

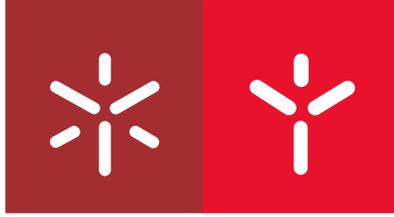


**A efetividade do *Principal Purpose Test* e a sua
articulação com as Cláusulas Gerais Antiabuso
no plano Europeu e Nacional**

Sara Pereira Aguiar

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho
Escola de Direito

Sara Pereira Aguiar

A efetividade do *Principal Purpose Test* e a sua articulação com as Cláusulas Gerais Antiabuso no plano Europeu e Nacional

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Tributário

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

maio de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Ao Exmo. Senhor Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, cuja disponibilidade e apoio fornecido enquanto orientador e professor de mestrado me permitiram despertar a curiosidade por temas relacionados com o abuso em direito fiscal, e concluir um dos grandes objetivos a título pessoal, que culmina na entrega do presente trabalho.

Aos meus pais, a quem devo todo o meu percurso académico e pessoal, por terem sido sempre compreensivos e por acreditarem no meu potencial, o vosso apoio foi fundamental para que mantivesse o foco nas metas a que me propunha alcançar.

Ao Ricardo, por ser um pilar na minha vida, por nunca questionar a minha capacidade para ir sempre um pouco mais além, e por me ter incentivado a continuar este desafio.

À Maria João, por toda a paciência, partilha e palavras sábias, e por ter sido uma verdadeira companheira nesta jornada, desde o início.

À Vera, por ter sido uma verdadeira parceira, por todo incentivo desde o momento em que decidi avançar com a presente dissertação, pelo seu espírito norteador e palavras sábias.

A todos, a minha Gratidão.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A efetividade do *Principal Purpose Test* e a sua articulação com as Cláusulas Gerais Antiabuso no plano Europeu e Nacional

RESUMO

O planeamento fiscal abusivo resulta essencialmente do fenómeno da globalização, com o qual os contribuintes procuram da adoção de esquemas cada vez mais inovadores, minimizar o montante de imposto a pagar. No entanto, conscientes da perda de receita tributária que tais comportamentos acarretam, os Estados adotam um conjunto de medidas que visam combater os comportamentos ilegítimos dos contribuintes face à necessidade do pagamento de impostos. Entre as opções existentes, uma das possibilidades passa pela adoção de normas gerais antiabuso.

A presente dissertação tem como temática as normas gerais antiabuso desenvolvidas no plano internacional, europeu e nacional, e cuja exposição assentará na análise dos trabalhos que têm sido desenvolvidos, e cuja tónica assenta na questão da prossecução dos fins a que tais instrumentos se propõem: o combate ao abuso em direito fiscal, e em que medida é que os diferentes planos se articulam nesta missão. Deste modo, iremos debater a norma geral antiabuso prevista no Plano de Ação desenvolvido pela OCDE, em conjunto com o G20, e procurar perceber se a mesma configura um instrumento capaz de combater o abuso no plano internacional. Paralelamente, iremos analisar a regra geral antiabuso desenvolvida pela União no âmbito da Diretiva Antielisão, e as alterações mais recentes à cláusula geral antiabuso, resultado da transposição da Diretiva mencionada. Iremos debruçar-nos sobre que tipo de abuso é que cada uma das normas procura combater, e se existe algum ponto de articulação entre os vários planos.

Para tal, iremos dividir os nossos trabalhos em três capítulos. No capítulo inicial iremos realizar um enquadramento geral do conceito de abuso, e a forma como o mesmo é percecionado nos diferentes âmbitos – internacional, europeu e nacional. Num segundo capítulo, passaremos para o campo das normas gerais antiabuso, decompondo os seus elementos constitutivos e percebendo quais as suas falhas e os seus aspetos favoráveis ao combate ao abuso. Por fim, cuidaremos da efetividade da norma do *Principal Purpose Test* desenvolvida pela OCDE e o G20, e qual o impacto da mesma na articulação e aplicação de normas gerais antiabuso no plano europeu e nacional.

Palavras-chave: Abuso; BEPS; Elisão Fiscal; Planeamento fiscal; Norma geral antiabuso.

The effectiveness of the Principal Purpose Test and its articulation with the General Anti-Abuse Rules at the European and National levels

ABSTRACT

Abusive tax planning results essentially from the phenomenon of globalization, with which taxpayers seek, through the adoption of increasingly innovative schemes, to minimize the amount of tax payable. However, aware of the loss of tax revenue that such behaviors entail, states adopt a set of measures aimed at combating the illegitimate behavior of taxpayers in the face of the need to pay taxes. Among the existing options, one of the possibilities is the adoption of general anti-abuse rules.

This study has as its subject the general anti-abuse rules developed at the international, european and national levels, which will be based on the analysis of the work that has been carried out, and whose emphasis is on the question of the pursuit of the purposes for which such instruments are proposed: the fight against abuse in tax law, and to what extent the different plans are articulated in this mission. In this way, we will discuss the general anti-abuse standard foreseen in the Action Plan developed by the OECD, together with the G20, and try to understand if it configures an instrument capable of fighting abuse at the international level. In parallel, we will analyze the general anti-abuse rule developed by the Union in the framework of the Anti-abuse Directive, and the most recent changes to the general anti-abuse clause, resulting from the transposition of the mentioned Directive. We will focus on what kind of abuse each of the rules seeks to combat, and whether there is any point of articulation between the various plans.

To this end, we will divide our work into three chapters. In the initial chapter we will carry out a general framework of the concept of abuse, and the way it is perceived in the different spheres – international, european and national. In a second chapter, we will move to the field of general anti-abuse norms, decomposing their constitutive elements and perceiving their flaws and their favorable aspects for combating abuse. Finally, we will take care of the effectiveness of the Principal Purpose Test standard developed by the OECD and the G20, and its impact on the articulation and application of general anti-abuse standards at European and national levels.

Keywords: Abuse; BEPS; General Anti Abuse Rule; Tax Avoidance; Tax Planning.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – O ABUSO EM DIREITO FISCAL E A IMPORTÂNCIA DO SEU COMBATE	5
1. Enquadramento do abuso nos comportamentos de reação dos contribuintes ao pagamento de impostos – mera distinção de conceitos	5
2. O abuso em geral.....	9
3. Abuso no direito fiscal	10
3.1. O abuso no âmbito internacional	11
3.1.1. O Princípio Geral Antiabuso.....	16
3.1.2. O <i>Treaty Shopping</i> enquanto modalidade expressiva de abuso em direito fiscal internacional	16
3.1.3. O projeto BEPS e a preocupação com o combate ao <i>treaty shopping</i> – em especial, a ação 6 relativa à utilização indevida de tratados fiscais.....	18
3.1.3.1. Utilização indevida de tratados fiscais: a ação 6.....	21
3.2. Abuso fiscal no âmbito europeu.....	24
3.2.1. O abuso fiscal ao nível da jurisprudência do TJUE	25
3.2.2. O abuso fiscal ao nível das Diretivas	32
3.2.3. Nota conclusiva	33
3.3. Perspetiva nacional	34
3.4. Porque é importante combater o abuso em direito fiscal?	36
CAPÍTULO II – A RELEVÂNCIA DE NORMAS GERAIS ANTIABUSO NO COMBATE AO PLANEAMENTO FISCAL ABUSIVO	38
1. Plano internacional: o <i>Principal Purpose Test</i> enquanto medida geral de combate ao abuso de tratados	40
1.1. Decomposição da regra do PPT.....	42

1.1.1. Elemento resultado	42
1.1.2. Elemento meio.....	44
1.1.3 Elemento subjetivo.....	46
1.1.4. Elemento normativo	49
1.1.5. Elemento sancionatório.....	52
1.2. Considerações críticas	53
1.3. Nota conclusiva.....	58
2. Plano europeu: a regra geral antiabuso da Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.....	59
2.1. O Pacote Antielisão Fiscal da União: em especial, a adoção de uma norma geral antiabuso	61
2.1.1. A Diretiva Antielisão	62
2.1.1.1. A regra geral antiabuso: análise prévia e desconstrução dos seus elementos constitutivos	65
2.1.1.1.1. Elemento resultado	67
2.1.1.1.2. Elemento meio.....	68
2.1.1.1.3. Elemento subjetivo.....	70
2.1.1.1.4. Elemento normativo	71
2.1.1.1.5. Elemento sancionatório.....	72
2.1.1.2. Reflexões críticas	73
2.2. Ponto de ordem	76
3. Plano nacional: a cláusula geral antiabuso prevista nos n.ºs 2 a 6 do artigo 38.º da LGT.....	77
3.1. Enquadramento e quadro evolutivo.....	77
3.2. Elementos constitutivos da CGAA nacional.....	82
3.2.1. Elemento meio.....	82
3.2.2. Elemento resultado	84
3.2.3. Elemento intelectual.....	84
3.2.4. Elemento normativo-sistemático	87

3.2.5. Elemento sancionatório	89
3.3. Considerações críticas	93
3.4. Nota conclusiva.....	106
CAPÍTULO III – A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DA NORMA DO PPT E O IMPACTO DA MESMA DA ARTICULAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS GERAIS ANTIABUSO NO PLANO EUROPEU E NACIONAL: REFLEXÕES CRÍTICAS E PRPOSTA DE ALTERAÇÃO	
1. As principais dificuldades presentes na norma do PPT	109
2. Balanço comparativo da norma desenvolvida pela OCDE e do contributo da UE no âmbito do abuso em matéria fiscal	116
3. Repercussão dos trabalhos da OCDE e UE no processo de produção legislativa interna dos Estados: concretamente, na cláusula geral antiabuso nacional	120
4. A introdução da norma do PPT no Instrumento Multilateral: um caminho para a efetividade da mesma?	125
4.1. A Convenção Multilateral – em especial, a norma do PPT introduzida como medida vinculativa de combate à erosão da base tributária e transferência de lucros.....	125
4.2. Uma proposta de alteração da norma do PPT.....	128
CONCLUSÃO	130
BIBLIOGRAFIA	135

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

AT – Autoridade Tributária

ATAD – *Anti Tax Avoidance Directive*

ATAP – *Anti Tax Avoidance Package*

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CFC – *Controlled Foreign Companies*

Cfr. – Confrontar

CGAA – Cláusula geral antiabuso

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CMOCDE – Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CPT – Código de Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

i.e. – *id est*

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

LGT – Lei Geral Tributária

LOB – *Limitation on Benefits*

MLI – *Multilateral Instrument*

n.º – número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

pp. – páginas

PPT – *Principal Purpose Test*

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Quando deparados com a necessidade de pagar impostos, muitos contribuintes se questionam sobre a importância do pagamento dos mesmos. A tributação é um instrumento fulcral para qualquer Estado que procure assegurar o Interesse público, incluindo-se, para o efeito, a cobrança de impostos. Se por um lado o contribuinte se preocupa com a carga tributária que irá suportar, por outro o Estado esforça-se por aprovisionar os seus cofres e, assim, responder às necessidades coletivas.

