]²⁰:

Art. 10-bis. (Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale)

1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.

2. Ai fini del comma 1 si considerano:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;

b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

²⁰ Disponível em <https://www.fiscoetasse.com/upload/Legge-del-27072000-212-Statuto-del-contribuente.pdf>.

3. *Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente.*
4. *Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.*
5. *Il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto.*
6. *Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto.*
7. *La richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni.*
8. *Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6.*
9. *L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3.*

10. *In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472.*

11. *I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni del presente articolo possono chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure.*

12. *In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.*

13. *Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.*

(1) Per gli effetti e l'applicabilità delle disposizioni contenute nel presente articolo vedasi l'art. 1, commi 4 e 5 del Decreto Legislativo 5 agosto 2015, n. 128.

1.7.2 – Podendo ser traduzida do seguinte modo:

Art. 10-bis. [Regime do abuso do direito ou elisão fiscal]

Constitui utilização abusiva do direito um ou mais negócios sem substância económica que, apesar do respeito formal das normas tributárias, obtêm, essencialmente, vantagens fiscais indevidas. Esses negócios não são oponíveis à administração fiscal, que ignora as vantagens e determina os impostos com base nas regras e princípios elididos e levando em consideração o valor pago pelo contribuinte decorrente dessas operações.

2. Para os fins do parágrafo 1, considera-se que:

a) operações sem substância económica são os factos, atos e contratos, também ligados entre si, impróprios para produzir efeitos significativos além das vantagens fiscais. Constituem indicadores de falta de substância económica, em particular, a não

coerência da qualificação das operações individuais com a base jurídica do conjunto e a não conformidade da utilização de instrumentos legais segundo a lógica de mercado normal;

[b] vantagens fiscais são benefícios indevidos, mesmo que não imediatos, realizados em contraste com os objetivos ou princípios da legislação tributária.

3. Em qualquer caso, as operações que são justificadas por motivos válidos sem fins lucrativos, não-marginais, incluindo motivos organizacionais ou de gestão, que respondem à melhoria estrutural ou funcional da empresa ou à atividade profissional do contribuinte, não são consideradas abusivas.

4. A liberdade do contribuinte de escolher entre diferentes regimes opcionais previstos na lei e entre operações que envolvem uma carga tributária diferente permanece inalterada.

5. O contribuinte pode propor uma interpelação nos termos do artigo 11, parágrafo 1, alínea c), para verificar se as operações constituem casos de abuso do direito.

6. Sem prejuízo do apuramento adicional nos termos estabelecidos para os impostos individuais, o abuso do direito é determinado através de um procedimento especial precedido de notificação ao contribuinte solicitando-lhe um pedido de esclarecimentos a ser fornecido dentro do prazo de sessenta dias, e em que são indicados os fundamentos da admissibilidade do abuso do direito.

7. O pedido de esclarecimentos é notificado pela administração fiscal nos termos do artigo 60 do decreto do Presidente da República de 29 de setembro de 1973, n. 600 e modificações subsequentes, dentro do prazo para a notificação do procedimento. Entre a data de recebimento dos esclarecimentos ou o decurso do prazo atribuído ao contribuinte para responder e o prazo da notificação pela administração fiscal da decisão do procedimento não podem decorrer menos de sessenta dias. Em caso de incumprimento, o prazo para a notificação do procedimento é automaticamente prorrogado até aos sessenta dias.

8. Sem prejuízo das disposições relativas aos impostos individuais, o procedimento é oficiosamente iniciado, sob pena de nulidade, em relação ao comportamento abusivo, às regras ou aos princípios elididos ou às vantagens fiscais indevidas alcançadas, bem como aos esclarecimentos fornecidos pelo contribuinte previstos no parágrafo 6.

9. A administração fiscal tem o ónus de provar a existência do comportamento abusivo, que não resulte diretamente das circunstâncias, em relação aos elementos referidos nos parágrafos 1 e 2. O contribuinte tem o ónus de provar a existência de razões extra-tributárias constantes no parágrafo 3.

10. Em caso de recurso, os impostos e acréscimos legais, são cobrados nos termos do artigo 68.º do Decreto Legislativo de 31 de dezembro de 1992, n. 546, e alterações subsequentes, e no parágrafo 1 do artigo 19 do decreto legislativo de 18 de dezembro de 1997, n. 472.

11. As pessoas que não sejam sujeitas às disposições deste artigo podem solicitar o reembolso de impostos pagos em decorrência de operações abusivas cujas vantagens fiscais tenham sido desconsideradas pela administração fiscal, dirigindo para esse fim, no prazo de um ano a partir do dia em que a decisão se tornou definitiva ou foi definida por meio de adesão ou conciliação legal, pedido à administração fiscal, que fixa o montante do imposto e dos juros efetivamente cobrados.

12. A qualificação como abuso do direito só é admissível se as vantagens fiscais não puderem ser desconsideradas no âmbito da aplicação de disposições antiabuso específicas.

13. As operações abusivas não estão sujeitas a sanções de natureza penal, sendo-lhes aplicáveis as correspondentes contraordenações fiscais.

Numa rápida análise pelas normas *supra* reproduzidas, ressaltam imediatamente as diversas técnicas legislativas utilizadas pelos vários ordenamentos em que se integram, resultando nos diversos graus de generalidade, ou especificidade, da correspondente redação.

Parece-nos evidente a influência direta que as normas espanhola e canadiana tiveram na redação da nossa cláusula geral antiabuso [CGAA]. Assim, se a norma espanhola releva no modo como a reconstituição da situação fiscal é concretizada, já a influência da norma canadiana é mais ostensiva, na medida em que o tipo de resultado ou vantagem fiscal obtidos é literalmente inspirado na respetiva previsão, como se pode comprovar no correspondente parágrafo 3.º [ponto 3.4.1 *supra*].

1.8 - Ordenamento da União Europeia

1.8.1 – A Diretiva 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016²¹, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, propõe uma regra geral antiabuso a ser adotada pelos vinte e oito ordenamentos jurídicos da União Europeia [EU] com o objetivo, segundo o considerando 3.º, de

[E]stabelecer regras para reforçar o nível médio de proteção contra o planeamento fiscal agressivo no mercado interno. Uma vez que essas regras terão de se enquadrar em 28 sistemas diferentes de tributação das sociedades, deverão circunscrever-se às disposições gerais [...]

É, por conseguinte, necessário coordenar as respostas dos Estados-Membros na aplicação prática dos resultados das 15 ações da OCDE contra a BEPS, a fim de melhorar a eficácia do mercado interno no seu conjunto na luta contra as práticas de elisão fiscal. É, por conseguinte, necessário estabelecer um nível mínimo comum de proteção do mercado interno em domínios específicos.

1.8.2 - De acordo com o considerando 11.º

As regras gerais antiabuso estão presentes nos sistemas fiscais para combater práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas. As regras gerais antiabuso têm, portanto, a função de colmatar lacunas, o que não deverá prejudicar a aplicabilidade de regras antiabuso específicas. Na União, as regras gerais antiabuso deverão ser aplicadas a montagens que não sejam genuínas, caso contrário, o contribuinte deverá dispor do direito de optar pela estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para as suas atividades comerciais. Além disso, é importante garantir que as regras gerais antiabuso são uniformemente aplicáveis em situações nacionais, no interior da União e em relação a países terceiros, para que o seu âmbito e os resultados da sua aplicação não sejam diferentes em situações nacionais e transfronteiras. Os Estados-Membros não deverão ser impedidos de aplicar sanções caso sejam aplicáveis as regras gerais antiabuso. Ao avaliar se uma montagem deverá ser considerada não genuína, poderá ser dada aos Estados-Membros a possibilidade de analisarem todas as razões económicas válidas, incluindo as atividades financeiras.

²¹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2016:193:TOC>.

1.8.3 - Assim, a redação da comum regra geral antiabuso proposta é a seguinte:

Artigo 6.º

Regra geral antiabuso

1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

2. 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.

3. Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional.

1.8.4 – Parece-nos que este instrumento jurídico aprovado na sequência das conclusões e ações propostas no âmbito do Relatório *Base erosion and profit shifting* [BEPS]²² pode, efetivamente, vir a marcar um novo ciclo no combate ao planeamento fiscal abusivo. A simplicidade da redação - beneficiando da corrente jurisprudencial antiabuso desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE] desde o acórdão *Halifax* de 21/02/2006, proferido no processo n.º C-255/02²³ - deixa antever uma elevada eficácia e eficiência na aplicação da norma ao caso concreto, o mesmo é dizer, resultados práticos na desconsideração de vantagens fiscais indevidas, considerando a relativa simplicidade dos pressupostos a demonstrar pelas administrações fiscais.

1.8.5 - Se por um lado, é necessário demonstrar a intenção da obtenção da vantagem fiscal na celebração da montagem unitária ou conjunta, normalmente o pressuposto mais difícil de revelar atendendo ao seu carácter volitivo, e, não obstante, resultar de elementos

²² OCDE (2013), *Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros*, OECD Publishing. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>.

²³ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56198&pageIndex=0&doclang=pt&mode=doc&dir>.

objetivos, o encargo probatório parece-nos significativamente facilitado pela previsão legal do critério determinante da autenticidade da montagem, considerando o contexto que a envolve, e pela expressa associação à realidade económica, consubstanciada na existência de motivação comercial válida.