Como explica EDUARDO PAZ FERREIRA, “os impostos são, como sabemos, um dever de cidadania e, também – perspetiva menos vezes sublinhada –, um direito de cidadania. Ao pagarmos impostos estamos a decidir em que modelo de sociedade queremos viver e que meios estamos dispostos a proporcionar ao Estado”¹.

Com o fenómeno da globalização económica, social e cultural, aos contribuintes é permitido gerir a sua vida privada e profissional a partir de e em qualquer ponto do globo. Isto consente a que os particulares possam residir num determinado país e laborar em outro diferente, bem como que as empresas possam estender os seus negócios além-fronteiras. Em consequência destas possibilidades, ao nível fiscal os fenómenos de planeamento foram-se agudizando.

Na sua essência, elaborar um planeamento significa projetar, ter algo como intenção, ou até mesmo definir antecipadamente um conjunto de ações ou intenções. Concretamente no que respeita ao direito fiscal, o planeamento traduz-se na adoção de medidas que minimizem o impacto da carga fiscal suportada pelos contribuintes, potencializando as suas poupanças. Apercebendo-se da existência de tal possibilidade, os contribuintes começaram a desenvolver cada vez mais esquemas com o intuito de otimizar a sua situação fiscal.

Se o planeamento fiscal propriamente dito foi pensado e desenhado enquanto conjunto de comportamentos onde se atua no plano da licitude, cedo surgiram problemas de equilíbrio entre a necessidade de arrecadação de receita tributária e o interesse dos contribuintes a, cada vez mais, procurarem a otimização da sua situação fiscal. Isto levou a que, em determinados contextos, fossem sendo desenvolvidos esquemas que violam a lei – sendo, portanto ilícitos –, ou esquemas que, embora não violem diretamente a lei, contrariam o seu espírito pois procuram que determinada legislação se aplique a situações não previstas pela mesma. Ao primeiro grupo de comportamentos dá-se o nome de

¹ EDUARDO PAZ FERREIRA, *Inspecção Tributária e Justiça Social*, pág. 68, in BARROSO, Nuno, FALCÃO, Pedro Marinho, *Desafios Tributários*, Porto, Vida Económica, 2015.

fraude fiscal, punível por lei. O segundo grupo de comportamentos designa-se de elisão fiscal, o qual se situa numa zona cinzenta entre o lícito e ilícito e que criam oportunidades para que, muitas vezes, os rendimentos não sejam tributados no local onde o valor é gerado, exploram as lacunas existentes na lei ou as assimetrias entre os sistemas fiscais dos diferentes Estados, resultando por vezes em situações de dupla não tributação, ou dupla dedução.

Os Estados incorrem em custos para arrecadar receitas tributárias, e perante a realidade dos nossos dias, o investimento tende a ser cada vez mais elevado, pelo facto de os contribuintes esgotarem recursos com o intuito de evitar ou minimizar o pagamento de tributos, nomeadamente impostos. Assim, realizam operações onde exploram as inconsistências e lacunas da lei em benefício próprio, baseando-se na premissa de “quanto mais elevadas forem as taxas de imposto, maior é o incentivo para se envolver em estratégias de planeamento fiscal, que é uma conduta legal, mas também de evasão e fraude fiscal”². Ora, os custos suportados pelos Estados são improdutivo de um ponto de vista económico, pelo que os Estados deveriam considerar as tentativas de “fuga ao fisco” aquando do desenho da política tributária a implementar³.

Assim, os comportamentos elisivos, nos quais se insere o planeamento fiscal abusivo, serão aqueles cuja reprovação penal ou contraordenacional não existe, dado que não nos encontramos no campo da ilicitude, mas que o legislador e o sistema fiscal procura reprová-los por constituírem uma fraude à lei fiscal. Nesse sentido, uma das medidas prosseguidas passa pela adoção de normas gerais antiabuso, cujo objetivo primordial passa pela procura da igualdade tributária e justiça na distribuição dos encargos tributários, garantindo que aos contribuintes é garantida a tutela de proteção dos seus interesses legítimos de poupança fiscal, e que aos Estados é assegurada a proteção do Interesse público, não afetado pela erosão das bases tributárias.

O planeamento fiscal abusivo configura uma preocupação latente e que continua, ainda nos dias de hoje, e cuja preocupação pelo combate continua na linha da frente pelos Estados e instâncias internacionais tais como a OCDE, o G20 e a União Europeia. MARTIN COLLET classifica estes comportamentos como abuso de direito por fraude à lei, e que tem por base uma determinada montagem jurídica artificial, e que essa mesma artificialidade se traduz no objetivo do próprio comportamento que se consubstancia no contorno da aplicação normal da norma fiscal e, portanto,

² CARLOS CONTRERAS GÓMEZ, *Planificación Fiscal. Principios, metodología y aplicaciones*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pág. 15. Vide notas de rodapé n.º 1 e 2. Tradução nossa.

³ CARLOS CONTRERAS GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 23.

apenas é praticado com motivações fiscais, sendo que a letra da lei é respeitada, mas o seu espírito é violado⁴.

O Plano de Ação *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), surgiu no contexto internacional com o intuito de procurar melhorar o quadro legal em matéria tributária, por forma a que os rendimentos fossem tributados no lugar onde as atividades económicas são realizadas, e onde o valor é efetivamente é criado. Assim, desenvolveu-se um conjunto de ações que exploram as lacunas normativas dos tratados bilaterais, das legislações nacionais, e apresentou medidas que visam aperfeiçoar essas mesmas normas, para que o combate à erosão das bases tributárias e transferência e lucros fosse combatido. Para esse efeito, desenhou especificamente a ação 6, na qual o enfoque é o abuso de tratados fiscais, e que acolhe uma norma geral antiabuso que visa combater a utilização indevida de tais instrumentos fiscais, quando os contribuintes procurem beneficiar indevidamente com a celebração dos mesmos.

No plano europeu, consciencializados da preocupação com o fenómeno BEPS, a União desenvolveu um conjunto de medidas que procuram não só combater os comportamentos abusivos, como reforçar a transparência fiscal e o pleno funcionamento do mercado interno, no seio da União e em relação a Estados terceiros. Para tal, uma das medidas resultou na criação de uma Diretiva Antielisão, na qual se prevê a consagração de uma regra geral antiabuso, a ser adotada pelos ordenamentos nacionais dos Estados-Membros, na expectativa destes adotarem, pelo menos, uma norma de padrão mínimo que vise o combate à elisão fiscal.

No plano nacional, a preocupação com o combate a esquemas abusivos remonta à década de 90, em consequência da harmonização fiscal comunitária. Recentemente, e em virtude da transposição da Diretiva Antielisão, a norma geral nacional sofreu algumas alterações, pese embora a missão de combate à elisão fiscal permaneça na ordem do dia.

A presente dissertação aborda a temática das normas gerais antiabuso que serão, antes do mais, normas de aplicabilidade geral a situações que comportem uma fraude à lei. O nosso trabalho irá focar-se nas normas antiabuso desenvolvidas no plano internacional pelo projeto BEPS, no plano europeu no âmbito da Diretiva Antielisão, e no plano nacional, através da cláusula prevista na Lei Geral Tributária, procurando perceber se o instrumento de cariz internacional é efetivo na missão a que se propõe, e em que medida é que o mesmo influencia os trabalhos desenvolvidos pela União e em contexto nacional. Procuraremos compreender se o caminho adotado tem sido o melhor na questão do

⁴ MARTIN COLLET, *Droit fiscal*, 1re edition, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, pág. 216.

combate ao abuso em direito fiscal, debatendo-se ainda a importância de um esforço coordenado nos diferentes planos no combate ao planeamento fiscal abusivo, no sentido de reforçar a confiança dos contribuintes no sistema fiscal e na importância do cumprimento das suas obrigações fiscais.

Para tal, a nossa exposição iniciar-se-á com uma breve exposição sobre o que consiste o abuso em direito fiscal, e como é que o mesmo é definido e encarado nos diferentes planos – internacional, europeu e nacional. Posteriormente, o nosso foco consistirá nas medidas gerais antiabuso adotadas, procurando refletir criticamente sobre os seus aspetos constitutivos e eficácia no combate ao abuso em direito fiscal.

CAPÍTULO I – O ABUSO EM DIREITO FISCAL E A IMPORTÂNCIA DO SEU COMBATE

1. Enquadramento do abuso nos comportamentos de reação dos contribuintes ao pagamento de impostos – mera distinção de conceitos

Antes de procedermos a uma densificação do conceito de abuso no plano internacional, europeu e nacional, procuraremos estabelecer, ainda que sucintamente, o enquadramento dos comportamentos abusivos.

Quando confrontado com a necessidade do pagamento de impostos, o contribuinte reage de uma de três formas: em conformidade com a lei – ao que se reconhece como ser planeamento fiscal *intra legem* ou propriamente dito; ou violando a própria lei – ao que se dá por planeamento fiscal *contra legem* ou fraude fiscal; ou reage de forma a que não contraria o texto da lei, mas procura contornar o seu espírito, através da aplicação de vantagens fiscais a determinado tipo de situações que não as previstas e queridas pelo legislador – o planeamento fiscal *extra legem* ou elisão fiscal.