Porém, pode ser problemática a compatibilização desta norma com a já existente cláusula geral antiabuso [CGAA], como adverte Ana Paula DOURADO [2018:656]

Because Portugal already has a GAAR, it is not certain whether article 6 of the ATAD will have to be transposed into the Corporate Income Tax Code (CIRC), since article 6 does not make reference to artificiality, but to genuine activity and valid commercial reasons. Whatever the solution, it is expected that several GAARs will be in force in Portugal, all of which contain vague concepts that give rise to indeterminacy, and that some of those GAARs will be more general than others.

Furthermore, it is not clear whether it is still legitimate to apply a GAAR or one of the GAARs if some facts apparently fall within the scope of a specific antiavoidance rule (interest deductibility, transfer pricing adjustments), but are ultimately not within its scope. Even though the preamble to the ATAD clarifies that the GAAR in article 6 is always applicable if specific anti-avoidance rules are not, it makes no reference to reconciliation between the specific anti-avoidance rules in the directive and a domestic GAAR, or to reconciliation between specific domestic anti-avoidance rules and a domestic GAAR.

Assim, é com natural expectativa que se aguardam as previsíveis alterações a introduzir na redação do n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária, em sede da transposição da predita Diretiva.

Capítulo IV - Análise da jurisprudência arbitral do CAAD

1.1 – Delimitação e metodologia adotada

Do conjunto de cinquenta e uma decisões arbitrais proferidas pelo CAAD entre 09/05/2013 e 14/11/2017²⁴, destaca-se um grupo de quarenta e duas decisões, em que é possível determinar a inversão do sentido decisório habitual para o mesmo esquema elisivo, sendo possível autonomizar, para este efeito, as cinco decisões arbitrais tomadas nos processos n.ºs 47/2013-T, 131/2014-T, 315/2014-T, 173/2015-T, e 162/2017-T²⁵, em que a deliberação de considerar a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] sob a mais estrita legalidade foi unânime²⁶ pelo coletivo arbitral - com a predita exceção, neste aspeto, da decisão arbitral singular no processo 47/2013-T - despertando o nosso interesse as causas que determinaram a tomada da deliberação contrária ao habitual sentido decisório nestes processos.

A metodologia que elegemos como mais adequada consiste na análise individual destas cinco decisões, para tentar alcançar quais as específicas circunstâncias motivadoras dessa deliberação excecional, relativamente à deliberação-regra tomada nas restantes trinta e sete decisões.

Dividiremos estas decisões em dois grupos, consoante o tipo de esquema elisivo utilizado para obter a pretendida vantagem fiscal.

Iniciaremos pelo grupo das situações em que a operação real consiste na alienação de quotas societárias, sob a aparência de venda de ações, com o objetivo de beneficiar da exclusão de tributação das mais-valias de que estas últimas beneficiavam em sede de IRS [processos n.ºs 47/2013-T, 131/2014-T, e 315/2014-T]. E concluiremos pelo conjunto de dois processos [173/2015-T e 162/2017-T], em que a vantagem fiscal consiste no aproveitamento da inexistência de norma de incidência em sede de IRS para o rendimento constituído pela amortização de dívida a favor de acionista de sociedade anónima, quando

²⁴ Envolvendo impostos liquidados no montante de €57.539.510,30.

²⁵ Encontrando-se em discussão o montante de impostos liquidados de €1.770.686,99.

²⁶ As decisões respeitantes aos processos n.º 51/2014-T - 27/11/2014; e, n.º 377/2014-T - 22/05/2015, embora tendo sufragado a posição defendida pela AT não são unânimes, tendo um dos juízes-árbitros votado vencido, fragilizando, no nosso entender, a decisão, motivo pelo qual entendemos não as incluir na metodologia analítica adotada.

Como *supra* mencionado na NdR n.º 5, os processos n.ºs 666/2014-T - 26/06/2015; e, 219/2016-T - 10/07/2017, foram excluídos da metodologia analítica adotada, porquanto, a matriz elisiva que lhes subjaz não se reconduz a nenhum dos tipos analisados.

a operação real é constituída pela distribuição de lucros que a entidade coletiva realiza aos detentores do seu capital social.

1.2 – Primeira situação elisiva. Alienação de quotas sob a aparência de ações²⁷

1.2.1 – Matriz elisiva

Em abstrato, a matriz do primeiro dos esquemas elisivos mencionados, em que a vantagem fiscal consiste nas mais-valias geradas pela alienação de quotas subtraídas à normal tributação em sede de IRS, é composta por um conjunto de operações realizadas entre duas, ou mais, empresas inter-relacionadas, envolvendo, quando permanece o interesse em manter o controlo diretivo da sociedade cujo capital social é alienado, uma Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], recém-constituída à data da concretização das vantagens fiscais, e em que os correspondentes acionistas são os mesmos sócios da sociedade por quotas original, na exata ou muito aproximada medida das suas quotas.

Quando exista interesse efetivo em transmitir os destinos da sociedade por quotas não há necessidade da constituição da *holding*, bastando encontrar uma entidade disposta a pagar o preço inflacionado do capital social gerador da mais-valia justificativa da realização das inevitáveis despesas inerentes à concretização duma estrutura jurídica elisiva desta natureza.

A SGPS ou sociedade dominante envolvida configura o primeiro vértice do triângulo elisivo.

O segundo vértice é composto por uma sociedade comercial constituída originariamente sob o tipo por quotas, cujos sócios detém o respetivo capital social em partes equivalentes ou muito próximas.

²⁷ A que respeitam vinte e três processos, com IRS liquidado dos períodos de tributação de 2008 e 2009, e cujas decisões arbitrais foram proferidas entre 09/05/2013 e 11/04/2015.

Processos n.ºs – ordenados pela data da decisão de modo crescente - 123/2012-T; 124/2012-T; 138/2012-T; 70/2013-T; 43/2013-T; 139/2013-T; 47/2013-T; 234/2013-T; 267/2013-T; 143/2014-T; 208/2014-T; 196/2013-T; 234/2014-T; 264/2014-T; 106/2014-T; 288/2014-T; 131/2014-T; 299/2014-T; 320/2014-T; 284/2014-T; 420/2014-T; 285/2013-T; e, 315/2014-T.

Os processos n.ºs 46/2013-T; 34/2013-T; e, 49/2016-T, não obstante respeitarem à mesma situação elisiva, não integram a metodologia analítica adotada, na medida em que, a análise da conformidade legal da verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA foi prejudicada pela existência de outros vícios invalidantes.

O primeiro sinal de que estamos na presença de um possível conjunto de operações com fins essencialmente fiscais é revelado pela transformação desta sociedade do tipo por quotas em anónima, e pela constituição, simultânea, ou cronologicamente muito próxima, da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] pelos mesmos acionistas detentores do capital social da sociedade anónima.

Existem casos em que a motivação elisiva é de tal modo ostensiva que, após a realização das vantagens fiscais, a jovem sociedade anónima é retransformada, num curto período temporal, em sociedade por quotas, regressando ao seu tipo legal originário, porquanto inexistente justificação para suportar os acrescidos custos e ónus de funcionamento de qualquer sociedade anónima.

O terceiro vértice do figurado triângulo é constituído pelos sócios da sociedade por quotas, entretanto transformados em acionistas da recente sociedade anónima, e que vão fechar o circuito elisivo ao alienar a totalidade ou a esmagadora maioria do capital social da sociedade anónima à Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] – quase sempre gestora das participações sociais de uma única ou de escassíssimas sociedades, frustrando, portanto, o objetivo de facilitar e incentivar a criação de grupos económicos, enquanto instrumentos adequados a contribuir para o fortalecimento do tecido empresarial português, revelado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30/12, que instituiu o regime jurídico das sociedades *holding* – por um valor muito superior ao resultante da soma do valor nominal unitário das ações alienadas.

1.2.2 – Enquadramento jurídico-tributário

É a substancial inflação do valor de mercado pelo qual são alienadas as ações, relativamente ao seu valor nominal, e ao seu valor de aquisição ou constituição, ainda quando quotas, que vai gerar o diferencial constitutivo do rendimento, consubstanciado na mais-valia em IRS, auferido pelos acionistas alienantes e excluído de tributação, por força do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 10.º do Código do IRS.

A constituição da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], quase sempre sem qualquer expressão material nem efetiva prestação de serviços próprios, resulta também em cumular a vantagem do ganho constituído pela mais-valia futura, proveniente da alienação das ações não concorrer para a formação do correspondente lucro tributável, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais [EBF], revogado

pela Lei n.º 83-C/2013, de 31/12, o que configura uma dupla vantagem abusiva para os mesmos intervenientes, a primeira imediata e a segunda futura.

1.3 - Decisão arbitral de 20/12/2013 no processo n.º 47/2013-T

Esta decisão constitui um marco na jurisprudência arbitral, porquanto foi a primeira a aprovar a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT], a um esquema elisivo composto pela dupla operação da transformação societária de um ente jurídico coletivo do tipo por quotas em anónimo com a subsequente - dois dias volvidos, considerado pelo Juiz-Árbitro um elemento fulcral do carácter fiscalmente abusivo, juntamente com a invalidade da justificação da transformação societária, eleito pressuposto legal nos termos do disposto no artigo 132.º do Código das Sociedades Comerciais [CSC] – alienação das ações, requalificada pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] como alienação das originárias quotas, com a reconstituição da situação fiscal a operar mediante a aplicação das normas de incidência tentadas evitar, a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º, e a al. b) do n.º 1 do artigo 10.º, ambos do Código do IRS, constituindo o rendimento tributado o ganho resultante da diferença entre o montante de realização e o de aquisição da quota, como se encontra previsto no artigo 10.º, n.º 4, al. a), também do Código do IRS, beneficiando do regime fiscal de detenção em que a aquisição das ações remonta ao momento de aquisição das originárias quotas [artigo 43.º/n.º 6 / b), do mesmo compêndio legal]²⁸.

A vantagem fiscal resultante desta estrutura jurídica cessou através da revogação do regime fiscal de favor, constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 10.º do Código do IRS, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 228/2002, de 31/10, e que produziu os seus efeitos desde 01/01/2003 até à sua revogação pela Lei n.º 15/2010, de 26/07.

²⁸ As adquiridas antes de 01/01/1989 não estão sujeitas a IRS, conforme o disposto nos artigos 2.º e 5.º, do Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30/11, porquanto, o ganho auferido com a alienação de quotas societárias não estava sujeito ao imposto de mais-valias, encontrando-se arredado da previsão do Capítulo I-Incidência [artigos 1.º a 4.º] do Código do Imposto de Mais-Valias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46373, de 09/06/1965, assumindo o legislador essa opção legislativa ao esclarecer no respetivo preâmbulo: «3. [...] referir [...] o sentido de algumas das soluções no domínio da sua técnica. Assim, em matéria de incidência, houve que reconhecer a impossibilidade de atingir de forma directa as mais-valias realizadas através da transmissão de quotas ou de acções.»

Do teor da apresentação da proposta de lei que lhe deu origem, feita pelo Sr. Secretário dos Assuntos Fiscais na Assembleia da República em 07/05/2010²⁹, e para além do contexto em que surge³⁰, é possível descortinar, através dos objetivos prosseguidos³¹, óbvias preocupações antiabusivas que se traduzem na aplicação imediata do novo regime para salvaguardar a tributação efetiva das mais-valias latentes.

Não obstante a requerente, na fase de alegações escritas, se concentrar «[...] essencialmente, no elemento normativo, apresentando jurisprudência do Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD] e doutrina no sentido do seu não preenchimento.» [pp. 5], o Juiz-Árbitro não ficou convencido da bondade dos seus argumentos, e entendeu aduzir desenvolvida contra-argumentação relativamente ao elemento normativo, com o habitual recurso à posição doutrinária do Professor Saldanha Sanches³² sobre a lacuna consciente de tributação, utilizada na fundamentação das decisões respeitantes a semelhante matriz elisiva³³.

Enquanto a maioria das decisões não considera verificados os elementos intelectual e normativo - cremos que os mais difíceis de demonstrar pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT], atenta a natureza intrinsecamente volitiva do primeiro, independentemente de se manifestar por indícios objetivos da atuação do contribuinte³⁴, e,

²⁹ Diário da Assembleia da República, 8 de Maio de 2010, I Série — Número 55, pp 14 e 17, disponível em <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5447566e4c305242556b6b76524546535355467963585670646d38764d634b714a5449775532567a63384f6a627955794d45786c5a326c7a6247463061585a684c3052425569314a4c5441314e5335775a47593d&nome=DAR-I-055.pdf>.

³⁰ Conforme se lê na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 16/XI da Presidência do Conselho de Ministros, a alteração é determinada por dois fatores: i) O Programa do XVIII Governo Constitucional estabelece que, para melhorar a equidade na obtenção de recursos e obter uma repartição mais justa da carga fiscal entre os contribuintes, deve «aproximar-se o regime de tributação das mais-valias mobiliárias praticado na generalidade dos países da OCDE»; ii) O Programa de Estabilidade e Crescimento para 2010-2013 prevê também a tributação das mais valias mobiliárias como medida de repartição justa e igualitária do esforço de recuperação da economia e de consolidação das contas públicas.

³¹ DAR, I Série N.º 55, 08/05/2010, pp 14: «[...] trazer maior equidade ao IRS e pôr termo àquilo que entendemos ser uma falha, um vício histórico desde a criação deste imposto, nos anos 80, fazendo com que estes contribuintes, titulares de mais-valias mobiliárias contribuam mais intensamente para o esforço financeiro que todo o País tem de fazer para combater a crise que atravessamos. [...] com a eliminação dessa regra, passaremos a ter uma tributação efectiva das mais-valias mobiliárias, coisa que não vinha sucedendo desde os anos 80.»

Pp 17: «Por outro lado, julgamos que o principal factor de evasão que aqui pode ser criado resultaria, isso, sim, de um regime de aplicação da lei no tempo que apenas sujeitasse as mais-valias que fossem produzidas com participações adquiridas depois da entrada em vigor da lei. Esse, para nós, é o ponto crucial, ou seja, é o de evitar que, dessas regras, não resulte uma “lavagem” imediata das mais-valias latentes.»

³² José SALDANHA SANCHES [2006 : 182].

³³ Respeitantes aos processos 264 / 2014-T pp 37; 320 / 2014-T pp 26; e, 284 / 2014-T.

³⁴ Na decisão arbitral de 20/05/2014-Proc 267/2013-T, não foi suficiente a confissão do ato elisivo [pp 10] para julgar aplicável a CGAA, não sendo considerada na matéria de facto provada.

[A numeração das páginas das decisões arbitrais doravante mencionadas, correspondem às do respetivo formato .pdf, disponível para visualização no sítio da *internet* do CAAD].

quanto ao segundo, a amiúde insondável intenção do legislador, decorrente da estrutural instabilidade legislativa que afeta o nosso ordenamento jurídico-tributário, não sendo raro alguns regimes serem alterados mais do que uma vez por ano – a decisão sob análise, ao invés, julga verificado o elemento intelectual³⁵, isto é, a existência de motivação fiscal subjacente à realização das operações abusivas, e, a partir da sua verificação, deduz também a verificação dos elementos meio e resultado, que, juntamente com o intelectual, formam o inicial tríptico a percorrer neste método de análise composto por cinco elementos³⁶.

Os indícios maiores reveladores da existência da motivação fiscal, impulsionadora da realização da estrutura jurídica abusiva, é o curtíssimo lapso temporal, dois dias, que decorreu entre a transformação social da entidade coletiva do tipo por quotas em anónima, e a venda das correspondentes participações sociais, quando o respetivo contrato-promessa de compra e venda havia sido celebrado três meses antes, bem como a relativa irrelevância das justificações económicas que presidiram à transformação social, e a inexistente diferença relativa ao tipo social da empresa cujas participações sociais foram transmitidas, tanto na ótica dos vendedores, como na dos compradores³⁷.

Mas é, sem dúvida, na fundamentação do elemento normativo³⁸ que reside a novidade introduzida nesta decisão arbitral, podendo-se identificar vários vetores de discordância face à corrente doutrinária habitualmente seguida nas decisões respeitantes a este tipo de esquema elisivo.

Em primeiro lugar, o princípio constitucional que postula a tributação segundo a capacidade contributiva [artigos 103.º e 104.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)], que sairia comprometido através do entendimento sufragante da legitimidade da vantagem fiscal obtida. Na medida em que a exclusão de tributação das mais-valias auferidas resultou de uma opção legislativa que o legislador entendeu adequada, visando a

³⁵ Pp 21-23.

³⁶ Metodologia analítica utilizada pelos tribunais superiores quando decidem esta matéria em sede de recurso, e também pelo CAAD nas correspondentes decisões arbitrais, segundo a doutrina de Gustavo COURINHA [2004 : 165] “[...] correspondendo quatro deles aos requisitos de aplicação da CGAA e um à respetiva estatuição da norma” a saber, “a forma utilizada – elemento meio; a vantagem fiscal e a equivalência económica obtidas - elemento resultado; a motivação do contribuinte – elemento intelectual; a reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida – elemento normativo; a efetivação da Cláusula – elemento sancionatório”, *apud* decisão arbitral do CAAD de 11/04/2015, no processo n.º 315/2014-T, pp 29.

³⁷ Pp 22-23.

³⁸ Pp 23-28.

dinamização do mercado de capitais³⁹, e consequente atração de investimento, a retroação do período de detenção de doze meses das ações ao momento da constituição ou aquisição das originárias quotas que as precederam, fazem supor o aproveitamento dos benefícios decorrentes da transformação social que lhe subjaz, o que no caso sob análise era impossível de ocorrer, atento o intervalo temporal de dois dias entre a transformação do tipo social e a alienação das ações. Assim, a situação submetida a sindicância arbitral era passível de censura “normativo-sistemática por parte do ordenamento jurídico”⁴⁰, pois a visível intenção que havia presidido à transformação social era a da obtenção da abusiva vantagem fiscal, em comparação com a realização da operação alternativa de transmissão das quotas sociais.

Aliás, a suscetibilidade desse regime fiscal de favor ser manipulado para fins considerados abusivos ou ilegítimos, determinou a sua revogação através da Lei n.º 15/2010, de 26/07, e a premência da cessação deste regime favorável encontra-se demonstrada pela introdução da alteração a meio do período de formação do rendimento tributável⁴¹, e na urgência da sua entrada em vigor, no dia seguinte à sua publicação, quando o legislador certamente não desconhecia os prováveis problemas futuros que a alteração deste regime, através da norma de incidência, iria provocar no decurso do período de tributação de 2010, considerando a regra da formação do rendimento em sede de IRS, consagrada no artigo 22.º do Código do IRS⁴².