O planeamento fiscal *intra legem* é definido como o “conjunto de actos voluntários dos sujeitos passivos tributários, que, num quadro de licitude, têm por objectivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento fiscal. (...) [A] noção desdobra-se em vários componentes, dos quais surge em primeiro lugar a voluntariedade” e que “em regra, tais actos são praticados numa óptica *ex ante*, isto é antes da verificação de uma determinada hipótese de incidência fiscal e tanto podem projectar os seus efeitos nos estritos limites de um Ordenamento jurídico-tributário, como podem irradiar os seus efeitos em direção a outro(s) Ordenamento(s) – por exemplo, escolhendo-se para localização de determinada transação um país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável –, caso em que poderá ser admissível a designação de *planeamento fiscal internacional*. (...) Em segundo lugar, surge a licitude como componente essencial da noção de planeamento fiscal. Com efeito, apenas poderá ser considerado “planeamento” propriamente dito o comportamento activo ou omissivo que seja lícito. (...) Finalmente, em terceiro lugar, o resultado. Neste tópico, cumpre salientar que o acto ou a actividade planificadora visa sempre um objectivo de poupança fiscal”, objetivo esse que o fim em vista “é sempre um fim intralegal e reconhecido pelo Ordenamento como válido e juridicamente possível, pelo que não se poderá considerar legítima qualquer tentativa do credor tributário de impedir que o mesmo seja atingido, bloqueando o respectivo acesso ou sancionando o

acto material subjacente”⁵. De facto, o que sucede é que estaremos perante uma “ordenação dos actos do contribuinte em conformidade com a lei tributária, tendente ao não pagamento, ao menor pagamento ou ao pagamento mais distante; pressupõe sempre o respeito da lei e, por isso, não só não há ilegalidade como também não se verifica imoralidade”⁶.

De facto, as práticas do contribuinte encontram-se no campo da licitude dado que “renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de meros encargos fiscais”⁷.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante, OCDE) define planeamento fiscal legítimo como um “esquema de organização de negócios privados pessoais ou empresariais, posto em operação de modo a minimizar as suas responsabilidades fiscais”⁸, definição esta que se figura como relativamente ampla e que dificulta a concreta delimitação das condutas que pretendemos mitigar, pois não determina qualquer critério de apreciação de licitude dos atos praticados, contudo permite numa análise primária compreender em que consiste o planeamento fiscal

O planeamento fiscal *contra legem* resulta do “conjunto de actos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, praticados num quadro de ilicitude, têm por objectivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento tributário. Aqui, como se constata, o grau de desconformidade da conduta com o Ordenamento jurídico-tributário é elevado e verifica-se claramente uma intenção fraudulenta por parte do sujeito que assim opera ou actua”⁹.

Exige-se, portanto, que sejam praticados atos violadores do dever de cooperação com a Administração tributária, ao qual será atribuída uma sanção penal ou contraordenacional, dado que se verifica uma violação direta da lei fiscal¹⁰.

A OCDE define a fraude fiscal como “acordos ilegais através dos quais a responsabilidade fiscal é omitida ou ignorada, i.e., o contribuinte paga menos impostos do que é legalmente obrigado a pagar, ocultando rendimentos ou informações das autoridades fiscais”¹¹.

⁵ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito livre planificação fiscal*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Edições Almedina, 2012, pág. 1213 e seguintes.

⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*. Disponível em www.afp.pt.

⁷ J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág. 21.

⁸ Tradução nossa do original “Arrangement of a person’s business and/or private affairs in order to minimize tax liability”, de acordo com o Glossário de Termos Fiscais da OCDE. Disponível em <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

⁹ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do direito livre à planificação fiscal*, op. cit.

¹⁰ J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 21-22.

O planeamento fiscal *extra legem* é definido como “conjunto de actos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, embora praticados num quadro genérico de licitude, são qualificados pelas normas tributárias como anómalos ou abusivos, tendo em vista o fim que pretendem atingir. Pode falar-se, por isso, numa ilicitude relativa ou moderada, (...) o grau de desconformidade com o Ordenamento fiscal aqui é moderado, estando-se em presença de actos que à partida seriam válidos ou lícitos, mas que a norma jurídica fiscal qualifica como abusivos ou não conformes, considerando-os conduta *extralegem*. (...) O objectivo é claro: o afastamento, a desoneração ou o diferimento tributário, procurando-se aproveitar uma forma jurídica existente para outro fim, no sentido de conseguir poupança fiscal”¹².

De acordo com a OCDE, a elisão fiscal é um termo utilizado para “descrever a disposição dos esquemas do contribuinte que se destinam a reduzir as suas obrigações fiscais e que, embora o esquema aparente ser legal, está geralmente em contradição com a intenção da lei que se propõe cumprir”¹³.

GUSTAVO LOPES COURINHA considera que a elisão fiscal se deve a uma “atuação 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”^{14 15}.

Em suma, o planeamento fiscal legítimo não merece qualquer reacção por parte do Ordenamento jurídico, ao passo que a fraude e a elisão fiscal merecem tutela – a primeira no âmbito penal e contraordenacional, e a segunda através da reprovação vertida em medidas que procurem combater tais comportamentos, embora não exista uma violação direta da lei. Não estamos, portanto, no campo *contra legem* pois a fraude incide sobre o espírito da lei, contudo não estamos também no campo da licitude plena.

¹² Tradução nossa do original, tal como segue: “(...) illegal arrangements where liability to tax is hidden or ignored, i.e., the taxpayer pays less tax than he is legally obligated to pay by hiding income or information from the tax authorities”. Cfr. Glossário da OCDE, disponível em <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

¹³ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do direito livre à planificação fiscal*, op. cit.

¹⁴ Tradução nossa do original, tal como segue: “(...) arrangement of a taxpayer’s affairs that is intended to reduce his tax liability and that although the arrangement could be strictly legal it is usually in contradiction with the intent of the law it purports to follow”. Cfr. Glossário da OCDE, disponível em <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

¹⁵ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, pág. 15.

¹⁵ Procurando não entrar em preciosismos terminológicos, optámos pela referência a “elisão fiscal” ao invés de “planeamento fiscal ilegítimo” ou “evasão fiscal”, não só por considerarmos que o que releva é a consideração do comportamento em si enquanto fraude à lei e não a terminologia adotada, como por ser o termo utilizado pela Diretiva Antielisão (que mais adiante cuidaremos) e que, de acordo com a UE, são práticas classificadas como “a utilização de instrumentos legais para pagar a menor quantidade de impostos possível, como por exemplo a transferência de lucros para um país de baixa tributação ou a dedução de pagamentos de juros para empréstimos com taxas de juros inflacionadas artificialmente”. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/economy/20150529STO61068/evasao-fiscal-vs-elisao-fiscal-explore-o-nosso-glossario-sobre-fiscalidade>.

Atualmente, persiste a linha ténue e que dificulta a concreta distinção entre comportamentos legítimos e comportamentos elisivos, independentemente dos trabalhos ao nível da doutrina e jurisprudência na procura da distinção de práticas ditas normais e práticas elisivas. A título de exemplo, a simples deslocalização da sede de uma determinada sociedade para outro território em alguns casos poderá constituir planeamento fiscal propriamente dito, como em outras situações poderá ser considerado como um comportamento elisivo, pelo que se revela de extrema importância a análise casuística.

A elisão fiscal distingue-se ainda entre comportamentos abusivos baseados em esquemas artificiosos, que procuram a obtenção de uma vantagem fiscal indevida, e cujos negócios se revelam sem substância económica, e para os quais operam as normas antiabuso, daqueles comportamentos em que o contribuinte recorre a esquemas reais com base no aproveitamento das disparidades entre sistemas fiscais e lacunas existentes nas normas fiscais, situações essas em que os Estados conscientemente não tomam qualquer posição de não exercer os seus direitos de tributação, mas das quais nasce uma minimização da carga fiscal suportada – ao que se denomina de planeamento fiscal agressivo¹⁶.

A tónica do planeamento fiscal abusivo assenta no contorno das normas fiscais por via de esquemas artificiosos, distinto do planeamento fiscal agressivo que abarca as situações em que os contribuintes exploram as brechas e lacunas legais e os desajustes dos diversos sistemas fiscais, cujo resultado alcançado nem sequer foi equacionado pela política fiscal. Quer a OCDE quer a UE, em resposta ao fenómeno de erosão das bases tributárias, admitem que se torna imperativo combater não só os esquemas artificiosos, como aqueles comportamentos que, embora não sejam queridos pelo legislador, não estão, ao mesmo tempo, abrangidos pelas normas tributárias para que os primeiros se possam arrogar do direito de tributar determinados factos jurídicos. Estando o Direito fiscal em constante mutação, os conceitos não se cristalizam, procuram adaptar-se à evolução dos tempos e dos factos praticados, daí que o conceito de planeamento fiscal *extra legem* não esteja propriamente densificado, nomeadamente o de cariz agressivo, dado que não existem medidas de combate à semelhança das normas antiabuso.

Exposta que esteja a diferença entre os modos de reação do contribuinte ao pagamento de impostos, e após um enquadramento do abuso no quadro da elisão fiscal, procuraremos daqui em diante responder às seguintes questões: em que consiste o abuso em direito fiscal? Como é que surgiu

¹⁶ PAOLO PIANTAVIGNA, *Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies*, in *World Tax Journal*, 2017, pág. 54.

a preocupação com as práticas abusivas e como é que o mesmo é encarado nos diferentes planos? E porque se torna imperativo o seu combate?

2. O abuso em geral

Genericamente, o abuso pode ser entendido em duas vertentes distintas: o abuso de direito subjetivo e o abuso de direito objetivo. O abuso de direito subjetivo, conhecido entre nós como abuso de direitos (*abuse of rights*) reporta ao exercício ilegítimo de um direito individual e que provoca um dano a outrem ou à coletividade, sem justificação aparente. Esta figura encontra-se presente em diversos códigos civis nos sistemas de *civil law*, como acontece a título de exemplo com o caso português, no artigo 334.º, no caso espanhol no artigo 7.º, e no caso alemão, nos artigos 242.º e 226.º. A segunda vertente do conceito de abuso, o *abuse of law*, resulta do contorno a disposições legais, sendo que um dos domínios onde encontra maior manifestação é a do direito internacional privado, e concretamente do âmbito do direito fiscal.

Neste sentido, o *abuse of law* identifica-se como a utilização indevida ou o contorno de uma norma, por forma a obter uma vantagem contrária à mesma¹⁷. Como resultado do fenómeno da globalização e crescimento dos mercados, estes comportamentos começaram a desenvolver-se de forma exponencial, nomeadamente em contexto internacional. Isto porque existe uma maior capacidade de atuar no plano internacional e, assim, escolher qual o ordenamento a aplicar à sua atuação. Neste contexto, deu-se a criação de estruturas internacionais que permitem retirar vantagens ilegítimas – não só através do *forum shopping* cujo intuito se prende com o benefício ilegítimo proveniente de uma regulação que, *a priori*, não seria aplicável, como também através do *treaty shopping*, que ocorre através da manipulação de elementos de conexão necessários para despoletar os benefícios previstos em tratados internacionais a sujeitos não residentes dos Estados Contratantes.

Em termos gerais, o abuso de direito fiscal (na vertente de *abuse of law* e não de *abuse of rights*) refere-se a comportamentos reprováveis com base em mecanismos desenvolvidos ou utilizados por um dado contribuinte por forma a beneficiar ilegítimamente de uma vantagem fiscal¹⁸.