Em segundo lugar, o Juiz-Árbitro manifesta a sua discordância com a posição do Professor Saldanha Sanches, na medida em que

³⁹ Importa relembrar, que a alínea a) do n.º 2 do artigo 10.º do CIRS, foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 228/2002, de 31/10, com produção de efeitos desde 01/01/2003, numa altura em que o mercado mobiliário se encontrava estagnado, passado o período da euforia da abertura pública à subscrição do capital social das emblemáticas empresas portuguesas recém privatizadas, e foi revogado pela Lei n.º 15/2010, de 26/07.

⁴⁰ Pp 26.

⁴¹ Consabidamente, as alterações dos regimes tributários são introduzidas, regra geral, pelos diplomas que aprovam os Orçamentos de Estado para cada ano, com início de vigência em 01 de Janeiro, data de início do período de tributação regra.

⁴² Como efetivamente vieram a ocorrer. Destacamos os seis acórdãos em que o Pleno da Secção de Contencioso Tributário do STA, decidiu, em sede de recurso por oposição de acórdãos, interpostos de decisões arbitrais em que o sentido da decisão do CAAD [mais-valias não tributadas em 31/12/2010, data em que encerra o período de formação do rendimento tributável, quando o regime de exclusão de tributação já não estava em vigor], foi contrário à jurisprudência maioritária do STA [a exclusão da tributação é aplicável às mais-valias geradas até à data em que o respetivo regime foi revogado em 26/07/2010].

Acórdãos [data - processo - processo CAAD - data alienação das ações]: 07/06/2017 - 01471/14 - 453/2014-T - 12/03/2010; 18/05/2016 - 0784/15 - 831/2014-T - 15/01/2010; 17/02/2016 - 0668/15 - 784/2014-T - 30/04/2010; 02/12/2015 - 0734/15 - 771/2014-T - 30/04/2010; 16/09/2015 - 01292/14 - 107/2014-T - 30/03/2010; e, 16/09/2015 - 01504/14 - 340/2014-T - 09/03/2010.

[...] impediria qualquer aplicação da CGAA pois, ou a conduta está expressamente proibida por lei, ou, nos casos de aplicação de cláusula geral anti-abuso, bastaria haver uma lacuna ou uma disposição menos clara, que o contribuinte poderia “manipular” a teleologia da norma.

recorrendo depois à fundamentação do acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul [TCASul] de 15/02/2011, tirado no processo n.º 04255/10⁴³, para contrariar o carácter absoluto do direito dos sócios à transformação em sociedade anónima, e, portanto, traçar os limites à liberdade de gestão empresarial⁴⁴, quando possa colidir com outros direitos igualmente dignos de tutela constitucional, sobressaindo o da própria subsistência e manutenção do sistema fiscal, visando o financiamento do Estado de direito, e, num quadro mais amplo, de repartição justa do rendimento e da riqueza produzidos, concluindo que, se o pleno exercício da liberdade de autonomia privada permanece incondicionado, já podem existir limites legais à possibilidade da vontade do contribuinte poder determinar o *quantum* da sua oneração fiscal.

É neste raciocínio jurídico que o Juiz-Árbitro alicerça a sua convicção de não poder prevalecer o argumento de que é o próprio legislador que ao não proibir expressamente o ato abusivo, deseja ou incentiva a sua prática. O contribuinte ao optar por uma mudança artificial não tolerada pelo ordenamento jurídico, porque carecida de tutela legal, no âmbito da liberdade de empresa e de iniciativa económica, corolários da sobredita liberdade de gestão empresarial, desencadeou o mecanismo de reação jurídico-fiscal que consiste na aplicação do n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT]⁴⁵.

1.4 - Decisão arbitral de 13/11/2014 no processo n.º 131/2014-T

Em sede de factualidade provada e não provada, o tribunal arbitral entendeu que era relevante sublinhar que um dos aspetos nucleares da estrutura jurídica sob sindicância reveste carácter conclusivo e não factual. Trata-se da justificação da transformação societária, que os requerentes direccionaram para o domínio da relação societária de grupo,

⁴³ Pp 27.

⁴⁴ Constitucionalmente garantida pelo disposto nos artigos 61.º, 80.º/c), e 86.º, todos da CRP.

⁴⁵ Não constituiu surpresa a reação doutrinal ao sentido inovador desta decisão arbitral, podendo-se destacar o artigo de Gustavo COURINHA – A Cláusula Geral Anti-Abuso no CAAD: A insustentabilidade de uma jurisprudência contraditória. Comentário às decisões dos processos 47/2013, 51/2014 e 131/2014. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 3-VII (2015) 179-196.

não obstante esta interação empresarial ser perfeitamente compatível com as sociedades por quotas, tornando, portanto, indiferente a transformação societária realizada⁴⁶.

Num contexto em que as operações jurídicas a requalificar para efeitos fiscais são constituídas pela transformação societária de quatro sociedades comerciais do tipo por quotas em anónimo⁴⁷, sob justificação dos mais elevados parâmetros contabilísticos aplicáveis a estas últimas, conferirem ao grupo empresarial maior credibilidade e segurança no seu inter-relacionamento, e com a Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] e entidades bancárias⁴⁸, não pode deixar de merecer reflexão, o facto do tribunal arbitral qualificar a justificação aduzida como «causalmente incoerente»⁴⁹, com o resultado de a arredar da factualidade provada ou não provada, diminuindo-a, antes, à categoria de matéria de natureza conclusiva a retirar de outros factos.

Não constitui, assim, surpresa que a fundamentação jurídica do tribunal arbitral gravite em torno da ausência de razoabilidade jurídico-societária, e económica, da transformação das sociedades por quotas em anónimas, enquanto veículo para a obtenção de vantagens fiscais abusivas, extraíndo, de modo exaustivo, todas as consequências jurídicas da metodologia elisiva utilizada pelos requerentes da constituição do tribunal arbitral, e, fundando nessa injustificada transformação societária, a trave mestra da decisão de aprovação arbitral do exercício da prerrogativa legal consagrada no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT] pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT].

No nosso ver, também merece destaque a sequência demonstrativa da fundamentação explorada pelo tribunal arbitral, não optando pelo *iter* habitualmente seguido nas congéneres decisões, de apreciação autonomizada dos preditos cinco elementos propostos por Gustavo COURINHA, onde se pode decompor o critério doutrinário determinante da existência de uma estrutura jurídica de planeamento fiscal abusivo, mas, ao invés, foi eleita a metodologia analítica em que assenta o exame dos vários pressupostos previstos no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT]⁵⁰.

⁴⁶ Pp 38.

⁴⁷ Pp 8.

⁴⁸ Pp 3.

⁴⁹ Pp 38.

⁵⁰ Merece atenção o facto de, no conjunto de processos respeitantes à primeira das situações elisivas, ter sido recorrentemente utilizada a sequência analítica dos cinco elementos mencionados, exceto em quatro : 299/2014-T; 420/2014-T; 131/2014-T; e, 51/2014-T, e de entre estes, os dois últimos, terem julgado a aplicação da CGAA conforme com o regime legal, embora a decisão do processo n.º 51/2014-T, não seja unânime, pois o Sr. Árbitro-Presidente votou vencido, o que motivou a sua exclusão da metodologia utilizada.

Após considerar que o negócio jurídico através do qual operou a transformação societária foi realizado senão essencialmente, pelo menos principalmente, com evidentes objetivos fiscais⁵¹, e sendo este o negócio jurídico nuclear da estrutura jurídica realizada, e, portanto, aquele cuja ineficácia fiscal está em discussão, o coletivo de juízes-árbitros dedica a parte remanescente⁵² da decisão, à análise minuciosa dos factos e indícios que conduziram à formação da convicção de se encontrarem verificados os vários elementos em que se consubstanciam os pressupostos de aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA].

Podem-se destacar, de entre estes, a constituição da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] como operação adicional, o carácter objetivo da motivação fiscal, exclusiva ou principal, subjacente à realização da complexa estrutura jurídico-elisiva, a insuficiência das justificações apresentadas para a transformação societária, e a omissão dos encargos daí resultantes, a irrelevância da reorganização para o funcionamento do grupo empresarial, não se verificando qualquer alteração, mas antes o reforço da situação anterior, a efetiva utilização de formas jurídicas anómalas, inusuais, artificiosas, e complexas em contradição com os fins visados, a irrelevância dos efeitos dos contratos de franquia, ou *franchising*, para a necessidade das operações realizadas, a ausência de substrato material de grupo económico, suscetível, até, de justificar a desconsideração da personalidade jurídica coletiva, e, por fim, a qualificação do abuso resultante da presente factualidade como paradigmático.

1.5 - Decisão arbitral de 11/04/2015 no processo n.º 315/2014-T

O primeiro aspeto a destacar desta decisão é a extensão que o tribunal arbitral dedica à fundamentação dos factos julgados não provados⁵³, caso único no universo das decisões arbitrais objeto deste estudo.

A minúcia e a subtileza expositiva empregues na fundamentação do julgamento desta parte da decisão, não deixam dúvidas que a justificação da transformação societária, que constitui o eixo da estrutura elisiva concretizada, não tem qualquer conexão com a respetiva realidade.

⁵¹ Pp 39.

⁵² Pp 39-54.

⁵³ Pp 18 – 24.

Neste domínio, não podemos deixar de destacar, pela sua ostensividade, a prova apresentada pelos requerentes do pedido de pronúncia arbitral, com o intuito de demonstrar um dos vetores chave da justificação da transformação societária - do tipo por quotas em anónimo da sociedade alienante das ações cuja obtenção da mais-valia foi considerada abusivamente subtraída a tributação em sede de IRS – assente na estratégia de crescimento do grupo empresarial. O documento que os requerentes juntaram para comprovar esse facto nuclear na avaliação da existência de razões económicas válidas para determinar a transformação societária, foi uma apresentação efetuada perante uma instituição financeira e datada de 29/11/2010, quando a transformação societária que se pretendia comprovar foi efetuada em 12/2009⁵⁴.

No tocante à fundamentação decisória, o tribunal arbitral começa por advertir que a metodologia analítica adotada foi a que se subdivide nos cinco elementos, propostos por Gustavo COURINHA, já mencionados, norteada, porém, pela avaliação casuística das concretas circunstâncias da situação fiscalmente relevante submetida ao tribunal arbitral, e exigentes de uma abordagem específica determinante do caso concreto, por sua vez impeditiva da configuração de soluções contraditórias, atenta a inexistência de critérios gerais de subsunção, suscetíveis de resolver qualquer controvérsia daí resultante.

O tribunal arbitral prossegue com a fixação da questão decidenda, que consiste na apreciação da verificação dos elementos intelectual e normativo, não sendo controversa a verificação do elemento resultado.

O julgamento da verificação do elemento intelectual, assenta na análise dos factos objetivos apreensíveis e resultantes do quadro factual submetido a pronúncia arbitral, consubstanciados na ausência de demonstração, por parte dos requerentes, de que a transformação societária da sociedade alienante das ações tenha sido determinada pelas razões económicas constantes do correspondente relatório justificativo; a que acresce a circunstância da sociedade adquirente ser do tipo por quotas e apenas ter operado a sua própria transformação em Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] e, assim, adquirir a posição de dominante do grupo, em 2013, quando os factos fiscalmente relevantes sujeitos a composição arbitral ocorreram em 2009, e, ainda, nessa altura em que estava constituída sob o tipo por quotas, não permitir, pela sua natureza jurídica, a abertura a investidores externos enquanto detentora dos ativos do grupo.

⁵⁴ Pp 19.

Face a este contexto de ausência das invocadas motivações económicas, o tribunal arbitral não teve dúvidas em julgar a motivação essencialmente fiscal da operação de transformação societária.

Contudo, a subtileza da apreciação jurídica desenvolvida pelo tribunal arbitral eleva-se a um patamar diverso da extração de factos objetivos do conjunto probatório submetido a composição arbitral, pois aduz uma evidente, e irrefutável, circunstância que reforça o precedente raciocínio jurídico da motivação essencialmente fiscal, e que consiste na demonstração de que o registo da transformação societária foi efetuado em 05/2010 – da sua realização depende a produção de efeitos perante terceiros, neste caso, a Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] para efeitos fiscais – após a apresentação da Proposta de Lei n.º 16/XI, em que se previa a revogação do regime favorável de exclusão de tributação das mais-valias mobiliárias, publicada no Diário da Assembleia da República, II Série-A N.º 74, 30/04/2010, pp 28⁵⁵, e onde já se encontrava prevista a sua entrada em vigor no dia seguinte à publicação, como efetivamente veio a acontecer com a Lei n.º 15/2010, de 26/07.

Continuando a sua apreciação, o tribunal arbitral releva a existência de uma contradição na pretensão submetida pelos requerentes, quanto ao elemento meio. Enquanto da petição inicial parece resultar a assunção da respetiva verificação, nas alegações, diferentemente, os requerentes propugnam a sua não verificação.

Nesta parte da apreciação jurídica, reside, parece-nos, um dos principais fatores distintivos da presente decisão em relação às restantes decisões referentes à mesma situação elisiva. Trata-se da análise da verificação simultânea dos elementos meio e normativo, porquanto, será «[...] dogmaticamente insustentável pretender, que não obstante cumpridos todos os elementos meio, resultado e intelectual [...] seria possível não se verificar o dito elemento normativo.»⁵⁶

Nesta perspetiva conjunta, e da sequência temporal em que as operações constitutivas da estrutura jurídica foram realizadas, bem como da situação inalterada subjacente à sociedade transformada, conclui-se que a transformação societária e a subsequente alienação das ações, constituiu uma montagem artificial, alheia a um interesse empresarial ou económico, exclusivamente dirigida a evitar a tributação que normalmente seria devida.

⁵⁵ Disponível em <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc>.

⁵⁶ Pp 35-36.

Deste modo, e não obstante a transformação societária para o tipo anónimo, a respetiva situação económica permaneceu inalterada, frustrando, portanto, o interesse público justificativo do regime fiscal favorável por essa via aplicável e resultando na natureza artificial e com abuso das formas jurídicas da transformação, merecendo a reprovação normativo-sistemática do ordenamento - o que significa a verificação dos elementos meio e normativo -, traduzindo-se numa atuação de evitação abusiva, pelo que não merece reparo a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] com vista à ineficácia dos correspondentes efeitos fiscais⁵⁷.

1.6 – Traços comuns

É possível encontrar, nestas três decisões, alguns traços comuns passíveis de contribuir para a compreensão do sentido decisório adotado.

Em primeiro lugar, a transformação societária julgada destituída de qualquer motivação económica, e, portanto, determinada por razões fiscais, enquanto operação nuclear nas estruturas jurídicas realizadas, ocupa um lugar nuclear na fundamentação jurídica das três decisões arbitrais.

Seguidamente, a desvalorização da prova testemunhal produzida fragiliza de modo irreversível, como sucede nas decisões dos processos n.ºs 47/2013-T e 315/2014-T, a comprovação dos factos em que os requerentes da pronúncia arbitral assentam a legitimidade da realização das operações sob análise.

Em terceiro lugar, a transformação societária, nos moldes em que foi efetuada, está em contradição com o âmago e objetivos da personalidade jurídica coletiva.

E, por último, a utilização de uma metodologia analítica diversa da habitualmente utilizada, composta pelos cinco elementos, introduz uma perspetiva substancialmente diferente na observação e interpretação das operações realizadas, como expressivamente sucede na decisão do processo n.º 131/2014-T, e, de forma mais mitigada, na decisão do processo n.º 315/2014-T, mas que, em ambos os casos, possibilitou uma original amplitude de visualização e compreensão das operações submetidas a pronúncia arbitral. No processo n.º 47/2013-T, não obstante ser utilizada a metodologia analítica dos cinco elementos, a

⁵⁷ Pp 40-41.

inovadora representação do elemento normativo conduz a uma perceção elisiva das operações praticadas.

1.7 - Segunda situação elisiva. Distribuição de lucros disfarçada de amortização de dívida, ou reembolso de prestações suplementares ou suprimentos⁵⁸

1.7.1 – Matriz elisiva

A segunda estrutura jurídica referida, consiste, em abstrato, numa matriz elisiva em que a vantagem fiscal consiste na distribuição de lucros subtraída à normal tributação em sede de IRS, composta por um conjunto de operações realizadas no seio de um grupo económico, constituído por duas ou mais empresas inter-relacionadas, sendo, normalmente, encabeçado por uma Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], recém-constituída à data da concretização das vantagens fiscais, que configura o primeiro vértice do triângulo elisivo.

O segundo vértice é composto por uma sociedade comercial que desenvolve uma atividade económica regularmente geradora de resultados positivos, normalmente constituída originariamente sob a forma de sociedade por quotas, cujos sócios detém o respetivo capital social em partes equivalentes ou muito próximas.

O primeiro sinal de que estamos na presença de um possível conjunto de operações com fins essencialmente fiscais, é revelado pela transformação desta sociedade do tipo por quotas em anónima, e pela constituição, simultânea, ou cronologicamente muito próxima, da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], pelos mesmos acionistas detentores do capital social da sociedade por quotas/anónima.

O terceiro vértice do figurado triângulo, é constituído pelos sócios originários da sociedade geradora de resultados positivos, entretanto transformados em acionistas da recente

⁵⁸ A que respeitam dezanove processos, com IRS e IRC liquidado, dos períodos de tributação de 2008 a 2013, e cujas decisões arbitrais foram proferidas entre 02/04/2014 e 14/11/2017.

Processos n.ºs [ordenados pela data da decisão, de modo crescente]: 224/2013-T; 258/2013-T; 62/2014-T; 305/2013-T; 142/2014-T; 180/2014-T; 200/2014-T; 240/2014-T; 61/2014-T; 381/2014-T; 395/2014-T; 283/2014-T; 32/2015-T; 173/2015-T; 335/2015-T; 476/2015-T; 671/2015-T; 363/2016-T; e, 162/2017-T.

Os processos n.ºs 124/2013-T; e, 379/2014-T, não obstante se enquadrarem nesta situação elisiva, não integram a metodologia analítica adotada, porquanto, a decisão arbitral incidiu sobre diversa invalidez prejudicando o julgamento da verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA.

sociedade anónima, e que vão fechar o circuito elisivo, ao alienar a totalidade, ou a esmagadora maioria, do capital social da sociedade anónima à Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] – quase sempre gestora das participações sociais de uma única ou de escassíssimas sociedades, frustrando, portanto, o objetivo de facilitar e incentivar a criação de grupos económicos, enquanto instrumentos adequados a contribuir para o fortalecimento do tecido empresarial português, revelado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30/12, que instituiu o regime jurídico das sociedades *holding* – por um valor muito superior ao resultante da soma do valor nominal unitário das ações alienadas.