¹⁷ AXEL METZGER, *Abuse of law in EU Private Law*, in RITA DE LA FERIA e STEFAN VOGENAUER, *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford, Hart Publishing, 2011, pág. 234.

¹⁸ FRANCISCO ALFREDO GARCIA PRATS, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, in *Essays in International and European Tax Law*, ed. G. Bizzioli Jovene, Itália, 2010, pág. 50.

3. Abuso no direito fiscal

No contexto de economia globalizada, também encontramos o surgimento do conceito de abuso no seio do direito fiscal.

Definir abuso em direito fiscal resulta de uma tarefa, em certa medida, complexa. Primeiro porque para haver abuso, terá de existir um desequilíbrio entre a procura da satisfação do Interesse público, e os interesses privados dos contribuintes na redução dos seus encargos fiscais. Consequentemente, torna-se relevante que o Interesse público seja identificado e cujo esforço individual de cada contribuinte para a prossecução do mesmo seja apreciado tendo em conta a situação específica individual, sob pena de se procurar cada vez mais uma certa “fuga ao fisco”. Em segundo lugar, pelo facto de as administrações tributárias procurarem combater este tipo de comportamentos, poderá haver uma sobreposição de normas e técnicas com o intuito de prevenir, combater ou anular as práticas abusivas, que se verifica não só numa justaposição de normas definidas por diferentes organismos, como por diferentes Estados¹⁹.

Não obstante, a consagração deste conceito revela-se de extrema importância para uma correta e justa aplicação dos preceitos e dispositivos jurídico-tributários. Isto porque, com a crescente competição empresarial numa escala global, qualquer vantagem fiscal tende a ser explorada até ao limite, o que implica muitas vezes que os contribuintes recorram a esquemas ilegítimos, e até mesmo ilícitos, na prossecução da maior e melhor vantagem fiscal.

O *abuse of tax law* encontra-se na esfera da elisão fiscal. Baseia-se em critérios que, em cada ordenamento, podem ser diversos, pelo que pode ser usado para detetar várias situações de elisão, sendo que nem sempre as deteta todas, e é por essa mesma razão que o surgimento do planeamento fiscal agressivo tem crescido exponencialmente. Note-se que a consideração de um comportamento como abusivo reside no facto de o mesmo ser detetável, através de critérios estabelecidos pelos diferentes Ordenamentos jurídicos através de normas, doutrina ou jurisprudência como algo reprovável e que deve ser combatido.

Não só o abuso em direito fiscal é importante definir, como é importante assegurar o seu combate. No seguimento da nossa exposição, procuraremos perceber como é que o abuso é percecionado a nível internacional, no seio da União Europeia e, igualmente, no âmbito nacional. Procuraremos compreender se nos diferentes planos a figura do abuso reside com as mesmas

¹⁹ FRANCISCO ALFREDO GARCIA PRATS, *The 'Abuse of Tax Law: Prospects and Analysis*, op. cit.

características, ou se sofre alterações consoante o contexto em que o mesmo se enquadra. Após uma abordagem ao conceito, iremos debater-nos sobre a consagração de normas gerais antiabuso, procurando perceber se as mesmas serão instrumentos eficazes para a finalidade a que se propõem.

3.1. O abuso no âmbito internacional

O Direito Fiscal Internacional é um ramo do direito que engloba um conjunto de regras de âmbito nacional e internacional, aplicáveis aos factos tributários interestaduais, com base na fonte dos rendimentos e na residência do sujeito passivo²⁰, e cuja finalidade assenta na limitação da aplicação das normas nacionais de incidência sobre os factos tributários internacionais, e na distribuição de competências de tributação entre os Estados exportadores e importadores de rendimentos provenientes de trabalho dependente, serviços, capital e afins²¹. No fundo, a dogmática do Direito Fiscal Internacional centra-se na análise dos diferentes regimes de repartição de competências entre os Estados, consoante o tipo de rendimentos e os princípios subjacentes a essa atribuição, i. e., os critérios da fonte e residência, o regime de preços de transferência, o conceito de estabelecimento estável, a não discriminação, e a transparência fiscal²².

O abuso no âmbito internacional fiscal impende sobre os tratados fiscais, instrumentos normativos cuja expansão tem sido exponencial consequência da globalização e crescimento dos negócios além-fronteiras. Os tratados fiscais são acordos internacionais que influenciam a situação jurídico-legal dos contribuintes que os assinam. Logo, quando referimos abuso no âmbito internacional, trata-se de um abuso relativo a normas de tratados, de cariz internacional.

O principal objetivo dos tratados fiscais é promover a troca de bens e serviços, e permitir o fluxo de capital através da eliminação da dupla tributação internacional – um dos principais obstáculos ao comércio internacional. Contudo, à medida que a rede de tratados se torna cada vez mais densa, a estabilidade fiscal internacional começa a ser colocada em causa, pois surgem cada vez mais oportunidades para a estruturação de esquemas que procuram reduzir, no todo ou em parte, os encargos fiscais internacionais suportados em determinadas operações.

²⁰ ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2009, pp. 3-5.

²¹ EKKEHART REIMER/ALEXANDER RUST, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.ª edição, Países Baixos, Kluwer Law International, 2015, pág. 13, Apud. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, 2018, pág. 17, nota de rodapé n.º 12.

²² ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, op. cit., pág. 19.

Sendo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) uma organização económica intergovernamental fundada para estimular o progresso económico e comercial a nível mundial, a mesma desenvolveu Modelos de Convenção Fiscal em 1963 e 1977, no sentido de estabelecer a repartição de competências tributárias entre os seus membros, sendo que desde 1991 o Modelo de Convenção Fiscal da OCDE tem sido atualizada, procurando acompanhar os avanços sentidos no panorama fiscal internacional.

Com o início da década de 80, os serviços e intangíveis passaram a ser o centro das atividades económicas, o que provocou uma mobilidade das multinacionais. Consequentemente, gerou-se um aumento da concorrência fiscal com o objetivo de atrair investimento e residentes, dinamizada pela livre circulação de capitais, pessoas e serviços²³. A liberalização das fronteiras existentes entre os diferentes países e a possibilidade de as empresas se poderem estabelecer onde pretendessem gerou um clima de concorrência fiscal prejudicial²⁴. Cada vez mais foi sendo possível que os contribuintes – essencialmente empresas multinacionais – se pudessem estabelecer em territórios de baixa tributação ou sujeitos a sigilo bancário, potencializando assim as suas poupanças e provocando assimetrias na coleta de receita fiscal pelos Estados.

A Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE) de 1963 não apresenta qualquer referência ao abuso de tratados, apenas se referindo ao âmbito pessoal de aplicação da Convenção. Em 1977, a CMOCDE foi reformulada no sentido de abordar a utilização indevida de tratados, ao referir os esquemas de *treaty shopping* nos comentários ao artigo 1.^o²⁵, sem, contudo, se debruçar sobre a natureza do problema e quais as soluções para o mesmo²⁶.

Em 1987, a OCDE publicou um Relatório focado nas *conduit companies*, no qual se aborda o *treaty shopping* enquanto mecanismo de utilização de empresas canalizadoras de rendimentos acumulados para uma pessoa situada noutro Estado, permitindo dessa forma beneficiar da Convenção de forma indevida através da tal empresa de fachada, e que tais práticas violam o princípio da reciprocidade, na medida em que permitem que os benefícios constantes em tratados celebrados por dois Estados se estendam a terceiros, culminando num desequilíbrio entre os sacrifícios incorridos pelas partes negociantes, o que gera, consequentemente, discrepâncias no fluxo internacional de

²³ ANA PAULA DOURADO, *op. cit.*, pág. 27.

²⁴ Tal como identificado pelo Relatório da OCDE de 1998. Cfr. OCDE, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, 1998. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

²⁵ Os quais identificam as manobras que permitem, através de construções legais artificiais, beneficiar das vantagens fiscais ao abrigo de certas normas domésticas, e fornecer, ao mesmo tempo, isenções fiscais previstas nas convenções. Cfr. OCDE, *Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977*, OECD Publishing, 1997, pág. 47. Disponível em <http://doi.org/10.1787/9789264055919-en>.

²⁶ STEF VAN WEEGHEL, *A Deconstruction of the Principal Purpose Test*, in *World Tax Journal*, Vol. 11, Issue 1, 2019, pág. 3.

rendimentos e desincentiva o Estado da residência do beneficiário dos rendimentos a negociar um tratado fiscal com o Estado da fonte, pois o primeiro poderá receber diretamente os benefícios do Estado da fonte sem para tal necessitar de fornecer benefícios recíprocos²⁷. Contudo, o Relatório apresenta alguns exemplos de possíveis disposições de tratados por forma a lidar com a sua utilização indevida – desde a adoção de normas gerais ou específicas por forma a atribuir corretamente os benefícios, não devendo estas normas serem aplicadas quando seja possível comprovar a existência de razões comerciais válidas²⁸. Na inexistência de cláusulas referentes ao abuso de tratados, defende o Relatório que os benefícios deverão, ainda assim, ser corretamente atribuídos ao abrigo do princípio *pacta sunt servanda*²⁹.

Em 1992, a OCDE reproduziu o disposto no Relatório de 1987. Elaborou, assim, alterações ao comentário ao artigo 1.º da CMOCDE, introduzindo exemplos de disposições de tratados como a cláusula de limitação de benefícios, definindo que uma possível solução para a problemática em questão passa por impedir a concessão de benefícios nos casos em que a empresa não seja detida, direta ou indiretamente, por residentes do Estado em que a mesma seja residente³⁰.

Em 2003, a OCDE alterou o comentário ao artigo 1.º da CMOCDE no sentido de clarificar que as convenções fiscais têm como propósito combater a fraude e elisão fiscais, estabelecendo um princípio orientador que determina que os benefícios de uma Convenção não deverão estar acessíveis nos casos em que um dos principais objetivos para desenvolver determinado esquema ou transação seja assegurar uma posição fiscal mais favorável, e que a obtenção dessa mesma vantagem seja contrária ao objeto e propósito das disposições relevantes da Convenção³¹.

Seguindo as orientações vertidas no Plano de Ação BEPS, em 2017 a OCDE incorporou na CMOCDE a norma do PPT, no n.º 9 do artigo 29.^{º32}

As estratégias de planeamento fiscal abusivo adotadas por um vasto leque de empresas, alicerçadas a uma falta de transparência e uma fraca coordenação entre as diferentes administrações tributárias provocou uma perda significativa de receita tributária. Este desequilíbrio na balança fiscal tornou-se numa prioridade na agenda dos Estados, dificuldade essa a que os Ordenamentos jurídicos

²⁷ OCDE, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, OECD Publishing, 1987, parágrafo n.º 7.