É esta substancial inflação do valor real pelo qual foram alienadas as ações, relativamente ao seu valor nominal, que permite criar na Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], um avultado crédito a favor dos seus acionistas, resultante da inexistência de meios financeiros disponíveis para liquidar o preço de aquisição das ações que, por sua vez, possibilitará a transferência futura, e regular, de fluxos financeiros para os acionistas da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] – vantagem fiscal pretendida de carácter abusivo - como amortização da dívida, quando na realidade se trata de distribuição regular de lucros da sociedade anónima aos seus acionistas.

Normalmente, também se verifica uma inflexão da política de distribuição de lucros por parte da sociedade geradora que, antes da constituição da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], raramente distribuía lucros, optando antes pela constituição e reforço de reservas livres, ou outras formas de reforço do capital próprio, e, após a transmissão das suas participações à *holding*, prefere distribuir os lucros regularmente.

1.7.2 – Enquadramento jurídico-tributário

Esta última etapa elisiva, configura duas consequências jurídico-tributárias de capital relevância, e cujo resultado de evitação fiscal motiva, e justifica, a realização das várias operações precedentes.

A primeira, consiste na exclusão da tributação, em sede de IRC, dos lucros distribuídos pela sociedade anónima à Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], através do regime fiscal da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, consubstanciada na respetiva não concorrência para a determinação do lucro tributável, conforme o disposto no artigo 51.º do Código do IRC, nos últimos tempos como que rejuvenescido com a designação cosmopolita de *participation exemption*.

A segunda, traduz-se na subtração à tributação, em sede de IRS, por inexistência de norma de incidência aplicável, dos montantes auferidos pelos acionistas da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], qualificáveis, por força do esquema elisivo, como amortização da dívida constituída, a seu favor, pela Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], e resultante da aquisição das ações da sociedade anónima, e da inexistência de fundos financeiros próprios, atenta a sua recente constituição, não obstante, na realidade, se tratar de distribuição de lucros, qualificáveis como rendimentos de capitais/categoria E, sujeitos a tributação, nos termos do disposto no artigo 5.º do Código do IRS, porquanto os únicos acionistas da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], detém, indiretamente, e, através desta, enquanto sociedade veiculo, a maioria ou parte significativa do capital social da S.A. distribuidora dos lucros.

1.8 - Decisão arbitral de 04/11/2015 no processo n.º 173/2015-T

O tribunal arbitral, utilizando a metodologia de análise dos cinco elementos que tem vindo a ser referida, começa por julgar verificados os elementos meio e resultado.

Na apreciação do elemento intelectual, o tribunal arbitral destaca o facto de, entre as várias possibilidades conducentes ao mesmo resultado económico, a via escolhida para a sua obtenção foi a mais complexa, por ser essa a única que geraria os créditos em que se traduzem as vantagens fiscais a favor dos dois beneficiários, resultado este que nenhuma das restantes alternativas, mais simples, sublinhe-se, teria possibilidade de gerar⁵⁹. É com base nesta constatação, que o tribunal arbitral julga verificado este elemento, e considera que a vantagem fiscal pretendida foi o impulso decisivo para a realização da operação.

A análise do elemento normativo – apelidado pelo tribunal arbitral como elemento abusivo, de modo tão singular quanto eloquente - ocupa parte significativa da fundamentação jurídica da decisão⁶⁰, merecendo relevância a circunstância do grupo empresarial, no seio do qual as operações constitutivas da estrutura jurídica foram concretizadas, e, após a sua reorganização através dessas operações, a sociedade que o passou a encabeçar, depois da aquisição das ações da original Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], não possuir qualquer vocação para a gestão de participações

⁵⁹ Pp 26.

⁶⁰ Pp 24-31.

sociais, constituindo, antes, o seu objeto social a prestação de consultadoria de *marketing*, design industrial, elaboração, organização e desenvolvimento de protótipos, seleção de materiais, automatização e medidas de precisão, bem como consultadoria em outras áreas de gestão⁶¹. Não obstante a inexistência de qualquer obrigação no sentido de que a liderança de um grupo empresarial competir exclusivamente a uma Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], constitui elemento de grande estranheza a aquisição das ações da empresa-mãe, gestora de participações sociais, por uma empresa de prestação de serviços de *marketing*, passando esta, assim, a ser a empresa dominante.

O tribunal arbitral considera que a este sinal de anormalidade, juntam-se outros igualmente visíveis, como os negócios sob análise terem sido celebrados entre os acionistas e as sociedades de que eram os únicos acionistas; ou a inexistência de qualquer fluxo financeiro a título de contraprestação das transmissões efetuadas, bem como de plano de pagamento, ou a inexistência de fixação de juros para o capital em dívida, ao contrário do que já havia sucedido em anos anteriores, em negócios celebrados entre os mesmos intervenientes.

Também a constatação de que o registo contabilístico da transmissão das ações, na esfera da Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], não foi realizado na rubrica correta, com o objetivo de dificultar o escrutínio fiscal pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT], e o preço das ações alienadas ter mais do que duplicado entre a data da sua aquisição em 2007/2008, e a da alienação em 12/2009, entre os mesmos intervenientes, determina o julgamento da verificação do elemento intelectual, observados todos estes sinais sob uma perspetiva conjunta.

Em seguida, o tribunal arbitral justifica a instrumentalização destas operações visando o objetivo almejado, designadamente, a necessidade da inflação do preço das ações transmitidas, pois residiria na proporção da diferença de preços de aquisição e alienação, a grandeza da vantagem fiscal abusiva a obter⁶² pelos beneficiários individuais, a pretexto de reembolso da dívida anteriormente constituída pela sociedade adquirente das ações, motivada pela sua incapacidade financeira para o pagamento do respetivo preço.

⁶¹ Pp 27.

⁶² Pp 30.

1.9 - Decisão arbitral de 14/11/2017 no processo n.º 162/2017-T

O primeiro fator distintivo da presente decisão arbitral surge antes da apreciação jurídica e é constituída por uma importante introdução que o tribunal arbitral apresenta versando a problemática da evasão fiscal, e já considerada a sua pública atualidade internacional proveniente, em parte, da ampla divulgação das iniciativas de organizações internacionais como a União Europeia [UE], e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico [OCDE]⁶³, a dicotomia entre planeamento fiscal admissível e abusivo, a enumeração de algumas doutrinas jurídico-fiscais antiabuso, a diferenciação das normas gerais e específicas antiabuso, e algumas outras considerações relevantes, e preparatórias, da apreciação vinculativa desta problemática, caracterizada pela sua complexidade e subtileza jurídicas.

Na sequência da interpretação conjunta do disposto no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária [LGT], e na alínea b) do n.º 3 do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário [CPPT], especialmente no último segmento desta disposição, o tribunal arbitral começa por considerar a irrelevância de saber quem efetivamente obteve as vantagens fiscais indevidas numa transação envolvendo várias partes, especialmente, quando a vantagem é produzida e obtida dentro de uma lógica de grupo, como sucede no caso submetido a pronúncia arbitral⁶⁴.

O tribunal arbitral prossegue, considerando ser de especial importância a análise da transação na sua totalidade, com especial exigência nas transações envolvendo sócios e sociedades do mesmo grupo, autorizando o princípio da primazia da substância sobre a forma, que certas entidades possam ser consideradas como um único contribuinte⁶⁵.

Iniciando a análise do caso submetido a pronúncia arbitral, importa relevar que o método analítico adotado pelo tribunal arbitral não se reconduz à maioritária utilização dos cinco elementos auxiliares da verificação dos pressupostos de aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA]. Expressivamente, o tribunal arbitral intitula a parte relativa à

⁶³ No âmbito, respetivamente, do Pacto de Estabilidade e Crescimento, e, da *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*.

⁶⁴ Pp 11-12. Cremos que esta salvaguarda interpretativa visa afastar, *ab initio*, o entendimento de que os efeitos jurídicos da aplicação da CGAA, são inoponíveis ao substituto tributário, onde se alicerçou a fundamentação jurídica vertida nos processos n.ºs 379/2014-T [decisão arbitral de 24/11/2014]; 335/2015-T [decisão arbitral de 07/01/2016]; e, 363/2016-T [decisão arbitral de 14/12/2016], constituindo, este aspeto da individualização da vantagem abusiva obtida, o elemento nuclear da fundamentação apresentada nestes três processos.

⁶⁵ Pp 12.

apreciação jurídica como « **IV.3. Aplicação da CGAA do artigo 38º nº 2 da LGT ao caso concreto** »⁶⁶ [negrito original].

O tribunal arbitral começa por julgar adequada a limitação da ineficácia, operada pela Autoridade Tributária e Aduaneira [AT], ao negócio jurídico de compra e venda de participações sociais, ainda que integrado num esquema mais alargado, considerando que esta limitação da ineficácia ao estritamente necessário à prossecução do objetivo fiscal, respeita o princípio da proporcionalidade, consagrado no n.º 2 do artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo [CPA]⁶⁷, constituindo esta aprovação um dado inovador na jurisprudência arbitral analisada neste estudo.

Prossegue com a enumeração dos argumentos de onde resulta que o fim essencial, ou predominante, da transação efetuada foi a evitação ou diferimento do pagamento de impostos devidos, logo indicando – recorde-se que estamos na fase inicial da apreciação arbitral – que a tributação evitada seria a que deveria incidir sobre os dividendos disfarçados, após a utilização dos critérios da primazia da substância sobre a forma, da substância económica do negócio, e, do teste do principal propósito.