²⁸ OCDE; *Double Taxation...*, *op. cit.*, parágrafo n.º 42.

²⁹ OCDE; *Double Taxation...*, *op. cit.*, parágrafo n.º 43.

³⁰ OCDE, *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 1992*, OECD Publishing, 1992, pág. 47. Disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-1992-en.

³¹ OCDE, *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2003*, OECD Publishing, 2003, pág. 71. Disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en.

³² OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, 2017, pág. 50. Disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

terão de responder por forma a colmatar a erosão da base tributável e a transferência de lucros. A utilização indevida de tratados fiscais intensificou-se devido ao crescimento da economia ao nível global, permitindo explorar as diferenças existentes entre os diferentes ordenamentos jurídicos em matéria tributária, ou as próprias lacunas na lei. Técnicas como a utilização da dupla residência de empresas para beneficiar com compensações ou perdas, ou a transferência de residência para um regime fiscalmente mais atrativo constituem práticas de evitação fiscal no contexto internacional, e que poderão ser evitadas através do recurso a medidas que impeçam a sua proliferação³³.

Por forma a restaurar a confiança dos contribuintes no sistema fiscal no combate a estratégias abusivas, torna-se imperativo dotar os Estados de ferramentas que propugnem a aplicação e efetividade das políticas fiscais internacionais. Urge a necessidade de uma atuação rápida, evitando ações unilaterais e descoordenadas por parte dos Estados, o que provoca um desequilíbrio na aplicação dos princípios fiscais internacionais.

Apesar de ser um fenómeno reconhecido, a construção de um conceito válido e aceite por todos os atores no plano fiscal internacional – incluindo os Estados e os operadores económicos – ainda não foi alcançada. Não obstante a falta de uniformização da sua definição e critérios de averiguação, é um fenómeno reconhecido internacionalmente e que coloca em risco o correto funcionamento do tráfego negocial.

STEF VAN WHEEGEL define o abuso de tratados como a utilização incorreta ou imprópria de disposições de tratados por pessoas, e de cuja utilização resulta um dano para os interesses financeiros de um dos Estados Contratantes, ou de um Estado terceiro³⁴.

Em termos gerais, FRANCISCO PRATS identifica o abuso de tratados sob três perspetivas. Em primeiro lugar, o mesmo poderá resultar da utilização indevida de tal instrumento, sem, contudo, envolver um ato ilegal ou uma violação formal do próprio tratado. Assim, define o abuso como uma utilização de um tratado contrária ao seu espírito, objeto e propósito. Outra abordagem clássica passa pela referência à utilização indevida de tratados fiscais por pessoas não abrangidas pela intenção dos próprios Estados Contratantes, quando estes acordam o âmbito subjetivo do próprio tratado. Por fim, identifica o abuso de tratados aos fenómenos de *treaty shopping*, ressalvando que nem todas as

³³ FRANCISCO ALFREDO GARCIA PRATS, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, in *Essays in International and European Tax Law*, ed. G. Bizoli. Jovene, Itália, 2010, pp. 69-71.

³⁴ STEF VAN WHEEGEL, *Improper Use of Tax Treaties, With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, in *Series on International Taxation*, Kluwer Law International, 1998.

estruturas que procurem a combinação de tratados ou destes com normas fiscais internas por forma a alcançar o tratamento mais favorável deverão ser consideradas como abuso de tratados³⁵.

Em termos gerais, o autor afirma que a descoberta da existência do abuso de tratados implica a interpretação das normas fiscais, e a identificação nestas dos factos e circunstâncias do caso concreto³⁶. Em nossa opinião, dado que não existe um conceito universalmente aceite de abuso de tratados fiscais, concordamos que a tarefa de avaliação dos parâmetros de abuso é bastante complexa. Aliás, se houvesse contornos mais bem definidos, certamente que não haveria tanta discussão na doutrina e jurisprudência sobre a linha que diferencia os comportamentos permitidos e permissíveis, daqueles que figuram como abuso. De facto, no panorama fiscal internacional, a principal dificuldade, em nosso entendimento, para encontrar um equilíbrio justo entre as pretensões dos contribuintes e dos diferentes Estados reside essencialmente na indefinição sobre o que é permitido e o que é desaconselhado e reprovável para efeitos fiscais.

Ainda assim, o abuso de tratados, em termos gerais, poderá ser desenvolvido pelos próprios Estados Contratantes que, através do exercício dos seus poderes de tributação, modificam as obrigações previamente acordadas, desequilibrando a balança dos poderes de tributação expressos no tratado que haviam concluído, provocando sérios danos ao interesse financeiro do outro Estado Contratante³⁷, ou por contribuintes (quer sejam pessoas individuais ou coletivas), que podem ou não ser as beneficiárias do tratado, por forma a obter vantagens superiores àquelas que lhes seriam devidas por força do contexto do tratado, ou, beneficiar pessoas residentes de Estados terceiros – estratégias estas conhecidas por *treaty shopping*.

Na esteira de JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “abuso de tratados” e “abuso de tratados fiscais” são expressões utilizadas para situações em que um determinado contribuinte, embora respeitando a formulação de determinadas disposições de tratados, tenta obter vantagens que vão para além da razão de ser dessas disposições³⁸. O que sucede é que, através da realização de uma operação que respeite a lei, o contribuinte consegue obter resultados que claramente não seriam os pretendidos pelos Estados contratantes aquando da negociação de um referido tratado³⁹. O que acontece é que as operações vão de acordo com a letra das normas, no entanto violam o seu espírito.

³⁵ FRANCISCO ALFREDO GARCIA PRATS, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, in *Essays in International and European Tax Law*, ed. G. Bizoli. Jovene, Itália, 2010, pp. 69-71.

³⁶ FRANCISCO ALFREDO GARCIA PRATS, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, *op. cit.*, pp. 69-71.

³⁷ FRANCISCO GARCIA ALFREDO PRATS, *op. cit.*, pp. 74-75.

³⁸ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “*Treaty Abuse and BEPS*”, in *International Taxation: New Challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, pág. 77.

³⁹ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 77-78.

3.1.1. O Princípio Geral Antiabuso

Primeiramente, é possível sustentar a existência de um princípio geral que detém um papel importante no combate ao abuso de tratados fiscais⁴⁰. KLAUS VOGEL considera que o princípio *pacta sunt servanda*, conjugado com o princípio da boa fé, fomentam a existência de uma doutrina de *substance over form* que permite às autoridades competentes negar a atribuição de benefícios de um tratado a um contribuinte que desenvolva operações cujo intuito principal seja o de obter benefícios de um tratado⁴¹. Por sua vez, LUC DE BROE acrescenta à perspectiva de KLAUS VOGEL a tônica de que os contribuintes que pretendem obter os direitos dos tratados não são partes do mesmo. Concorde com o primeiro autor quando este afirma que o princípio da boa fé, a par com o *pacta sunt servanda* se torna imperativo no combate ao abuso de tratados, pois auxilia a tarefa de clarificar que a boa fé não se pode restringir à aplicação de normas de tratados fiscais, mas também à sua interpretação no sentido de restringir os benefícios nos casos abusivos⁴².

Embora se advogue a existência deste princípio geral, a verdade é que o mesmo não é reconhecido de forma universal por todos os Estados. Para o combate ao abuso de tratados, alguns países adotaram normas antiabuso domésticas ou incluíram cláusulas antiabuso nos seus tratados fiscais.

3.1.2. O *Treaty Shopping* enquanto modalidade expressiva de abuso em direito fiscal internacional

O abuso de tratados pode assumir diversas formas, sendo a mais comum o *treaty shopping*. Esta modalidade concretiza-se pela vontade de um contribuinte, não residente de um Estado contratante, obter vantagens fiscais previstas num tratado celebrado por esse mesmo Estado, através da manipulação da residência enquanto fator de conexão⁴³, estabelecendo para esse efeito uma empresa fachada nesse mesmo Estado. Destarte, criam-se as condições para que muitos contribuintes beneficiem de uma rede de tratados que de outra forma não teriam acesso, adquirindo vantagens fiscais importantes tais como a redução da taxa de retenção de imposto no Estado da fonte e a isenção no Estado da residência⁴⁴. O *treaty shopping* constitui, assim, um fenómeno global, através do qual os

⁴⁰ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, "Treaty Abuse and BEPS", *op. cit.*, pág. 79.

⁴¹ KLAUS VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, in Kluwer Law International, 3.ª edição, 1997, pág. 125.

⁴² LUC DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, in *Doctoral Series*, Volume 14, 2008, pág. 308.

⁴³ STEF VAN WEEGHEL, *The Improper Use of Tax Treaties – With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, Kluwer Law International, Haia, 1998, pág. 118.

⁴⁴ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *op. cit.*, pág. 78.

contribuintes, nomeadamente as empresas multinacionais correm as bases fiscais de determinadas jurisdições, e reduzem de forma significativa os impostos que são devidos⁴⁵.

A OCDE define o *treaty shopping* como esquemas que envolvem pessoas ou empresas residentes de Estados terceiros, tentando aceder indiretamente aos benefícios previstos em tratados celebrados por dois Estados Contratantes; ao obter indiretamente tais benefícios, esses contribuintes estarão a malogar a natureza bilateral e recíproca dos tratados fiscais⁴⁶. O abuso de tratados constitui um dos pilares de combate da OCDE, que, ao criar o Plano de Ação BEPS (e que mais adiante cuidaremos com mais detalhe), instituiu a Ação 6 cuja principal preocupação se prende com evitar a atribuição de benefícios de tratados em circunstâncias inapropriadas, que alguns Estados conseguem obter através dos esquemas abusivos que desenvolvem com bastante astúcia.

Para o *United States Department of Treasury*, este fenómeno caracteriza-se pelo “uso, por residentes de terceiros Estados, de pessoas jurídicas estabelecidas num Estado contratante com o objetivo principal de obter benefícios de um tratado tributário entre os Estados Unidos e o outro Estado contratante”⁴⁷.

De acordo com JULIJA PETKEVICA, deparamo-nos com esta modalidade de abuso de tratados quando um residente de um dos Estados Contratantes pretende capitalizar os benefícios previstos num tratado ao estabelecer uma empresa no outro Estado Contratante, sem que essa empresa tenha qualquer substância económica ou leve a cabo transações fictícias. Afirma a autora que não existe titularidade para receber tais benefícios; no entanto, o residente em causa obtém os mesmos através da prática de artifícios, desenhados para reduzir (ou até mesmo eliminar) os encargos de retenção na fonte sobre dividendos, juros ou qualquer outro tipo de rendimentos⁴⁸.