Nesta parte, assumem particular importância alguns aspetos envolventes da transação, como o não vencimento de juros no prazo de dez anos em que o preço seria amortizado pela Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS] adquirente, a favor dos seus acionistas e também alienantes das ações; a manutenção da situação de controlo económico por parte dos acionistas, relativamente a toda a estrutura societária; e, a alteração brusca da política de distribuição de lucros pela sociedade anónima cujas ações foram alienadas à Sociedade Gestora de Participações Sociais [SGPS], a partir do ano em que foi celebrada esta transação, pela primeira vez em vários anos, não obstante, os resultados positivos apresentados.

Em apoio da conclusão da ausência de substância económica subjacente às transações sob análise, o tribunal introduz, na jurisprudência arbitral, alguns conceitos jurídicos cuja relevância merece destaque⁶⁸. É o caso dos dividendos construtivos ou disfarçados;

⁶⁶ Pp 13. No nosso ver, é bem reveladora a advertência constante do parágrafo subsequente quanto ao *iter* analítico adotado: *Este exame é levado a cabo partindo do princípio de que a decisão jurídico-política de introdução de uma CGAA no ordenamento jurídico nacional é sistematicamente incompatível com a adoção, neste âmbito, de uma atitude formalista e literalista por parte das instâncias de controlo jurisdicional, incluindo a arbitragem tributária.*

⁶⁷ Pp 13.

⁶⁸ Ainda que, as respetivas fontes doutrinárias ou jurisprudenciais sejam omissas. Ainda neste ponto, constitui um imperativo de justiça, salientar a subtileza com que a expressão *manufatura da indeterminação factual* é

mercado fictício [*fictitious market*]; *arms-length principle*; doutrina da transação farsa [*sham transaction doctrine*]; e, transação de descolamento de dividendos [*dividend – stripping transaction*]⁶⁹.

Contudo, não deixa de provocar alguma surpresa, a qualificação jurídica, como negócio simulado, da operação aparente da constituição da dívida e posterior reembolso a favor dos acionistas, e, como negócio dissimulado, a distribuição de lucros enquanto operação real⁷⁰.

Ainda que, considerando a original abordagem eleita pelo tribunal arbitral como adequada a alcançar todos os contornos da estrutura elisiva submetida a composição arbitral, escapamos a deslocação do enfoque jurídico para o instituto da simulação, pela sua diversa configuração dogmática e normativa⁷¹, relativamente à cláusula geral antiabuso [CGAA], salvo o devido respeito.

A partir deste ponto, a apreciação arbitral dirige-se a outras questões já não relacionadas com a verificação dos pressupostos de aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA], não abrangidas, portanto, pelo âmbito deste estudo.

1.10 – Traços comuns

A principal característica comum a estas duas decisões arbitrais é o método analítico utilizado ser suscetível de permitir uma visualização suficientemente panorâmica, que permita descortinar os reais contornos da estrutura jurídica realizada, e, conseqüentemente, dos seus objetivos. Ainda que, no processo n.º 173/2015-T, sejam utilizados os tradicionais elementos meio, resultado e intelectual, a amplitude que é utilizada no elemento abusivo [normativo] é passível de compensar alguma eventual restrição analítica, que se possa imputar a estes elementos auxiliares.

Parece-nos ser esta observação suficientemente abrangente, e conjunta, que possa facilitar a apreensão lógico-sequencial-funcional subjacente à execução das várias operações realizadas, e a sua conseqüente motivação essencialmente fiscal.

utilizada a pp 8, com o intuito, parece-nos, de induzir o leitor a considerar o crescente impacto, não só económico, que a evasão fiscal vem atingindo.

⁶⁹ Pp 17-18.

⁷⁰ Pp 18.

⁷¹ A simulação fiscal, encontra-se regulada no artigo 39.º da LGT.

1.11 – Informação estatística

Em resultado da escassez de informação pública relativa aos elementos estatísticos passíveis de quantificar a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] no período temporal objeto deste estudo, em Abril do corrente ano de 2018, solicitamos à Autoridade Tributária e Aduaneira [AT] os correspondentes dados oficiais relativos ao número de processos administrativos em que foi aplicada a cláusula geral antiabuso [CGAA].

O objetivo da informação estatística passava por tentar quantificar o grau de conformação que os contribuintes visados por este mecanismo legal revelam através da sua comparação com os pedidos de pronúncia arbitral entrados no Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD], e publicamente divulgados.

Os solicitados elementos não nos foram fornecidos, e a informação pública divulgada respeita ao ano de 2013, quando foi

[p]ela primeira vez generalizada a aplicação da Cláusula Geral Antiabuso pela AT a situações de planeamento fiscal abusivo das empresas. Pelo menos 72 operações foram selecionadas e qualificadas como transações artificialmente estruturadas para permitir, por meios artificiosos ou fraudulentos, a redução ou eliminação de impostos que seriam devidos, tendo por isso sido consideradas ilegais. Este é o primeiro ano em que existem estatísticas claras por referência a aplicação da Cláusula Geral Antiabuso;⁷².

Recentemente, foi divulgada a informação relativa ao ano de 2017, onde é referido que a cláusula geral antiabuso [CGAA] foi aplicada a 16 negócios jurídicos⁷³.

O hiato temporal de três anos durante os quais não são conhecidos quaisquer elementos, não permite retirar qualquer ilação com um mínimo de razoabilidade.

⁷² Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, Relatório de Atividades Desenvolvidas Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2013, Junho de 2014, pp 108, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>.

⁷³ Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, Relatório de Atividades Desenvolvidas “Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras” 2017, Junho de 2018, pp 176, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>.

Capítulo V - Conclusões

Do precedente estudo resultam as seguintes conclusões:

1 – O significativo conjunto de cinquenta e uma decisões respeitantes à aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA], divulgadas pelo Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD], no período entre 09/05/2013 e 14/11/2017, e a possibilidade de delimitar um grupo de quarenta e duas decisões, em que para uma idêntica factualidade, foram proferidas decisões contraditórias;

2 – O esmagador sentido decisório de reprovação arbitral relativo à aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA] no predito grupo, contabilizando trinta e sete decisões favoráveis à posição dos contribuintes visados, e, apenas, cinco decisões unânimes – exceto a proferida no processo n.º 47/2013-T por Juiz-Árbitro singular - favoráveis à posição da Autoridade Tributária e Aduaneira [AT];

3 – A análise casuística de cada caso submetido a pronúncia arbitral utiliza, quase exclusivamente, a metodologia analítica dos cinco elementos de construção doutrinal, através dos quais se pode ajuizar a verificação dos vários pressupostos legais de que depende a aplicação da cláusula geral antiabuso [CGAA];

4 – Nas cinco decisões dos processos n.ºs 47/2013-T, 131/2014-T, 315/2014-T, 173/2015-T, e, 162/2017-T, em que foi adotado diverso método analítico, ou a sobredita metodologia dos cinco elementos foi seguida de forma mitigada, ou alguns desses elementos foram diversamente representados, foi possível obter resultados conclusivos de sentido inverso aos alcançados nas restantes trinta e sete decisões, sobre estruturas jurídicas semelhantes;

5 – A análise casuística requerida pela apreciação jurídico-arbitral é suscetível de ser condicionada pela maior, ou menor, facilidade de perceção, e correspondente sensibilidade jurídica, inerente a cada Juiz-Árbitro, para os sempre complexos contornos das estruturas jurídicas submetidas a pronúncia arbitral.

Referências Bibliográficas

AMORIM, José Campos (Coordenador) – *Planeamento e evasão fiscal*. Porto: Vida Económica, 2010. ISBN 978-972-788-375-2.

AMORIM, Pedro Patrício – Anotação à primeira decisão de um tribunal superior sobre a aplicação da cláusula geral anti-abuso (Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 – Processo n.º 04255/10), *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2-IV (09/2011) 225-235.

ANTUNES, F. Vaz - A Evasão Fiscal e o Crime de Fraude Fiscal no Sistema Legal Português. In G. Teixeira, & E. Almedina (Ed.), *Estudos de Direito Fiscal - Teses seleccionadas do I Curso de pós-graduação em direito fiscal - Faculdade de Direito da Universidade do Porto - CIJE - Centro de Investigação Jurídico-Económica* 2006. (pp. 60-186).

ASSEMBLEIA da República - Diário de 30 de Abril de 2010, II Série - Número 74, p. 28. [Consulta em 10/02/2017]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/darpages/dar doc.aspx?doc>.

ASSEMBLEIA da República - Diário de 8 de Maio de 2010, I Série — Número 55, p. 14 e 17. [Consulta em 10/02/2017]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5447566e4c305242556b6b76524546535355467963585670646d38764d634b714a5449775532567a63384f6a627955794d45786c5a326c7a6247463061585a684c3052425569314a4c5441314e5335775a47593d&nome=DAR-I-055.pdf>.

CALDAS, Marta – *O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?* Cadernos IDEFF n.º 18. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6047-7.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno - Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66:II (Setembro 2006) 791-832.

CAMPOS, Diogo Leite - Evasão, fraude e prevenção fiscal. *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*. Vislis, 1999. ISBN: 9789725200728.

CARLOS, Américo Brás - *Impostos:Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724067858.

CARVALHO, João Filipe Pacheco - O Regime Procedimental de Aplicação das Normas Anti-Abuso. *Fiscalidade*. 23 (2006). ISSN 0874-7326.

CARVALHO, Jorge Morais – *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6470-3.

CATARINO, João Ricardo - Liberdade de gestão e Planeamento Fiscal Internacional. In *Lições de Fiscalidade - Vol. II*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 9789724060897.