Na esteira de CASALTA NABAIS, verificamos esta ocorrência nas situações em que “alguém não é residente em qualquer dos Estados contratantes de uma CDT, sendo, portanto, residente num terceiro Estado, desloca a sua residência para um daqueles Estados com o único propósito de beneficiar do regime mais favorável da convenção, do qual, de outro modo, não beneficiaria”⁴⁹.

⁴⁵ KONSTANTINOS TARAMOUNTAS, *The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application*, in *Intertax*, vol. 47, n.º 11, Países Baixos, Kluwer Law International, 2019, pág. 922.

⁴⁶ Embora como referido na nota n.º 2 da Ação 6 do Plano BEPS, o *treaty shopping* também se aplica a casos em que um residente de um Estado Contratante em que os rendimentos têm origem, procura obter benefícios, por exemplo, através de uma transferência de residência para o outro Estado Contratante ou através de uma entidade estabelecida nesse outro Estado. Cfr. OCDE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015.

⁴⁷ USDT, *Technical Explanation of the U. S. Model Tax Treaty of September 1996*. Disponível em <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/usmtech.pdf>.

⁴⁸ JULIJA PETKEVICA, *Tax Treaty Shopping – Perspectives from Latvia*, *Doing Business in Europe Series*, 2006, pág. 2.

⁴⁹ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2010, pág. 229.

Verificamos através da análise das diferentes definições que, na sua essência, esta prática acarreta um elemento subjetivo de bastante peso: a intenção de beneficiar com uma rede de tratados que, sem a prática de condutas artificiosas e que contrariem o espírito das normas fiscais relevantes, não seria possível obter.

Ora, o fenómeno do *treaty shopping* afeta não só a dinâmica do Direito fiscal internacional, como tem efeitos negativos para os sistemas fiscais nacionais, pela perda de receita fiscal pelos Estados e uma conseqüente majoração da carga fiscal suportada pelos contribuintes, com vista à recuperação da receita fiscal perdida⁵⁰. Propulsionado pela crescente dinamização da economia mundial, os tratados bilaterais não foram conseguindo responder aos desafios que a internacionalização dos mercados ia apresentando. De facto, a mobilidade do capital, os desenvolvimentos sentidos na economia digital, a invenção da moeda eletrónica, as constantes estratégias de planeamento fiscal abusivo e agressivo e a livre circulação de pessoas e empresas, demonstram uma certa inércia por parte da OCDE em adaptar-se à nova realidade económica, político-social e constitucional vivida nos dias de hoje⁵¹.

E porque é que consideramos o *treaty shopping* como uma das modalidades mais expressivas de abuso de tratados? Em primeiro lugar, porque qualquer modalidade de abuso de tratados provoca danos gravosos para a subsistência dos sistemas fiscais internacionais. Em segundo lugar, porque consubstancia um tipo de comportamento através do qual uma pessoa procura contornar disposições do seu ordenamento doméstico através do aproveitamento de benefícios previstos em tratados, e cujo crescimento exponencial preocupou de tal forma a OCDE, pelo impacto que causa na dinâmica fiscal internacional, que esta mesma organização mundial elaborou um projeto de combate à erosão das bases tributárias e transferência de lucros – o Plano de Ação BEPS, no qual em uma das ações consta a necessidade de combater a utilização indevida de tratados por pessoas que não seriam as beneficiárias em circunstâncias ditas normais, na sua ação 6.

3.1.3. O projeto BEPS e a preocupação com o combate ao *treaty shopping* – em especial, a ação 6 relativa à utilização indevida de tratados fiscais

Como constatamos, a crescente dinamização da economia e o elevado número de operações transfronteiriças desenvolvidas essencialmente por empresas multinacionais, colocou em causa a

⁵⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Evasão e Fraude Fiscal Internacional*, in *Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, Edições Almedina, 1999, pág. 117.

⁵¹ ANA PAULA DOURADO, *Governança... op. cit.*, pág. 17.

praticabilidade das normas de Direito fiscal internacional. Com efeito, os contribuintes aproveitam-se das inconsistências dos diferentes ordenamentos jurídicos, provocando assimetrias resultantes de situações de dupla tributação e dupla não tributação. Este fenómeno de exploração das incongruências do sistema fiscal, do qual é possível aos contribuintes deslocarem artificialmente lucros para jurisdições de baixa tributação, contribuindo assim para uma redução de receita tributária, chamam os especialistas de Erosão das Bases Tributáveis e Transferência de Lucros – o *Base Erosion and Profit Shifting* (doravante, BEPS)⁵². Com o desenvolvimento destes comportamentos, o quadro jurídico fiscal internacional enfrenta duras batalhas, pelo que se tornou essencial os legisladores tributários dos diferentes Estados intervirem para evitarem o agravamento dos problemas⁵³.

No sentido de propor respostas comuns aos desafios inerentes à tributação a nível internacional, a 5 de outubro de 2015 a OCDE apresentou, juntamente com o G20, o projeto BEPS – um relatório composto por 15 ações, fornecendo instrumentos eficazes a longo prazo, quer internos quer internacionais, por forma a otimizar as competências de tributação entre os Estados⁵⁴. Neste sentido, os países empenharam-se em clarificar as situações de elisão fiscal que deveriam ser combatidas, alertando a comunidade civil para essa mesma necessidade. O plano BEPS, inicialmente desenhado pela OCDE e o G20, atualmente aplica-se a nível global⁵⁵.

O projeto BEPS apresenta planos individuais, consoante a matéria específica a tratar. Pretende trazer mudanças necessárias para prevenir quer a dupla tributação como a dupla não tributação, assim como a baixa tributação associada a práticas que segregam os rendimentos provenientes das atividades geradoras, através da implementação de esquemas artificiais⁵⁶. Por forma a que a implementação de tal Plano de Ação obtenha o sucesso projetado, a OCDE e o G20 reforçam a necessidade e importância da disponibilização da informação relevante de forma tempestiva e abrangente, permitindo que os Estados identifiquem de forma precoce as áreas de risco, e nas será imperativo adotar estratégias de planeamento fiscal lícito, ao mesmo tempo que deverão ser implementados instrumentos que auxiliem as empresas na tomada de decisões de investimento com segurança e previsibilidade⁵⁷.

⁵² CHAMELIA GUNAWAN, *Policy Considerations when Concluding a Tax Treaty in a Post-BEPS World*, in *Preventing Treaty Abuse*, Linde Verlag, Blum/Seiler (Eds.), 2016, pág. 88.

⁵³ FRANCISVO JAVIER MOLINA, *DTCs and Double Non-Taxation*, in *Preventing Treaty Abuse, Preventing Treaty Abuse*, Linde Verlag, Blum/Seiler (Eds.), 2016, pág. 70.

⁵⁴ OCDE/G20, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, OECD Publishing, 2013, pág. 8. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

⁵⁵ CHAMELIA GUNAWAN, *op. cit.*, pág. 88.

⁵⁶ OCDE/G20, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, pág. 13.

⁵⁷ OCDE/G20, *Action Plan...*, *op. cit.*, pág. 14.

O projeto BEPS é composto por um conjunto de ações que se debruçam sobre diversas áreas problemáticas, a saber: desafios da economia digital (ação 1)⁵⁸, a preocupação com a neutralização dos efeitos provenientes de instrumentos híbridos (ação 2)⁵⁹, o reforço das medidas relativas a transparência fiscal, particularmente as normas *CFC* (ação 3)⁶⁰, limitar a erosão das bases tributárias por via da dedução de juros e outros pagamentos financeiros (ação 4)⁶¹, combate a práticas fiscais prejudiciais, com base em critérios de transparência e substância (ação 5)⁶², prevenir a atribuição de benefícios de tratados fiscais em circunstâncias abusivas (ação 6)⁶³, prevenir que se evite artificialmente o reconhecimento do Estabelecimento Estável (ação 7)⁶⁴, alinhamento de resultados de preços de transferência com a criação de valor (ações 8 a 10)⁶⁵, recolha e análise de dados sobre o BEPS e as ações para o seu combate (ação 11)⁶⁶, normas obrigatórias de divulgação de acordos sobre planeamento fiscal (ação 12)⁶⁷, reexaminar a documentação relativa a preços de transferência e elaboração de relatórios país a país (ação 13)⁶⁸, tornar os mecanismos de resolução de conflitos mais eficazes (ação 14)⁶⁹, e desenvolver um instrumento multilateral para modificar os tratados fiscais bilaterais (ação 15)⁷⁰.

Através do debate político internacional, surgiu o Plano de Ação BEPS que assenta num conjunto de medidas com o objetivo de analisar e questionar as práticas fiscais adotadas por grupos de empresas multinacionais.

Os trabalhos desenvolvidos centram-se no domínio da ética empresarial, avaliando os riscos associados à relação entre a prossecução de minimização da carga fiscal pelas empresas e a sua

⁵⁸ OCDE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

⁵⁹ OCDE/G20, *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

⁶⁰ OCDE/G20, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

⁶¹ OCDE/G20, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

⁶² OCDE/G20, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.

⁶³ OCDE/G20, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

⁶⁴ OCDE/G20, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

⁶⁵ OCDE/G20, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>.

⁶⁶ OCDE/G20, *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241343-en>.

⁶⁷ OCDE/G20, *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en>.

⁶⁸ OCDE/G20, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>.

⁶⁹ OCDE/G20, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>.

⁷⁰ OCDE/G20, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>.

responsabilidade social, com a necessidade de arrecadação de receita fiscal por parte dos Estados. De facto, a fiscalidade é a técnica utilizada pelos Estados para poder intervir no mercado, por forma a equilibrar os interesses da sociedade civil, dos Estados e das empresas.

Neste sentido, o projeto BEPS surge como um conjunto de recomendações que assinalam uma nova era de intervenção dos Estados, através da introdução de um padrão de quais as melhores práticas a serem implementadas pelas empresas no decorrer das suas atividades, bem como o nível suportado pelas mesmas em matéria de pagamento de impostos.