CAVALI, Marcelo Costenaro - *Cláusulas gerais antielusivas: reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2929-8.

COMISSÃO para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal - Relatório de 30/04/1996. [Consulta em 30/10/2017]. Disponível em: http://purl.sgmf.pt/COL-MF-0028/1/COL-MF-0028_master/COL-MF-0028_pdf/ReformaFiscal.pdf.

CORDEIRO, António Menezes, - Notas breves sobre a fraude à lei. In *XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Estudos, MF, DGCI, 1993.

COURINHA, Gustavo Lopes – A Cláusula Geral Anti-Abuso no CAAD: A insustentabilidade de uma jurisprudência contraditória. Comentário às decisões do processos 47/2013, 51/2014 e 131/2014. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 3-VII (2015) 179-196.

- *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, Contributos para a sua Compreensão*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 978-972-40-2185-0.

DIRETIVA 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016. [Consulta em 14/06/2017]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L1164>.

DOURADO, Ana Paula – Assessing BEPS origins standards and responses. Portugal National Report. IFA 2017 Rio de Janeiro Congress. *Cahiers IFA* 102 (2018) 647-664.

- *Governança Fiscal Global*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 9789724076003.

- *Direito Fiscal – Lições*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 9789724073149.

ESTADO Português e *Troika* - Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica de 17/05/2011. [Consulta em 10/06/2017]. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf.

FÉRIA, Rita de La - Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 1:2 (2008) 197-228.

FERNANDES, Luís A. Carvalho - Alcance do regime do art. 32.º-A do Código de Processo Tributário e a simulação fiscal. *Direito e Justiça*, XIII:T. 2 (1999) 143-162.

FERREIRA, Mónica Velosa – A Cláusula Geral Anti-Abuso na Jurisprudência do CAAD. *Arbitragem Tributária*, 5 (2016).

GABINETE do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais - Relatório de Atividades Desenvolvidas. *Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2017*. Junho de 2018, p. 176. [Consulta em 08/12/2017]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>.

GAMA, João Taborda - Ato Elisivo, Ato Lesivo – Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português. *Revista Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. XL:1-2 (1999) 289-316.

GARCIA, Nuno Oliveira – FERNANDES, José Almeida – Cláusula Geral Anti-Abuso – Opus 1 (Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 – Processo n.º 04255/10). *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 2-IV (09/2011) 237-246.

GOMES, Nuno Sá - *Evasão Fiscal, Infração Fiscal, e Processo Penal Fiscal*. Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1997.

- *Estudos sobre a segurança jurídica na tributação e as garantias dos contribuintes*. Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1993.

LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – O Controlo e Combate às Práticas Tributária Nocivas. *Ciência e Técnica Fiscal* 409-410 (2003) 117-134.

MACHADO, Jónatas – COSTA, Paulo Nogueira da - *Curso de Direito Tributário*. 2.ª ed. Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2093-3.

MARTINS, Alexandra Coelho - A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede de IVA. *Cadernos IDEFF* 7 (2007). Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-403-0234.

MINISTÉRIO das Finanças - Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2012-2014. Lisboa, 31/10/2011. [Consulta em 13/06/2017]. Disponível em: http://www.apit.pt/public/scaffold_documentos/PEdCaFeEFeA_2012-2014.pdf.

MORAIS, Rui Duarte. *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes. O artº 60º do CIRC No Quadro das Legislações CFC*. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito – Porto, 2003. ISBN 9789728069605.

NABAIS, José Casalta - Liberdade de gestão fiscal das empresas. *Fiscalidade*, 2010 5-112. - *Direito Fiscal*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724065052.

- *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724025025.

NOGUEIRA, João Félix - Abuso de Direito em Fiscalidade Directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. A:6 (2009) 233-299.

NUNES, Gonçalo Avelãs – A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em Sede de Direito Fiscal. *Fiscalidade* 3 (2000) 39-60.

OCDE - *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, 2013. [Consulta em 20/01/2017]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

OLIVEIRA, António Fernandes de – *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*. Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1762-9.

PALMA, Clotilde Celorico - A Nova Directiva e o Regulamento de Combate à Fraude nas Transacções Intracomunitárias. *Revista TOC* 107 (02-2009) 30-39.

- Planeamento Fiscal Internacional, *Lições de Fiscalidade - Vol. II*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 9789724060897.

PINTO, José Alberto Pinheiro - O abuso das normas antiabuso. *Fiscalidade* (2009) 43-46.

PRESIDÊNCIA do Conselho de Ministros - Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 16/XI. [Consulta em 10/09/2017]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c6548527663793977634777784e6931595353356b62324d3d&fich=ppl16-XI.doc&Inline=true>.

PROVEDOR de Justiça - Relatório à Assembleia da República 1999. Lisboa, 2000, pp. 722-724. [Consulta em 21/03/2016]. Disponível em: <http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio1999.pdf>.

RAMOS, Vasco Moura - Da cláusula geral anti-abuso em direito fiscal e da sua introdução no ordenamento jurídico português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. LXXVII (2001) 689-720.

SALDANHA SANCHES, José Luís – As duas constituições - nos dez anos da cláusula geral anti-abuso. *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 39-70. ISBN 978-972-32-1720-9.

- *Os limites do planeamento fiscal: Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1433-4.

- Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional. *Fisco* (2003).

- *Manual de Direito Fiscal*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1119-X.

- Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites. *Ciência e Técnica Fiscal* 348 (2000) 9-46.

SALDANHA SANCHES, José Luís - GAMA, João Taborda - Pressuposto Administrativo e Pressuposto Metodológico do Princípio da Solidariedade Social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. In M. A. Greco, & M. S. Godoi, *O Princípio da Solidariedade Social* 2005. São Paulo: Dialética.

SANTOS, António Carlos dos – Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto. *Fiscalidade* 38 (2009) 61-100.

SECRETÁRIO de Estado dos Assuntos Fiscais - Relatório de Atividades Desenvolvidas. *Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2013*. Junho 2014, p. 108. [Consulta em 08/12/2017]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>.

SILVA, Fernando Castro – NEVES, Tiago Cassiano – Planeamento fiscal abusivo: o caso português no contexto internacional. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 3-I (2008) 115-150.

TEIXEIRA, Manuela Duro - Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal - Algumas Notas. In Vários, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (pp. 237-265). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 237-277. ISBN 978-972-32-1720-9.

VASQUES, Sérgio - *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 9789724046433.

Jurisprudência citada do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdãos *Emsland-Starke* de 14/12/2000, processo n.º C-110/99; *Halifax* de 21/02/2006, processo n.º C-255/02; e, *Cadbury Schweeps & Cadbury Schweeps Overseas* de 12/09/2006, processo n.º C-196/04.

Jurisprudência judicial

Supremo Tribunal Administrativo, acórdãos de 26/02/2014 - processo n.º 01088/13; 09/07/2014 - 0166/14; 05/11/2014 - 01823/13; 25/11/2015 - 0576/13; e, 27/01/2016 - 01720/13.

Tribunal Central Administrativo Sul, acórdãos de 15/02/2011 - proc. 04255/10; 14/02/2012 - 05104/11; 20/11/2012 - 03877/10.

Tribunal Central Administrativo Norte, acórdãos de 11/04/2014 - proc. 00498/11.1BEVIS; e de 28/09/2017 - 01188/11.0BEPRT.

Jurisprudência arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa consultada

Data da decisão e número do processo por ordem cronológica crescente: 09/05/2013 - 123/2012-T; 06/06/2013 - 124/2012-T; 12/07/2013 - 138/2012-T; 18/10/2013 - 46/2013-T; 28/10/2013 - 34/2013-T; 04/11/2013 - 70/2013-T; 14/11/2013 - 124/2013-T; 26/11/2013 - 43/2013-T; 19/12/2013 - 139/2013-T; 20/12/2013 - 47/2013-T; 28/03/2014 - 234/2013-T; 02/04/2014 - 224/2013-T; 20/05/2014 - 267/2013-T; 14/06/2014 - 258/2013-T; 21/07/2014 - 143/2014-T; 22/07/2014 - 208/2014-T; 31/07/2014 - 196/2013-T; 01/09/2014 - 62/2014-T; 18/09/2014 - 305/2013-T; 19/09/2014 - 234/2014-T; 30/09/2014 - 142/2014-T; 07/10/2014 - 264/2014-T; 17/10/2014 - 106/2014-T; 27/10/2014 - 288/2014-T; 13/11/2014 - 131/2014-T; 14/11/2014 - 299/2014-T; 24/11/2014 - 379/2014-T; 26/11/2014 - 320/2014-T; 27/11/2014 - 51/2014-T; 03/12/2014 - 180/2014-T; 05/12/2014 - 284/2014-T; 19/12/2014 - 200/2014-T; 31/12/2014 - 420/2014-T; 03/01/2015 - 240/2014-T; 07/01/2015 - 61/2014-T; 30/01/2015 - 381/2014-T; 06/02/2015 - 285/2013-T; 02/03/2015 - 395/2014-T; 11/04/2015 - 315/2014-T; 04/05/2015 - 283/2014-T; 22/05/2015 - 377/2014-T; 26/06/2015 - 666/2014-T; 28/10/2015 - 32/2015-T; 04/11/2015 - 173/2015-T; 07/01/2016 - 335/2015-T; 30/06/2016 - 476/2015-T; 15/07/2016 - 49/2016-T; 25/08/2016 - 671/2015-T; 14/12/2016 - 363/2016-T; 10/07/2017 - 219/2016-T; e, 14/11/2017 - 162/2017-T.