Devido ao carácter de meras recomendações, será exetável que os Estados adotem nos seus sistemas fiscais nacionais medidas adicionais, cuja implementação deverá ser constantemente monitorizada pelos agentes económicos. De facto, os responsáveis pelo projeto BEPS acreditam que a resposta coordenada às condutas das empresas multinacionais que tiram proveito das disparidades ou lacunas existentes ao nível da dinâmica do mundo negocial internacional, passa pela implementação progressiva de um modelo de harmonização de tributação internacional, com impacto nas legislações internas dos Estados, e que procure evitar que essas mesmas empresas consigam desenvolver situações de dupla não tributação ou tributação reduzida efetiva, através do recurso a mecanismos de deslocalização artificial de lucros para outras jurisdições, que não aquelas onde os rendimentos foram efetivamente gerados⁷¹. Não obstante, os Estados encontram algumas dificuldades na implementação das medidas entre as diferentes legislações, e entre as próprias legislações internas e as recomendações previstas no Plano de Ação.

3.1.3.1. Utilização indevida de tratados fiscais: a ação 6

Ainda inseridos em contexto BEPS, a OCDE e o G20 identificam a efetividade das normas antiabuso como uma das principais áreas de pressão⁷². Neste sentido, elaboraram a ação 6, que incide sobre o abuso de tratados, e em particular o *treaty shopping*, encarando como uma das principais fontes de preocupação para a dinâmica fiscal internacional⁷³. Neste sentido, o Relatório Final sobre a ação 6 recai sobre a necessidade de modificar as normas fiscais existentes, quer no plano

⁷¹ CARLOS LOBO, “BEPS... A redefinição da política fiscal internacional global?”, in *Fiscalidade(s) na vanguarda do pensamento, 2 anos, 104 reflexões*, Coleção E&Y, Coimbra, Edições Almedina, 2015, pág. 131.

⁷² OCDE/G20, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, pág. 10.

⁷³ OCDE/G20, *Action Plan...*, *op. cit.*, pág. 18.

internacional quer no plano nacional, por forma a alinhar a afetação dos rendimentos com a atividade económica que gera esses mesmos rendimentos⁷⁴.

A ação 6 surge como a missão de combater o fenómeno BEPS – que se traduz nas práticas de planeamento que se aproveitam das discrepâncias entre diferentes sistemas fiscais por forma a reduzir artificialmente o lucro tributável, ou deslocar os lucros para jurisdições de baixa tributação nas quais a prática de atividade económica é escassa, ou, até, nenhuma⁷⁵ – enquadrado no âmbito do abuso de convenções.

As práticas abusivas podem dividir-se em abuso das convenções e abuso pelas convenções⁷⁶, sendo o primeiro composto pelas situações em que o contribuinte tenta ultrapassar as limitações previstas nas convenções sobre dupla tributação, e o segundo as situações em que o contribuinte usufrui ou tenta usufruir de benefícios previstos nas convenções por forma a dissimular normas fiscais domésticas⁷⁷.

A forma mais comum de abuso das convenções é, como vimos, o *treaty shopping*. Note-se que a OCDE e o G20 utilizam uma linguagem neutral no que respeita ao *treaty shopping*. Isto poderá dever-se ao facto da existência de diversas perspetivas acerca do que possam ser esquemas de *treaty shopping* pelos Estados – tarefa que não auxilia na formulação de uma definição precisa e exaustiva, pelo que os criadores do projeto BEPS podem ter evitado intencionalmente o recurso a tal definição, por forma a fornecer alguma flexibilidade e arbítrio no desenho de medidas antiabuso ao abrigo da ação 6, nomeadamente a norma do PPT, para assim abranger o maior leque possível de situações e permitir a adoção de um instrumento legal de carácter geral, aplicável aos diferentes Ordenamentos jurídicos⁷⁸.

O Relatório Final divide-se em três secções, consoante as diferentes áreas relevantes para um combate efetivo ao abuso de tratados⁷⁹. Na secção A encontramos a preocupação com o desenvolvimento de disposições modelo de tratados e um reforço de medidas domésticas que salvaguardem a atribuição de benefícios de tratados exclusivamente para os seus titulares. Os criadores do projeto BEPS distinguem os casos em que i) uma pessoa pretende contornar as limitações

⁷⁴ OCDE/G20, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pág. 13. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

⁷⁵ OCDE, *OECD Secretary-General report to the G20 leaders*, Brisbane, 2014, pág. 7. Disponível em https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/OECD_secretary-generals_report_tax_matters.pdf

⁷⁶ HELDER VILELA, *A Proposta da Acção 6 do Plano BEPS da OCDE: Problemas de Compatibilidade com o Direito da União*, in *Estudos de Doutoramento & Mestrado*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pág. 9.

⁷⁷ OCDE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, OECD Publishing, pág. 10.

⁷⁸ BLAZEJ KUZNIAK, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Implementation*, in *World Tax Journal*, vol. 10, n.º 2, 2018, pág. 2.

⁷⁹ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 9.

previstas pelo tratado, e casos em que ii) uma pessoa pretende contornar as disposições internas através da utilização de benefícios previstos em tratados. Para lidar com estas situações abusivas, recomendam uma abordagem tripartida, assente na a) inclusão, no título e preâmbulo dos tratados fiscais, de uma disposição que preveja que, quando os Estados acordam celebrar um novo tratado, devem ter em mente prevenir a elisão fiscal e, em concreto, evitar criar oportunidades para o *treaty shopping*⁸⁰; b) adoção de uma norma específica antiabuso baseada numa cláusula de limitação de benefícios (a LOB) por forma a combater situações abusivas específicas, relativas com a natureza legal, propriedade e quaisquer outras atividades que pretendam assegurar que existe uma ligação suficiente entre a entidade e o Estado da residência da mesma, e c) adoção de uma norma geral antiabuso (o PPT) que seja aplicável a todas as outras formas de abuso nas quais as normas específicas não tenham sido desenhadas para fornecer uma resposta, na qual a obtenção de um benefício previsto em tratado resulta numa das motivações principais para realizar determinado esquema ou transação, e que a obtenção de tal benefício contraria o objeto e propósito das disposições do próprio tratado.

O Relatório Final reconhece ainda que a adoção de medidas antiabuso exclusivamente em tratados fiscais poderá não ser suficiente para combater situações evasivas, nomeadamente em esquemas puramente domésticos. Para o efeito, recomenda que os Estados adotem medidas antiabuso internas⁸¹.

A secção B foca-se em clarificar que os tratados fiscais não deverão ser usados para criar situações de dupla não tributação. Tal clarificação deverá ser realizada através da reformulação do título e preâmbulo da CMOCDE, esclarecendo que a vontade conjunta dos Estados Contratantes será a de eliminar a dupla tributação sem, contudo, criar oportunidades para elisão e fraude fiscal, nomeadamente através da adoção de esquemas de *treaty shopping*⁸².

Por fim, a secção C identifica as políticas fiscais que os Estados deverão ter em apreço previamente à celebração de acordos fiscais com determinados Estados. Essas considerações assentam na ponderação que os Estados deverão fazer sobre a celebração de acordos com países sujeitos a baixa ou até inexistente tributação, assim como vão no sentido de refletir sobre modificações (ou, em última instância, cessar) acordos previamente concluídos com base em alterações de circunstâncias que provoquem preocupações em termos de fenómenos BEPS⁸³.

⁸⁰ Dado que, como enfatiza o Relatório Final da ação 6, o preâmbulo detém um papel importante na interpretação das disposições dos tratados, dado que contextualiza o tratado sobre as temáticas que pretende abordar, de acordo com o artigo 31.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

⁸¹ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 10.

⁸² OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*

⁸³ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 11.

O abuso de tratados é uma expressão genérica que procura definir qualquer espécie de abuso de tratados fiscais internacionais, quer seja pela via de dissimulação com base em normas domésticas de um determinado Estado, quer seja pela criação artificial de estruturas específicas, com o objetivo de beneficiar da especial rede de tratados que determinado Estado celebrou. Por isso, ainda que o *treaty shopping* seja a modalidade mais expressiva de abuso de tratados, a verdade é que não configura como a única forma de abuso que a OCDE procura combater, pelo que as medidas apresentadas na ação 6 procuram combater, como um todo, o abuso de tratados e não exclusivamente a modalidade de *treaty shopping*.

3.2. Abuso fiscal no âmbito europeu

Ao nível da União Europeia, o combate a práticas abusivas “mostra-se como uma necessidade normativa universal, a qual é sentida pela generalidade dos Estados-Membros. Em todos eles se sente a necessidade de limitar os efeitos de determinadas leituras exegéticas dos dispositivos jurídicos, de modo a impedir o despoletar dos efeitos jurídicos neles previstos quando o preenchimento da respectiva *fatispecie* seja meramente aparente ou artificial ou não seja subsumível ao âmbito de irradicação teleológico do referido dispositivo.”⁸⁴

Também no seio europeu se torna imperativo a criação de um mecanismo para lidar com o planeamento fiscal abusivo, nomeadamente quando em conflito com as liberdades económicas fundamentais. Como explica o Advogado Geral POIARES MADURO, “a segurança jurídica deve ser equacionada com outros valores do sistema jurídico. O direito fiscal não deve tornar-se numa espécie de faroeste jurídico, em que praticamente todo o tipo de comportamento oportunista tem de ser tolerado desde que seja conforme com uma interpretação formalista estrita das disposições fiscais relevantes e que o legislador não tenha expressamente tomado medidas para impedir esse comportamento”⁸⁵.

Julgamos prudente abordar o conceito de abuso com base nos seus antecedentes jurisprudenciais e legais, por forma a compreendermos qual o caminho traçado pela União na consideração de práticas abusivas. Em primeiro lugar, iremos analisar os trabalhos realizados pela

⁸⁴ JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, *Abuso de Direito em Fiscalidade Directa – A Emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 238.

⁸⁵ De acordo com o estipulado no parágrafo n.º 77 das conclusões do Advogado Geral, de 7 de abril de 2005, relativas o caso *Halifax*, processo C-255/02. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CC0255&from=EN>.

jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE), que sensivelmente desde 1974 se debruça sobre a compatibilidade do ordenamento comunitário com as normas nacionais que poderão, eventualmente, conflitar com a pela aplicação das liberdades económicas fundamentais da União. Posteriormente, iremos enunciar os trabalhos desenvolvidos ao nível normativo, através da adoção de Diretivas que procuram combater os comportamentos abusivos no seio da União.

3.2.1. O abuso fiscal ao nível da jurisprudência do TJUE

O abuso de direito foi tratado pelo TJUE pela primeira vez no caso *Van Binsbergen*⁸⁶. Posteriormente, uma melhor concretização da proibição de abuso acabou por ser desenvolvida em *Emsland-Stärke*, no qual o TJUE fixou um “teste” para aferir o carácter abusivo de uma conduta. Este “teste” consistia na verificação cumulativa de um critério de índole objetiva (com base na prova de existência de determinada prestação artificialmente criada com o intuito de obter do orçamento comunitário auxílios financeiros para possibilitar uma dada operação sem qualquer finalidade económica), e um critério de índole subjetiva (consistindo na apreciação da vontade de obter um benefício resultante de legislação comunitária por meio de artifícios)⁸⁷.

Em matéria fiscal, o TJUE tece as suas primeiras considerações sobre práticas abusivas em três sentenças decisivas: *Halifax*⁸⁸, *Cadbury Schweppes*⁸⁹, e *Thin Cap*⁹⁰.

No acórdão *Halifax*, em termos gerais, procura-se saber se o desempenho de determinadas atividades com o fim último de obter vantagens fiscais poderiam consubstanciar práticas abusivas para

⁸⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de dezembro de 1974, Processo C-33/74. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>. O acórdão em questão prende-se com a interpretação dos artigos 59.º e 60.º do Tratado CEE, relativos à livre prestação de serviços. Van Binsbergen, cidadão holandês e parte processual num litígio em curso num tribunal holandês, tinha como representante o Sr. Kortmann, cidadão holandês que, durante a tramitação processual, transferiu a sua residência da Holanda para a Bélgica, vendo contestada a sua capacidade para representar o seu cliente. Ora, os artigos em análise têm efeito direto e podem ser invocados perante os órgãos jurisdicionais nacionais, com o intuito de eliminar qualquer discriminação dirigida contra o prestador do serviço em virtude da sua nacionalidade ou residência num Estado-membro diferente daquele onde a prestação é realizada. O Tribunal de Justiça concluiu que os artigos em causa deveriam ser interpretados no sentido de que um Estado-membro não pode impossibilitar a prestação de serviços de pessoas residentes num Estado-membro diferente, exigindo a residência permanente no seu território quando tal não consubstancie uma condição imposta pela legislação nacional aplicável.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2000, Processo C-110/99. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>. A sociedade alemã Emsland-Stärke solicitou um reembolso de despesas suportadas na exportação dos seus produtos alimentares para a Suíça. Este pedido teve por base o disposto no Regulamento CE n.º 2730/79, de 29 de novembro de 1979, que estabelece regras comuns de aplicação do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas. Os bens, depois de exportados para a Suíça, entravam novamente na União Europeia, em Itália, mediante o pagamento de taxas aduaneiras. O transportador cobrava à empresa alemã a totalidade do transporte, entre Alemanha e Itália. Esta reentrada na União Europeia consubstanciava um indício de minimização da carga fiscal, pois as taxas aduaneiras pagas pela reentrada na União Europeia eram de valor inferior ao reembolso recebido aquando da exportação para a Suíça. Em consequência, o governo alemão considerou esta operação abusiva, solicitando a devolução dos reembolsos efetuados. O Tribunal de Justiça acolheu o entendimento da Comissão Europeia, concluindo que os atos destinados a criar artificialmente condições para a obtenção de um benefício previsto num instrumento europeu deveriam conduzir à negação desse mesmo benefício. Para concretizar tal ideia, enunciou os requisitos que deveriam estar preenchidos para se concluir estarmos na presença de uma situação tida como abusiva: um elemento objetivo e um elemento subjetivo

⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2006, Processo C-255/02. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2006, Processo C-196/04. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2007, Processo C-524/04. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

efeitos de direito da União. *In casu*, a vantagem consiste na recuperação de IVA pago em aquisições, apesar da atividade da empresa em questão ser isenta, analisando-se se tal recuperação de imposto seria legítima quando um grupo de empresas, entre si, desenvolve certas operações que, consideradas no seu todo, produzem um artifício com o único intuito de obter uma vantagem fiscal.

De acordo com o referido acórdão, para que estejamos perante uma conduta abusiva, será necessário “por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Directiva e da legislação nacional que transpõe essa directiva, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seria contrária ao objectivo prosseguido por essas disposições. Por outro lado, deve igualmente resultar de um conjunto de elementos objectivos que as operações em causa têm por finalidade essencial a obtenção de uma vantagem fiscal. (...) Quando se verifique a existência de uma prática abusiva, as operações implicadas devem ser redefinidas de forma a restabelecer a situação tal como ela existiria na ausência das operações constitutivas da prática abusiva”⁹¹. Enquanto consequência jurídica, o Ordenamento Jurídico não prevê uma sanção para comportamentos abusivos, pois “considerando que as práticas abusivas não correspondem a actos ilícitos, não lhes deve corresponder uma sanção, mas antes uma obrigação de reembolso dos montantes deduzidos por cada operação em que se verifique que o direito à dedução foi exercido de forma abusiva”⁹². O TJUE dita que se deve ter em consideração que “a verificação da existência de uma prática abusiva exige, por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da sexta directiva e da legislação nacional que transponha essa directiva, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objectivo prosseguido por essas disposições”⁹³.

O TJUE reconhece o abuso se este for avaliado tendo por base fatores objetivos que permitam sustentar que o objetivo essencial de determinada operação é o de obtenção de vantagens fiscais com base num expediente puramente artificial, não se aplicando a proibição do abuso em “casos em que a actividade económica exercida possa ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais da Administração Fiscal”⁹⁴.

⁹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2006, Processo C-255/02, *op. cit.*

⁹² VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, *O Princípio da Proibição do Abuso no Sistema Comum do IVA (caso Halifax)*, Fiscalidade n.º 25, Edição do Instituto Superior de Gestão, janeiro – março 2006, pág. 189 e seguintes, apud. PAULA CRISTINA DA SILVA MADUREIRA RODRIGUES, *O Abuso Fiscal na Jurisprudência recente do TJUE*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, pág. 12.

⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2006, *op. cit.*

⁹⁴ De acordo com o estipulado no parágrafo n.º 89 das conclusões do Advogado Geral, de 7 de abril de 2005, relativas o caso *Halifax*, processo C-255/02. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CC0255&from=EN>

Em *Cadbury Schweppes* constitui-se um marco em matéria de fiscalidade direta, dado ser o primeiro acórdão através do qual o TJUE reconheceu, explicitamente, a existência de abuso do direito em fiscalidade direta. A questão central baseia-se em saber se uma determinada sociedade, sediada no Reino Unido, e que pretende estabelecer na Irlanda (um território sujeito a baixa tributação) a função financeira do Grupo, obtendo financiamentos bancários a taxas bastante mais competitivas e permitindo que todos os excedentes de tesouraria se concentrem na Irlanda, poderá ser considerado como abuso de normas fiscais.

O TJUE debruça-se sobre três questões essenciais. Primeiro, estabelece que “uma empresa pode estabelecer uma filial num outro Estado-Membro com a única finalidade de beneficiar de um sistema fiscal mais favorável, sem que com isso esteja a abusar de um direito conferido pela legislação comunitária, neste caso o direito de liberdade de estabelecimento”⁹⁵. Isto quer dizer que o TJUE reconhece a circunstância de uma sociedade se constituída num Estado-Membro com o único propósito de beneficiar de uma legislação fiscalmente mais vantajosa não é, por si só, suficiente para concluir pela existência de uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento.

Em segundo lugar, o TJUE defende que, não existindo uma harmonização de taxas, é porque os Estados aceitam, ainda que implicitamente, uma certa competição no seio da União. Logo, considera legítimo haver dentro do seio da União taxas de imposto diferentes, o que naturalmente fomenta a competição ao inverso da harmonização em matéria de fiscalidade direta.

Para além disso, o facto de uma sociedade ser constituída num Estado-Membro sujeito a tributação mais baixa para poder beneficiar desse mesmo regime não é, por si só, motivo suficiente para concluir pela existência de uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento. Por fim, sustenta que uma discussão entre recorrer à liberdade de estabelecimento e servir-se de motivações puramente fiscais, prevalecerá a liberdade de estabelecimento por ser um princípio comunitário basilar.

Em suma, para que a liberdade de estabelecimento seja respeitada, o TFUE pressupõe que tenhamos a) o estabelecimento efetivo de uma empresa ou sucursal no Estado de acolhimento, e b) que essa mesma empresa ou sucursal realize uma atividade económica real⁹⁶. Assim, a transferência de empresas para outro Estado-Membro com o intuito de minimizar a carga fiscal suportada constitui planeamento fiscal *intra legem*, a não ser que a nova sociedade sirva apenas de “caixa de correio” e

⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2006, Processo C-196/04, *op. cit.*

⁹⁶ CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4.ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2013, pág. 306.

não disponha de meios necessários para operar a sua atividade, servindo apenas como um artifício. A partir desta decisão, o TJUE clarificou que as medidas nacionais antiabuso em fiscalidade direta apenas serão aplicáveis num contexto transfronteiriço, quando as mesmas se dirijam ao combate ou prevenção do abuso de direito da União.

Em *Thin Cap*, a questão central prende-se com o tratamento fiscal que é dado aos juros pagos por sociedades residentes no Reino Unido, a título de remuneração de fundos emprestados por outra sociedade pertencente ao mesmo grupo, não residente nesse Estado-Membro.

Aqui, surge um novo enfoque na consideração de montagem puramente artificial. Nesta decisão, o TJUE recorre essencialmente ao artigo 9.º da CMOCDE, entendendo que consubstancia uma montagem artificial aquela que não respeite as condições de mercado previstas em tal preceito normativo. O que se pretende averiguar é se “o facto de ter sido concedido um empréstimo a uma sociedade residente, por uma sociedade não residente, em condições que não correspondem ao que as sociedades em causa teriam acordado em condições de plena concorrência, constitui, para o Estado-Membro de residência da sociedade mutuária, um elemento objectivo e verificável por terceiros, para determinar se a transacção em causa é, no todo ou em parte, um expediente puramente artificial cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação fiscal desse Estado-Membro. A este respeito, o que está em causa é saber se, caso não houvesse relações especiais entre as sociedades em causa, o empréstimo não teria sido concedido, ou se teria sido concedido num montante ou a uma taxa de juro diferentes”⁹⁷.

O TJUE concluiu que a aplicação de uma legislação de um Estado-Membro se pode justificar por razões relativas ao combate a práticas abusivas, quando a mesma preveja que os juros pagos por uma filial residente a uma sociedade-mãe não residente sejam qualificados como juros distribuídos, unicamente se e na medida em que ultrapassem o que essas sociedades teriam acordado em condições de plena concorrência, isto é, as condições comerciais a que as sociedades acordariam caso não pertencessem ao mesmo grupo de sociedades. Em concreto, o TJUE entende que a liberdade de estabelecimento apenas pode ser invocada por residentes e nacionais de Estados-Membros. Com efeito, o facto de ter sido concedido um empréstimo a uma sociedade residente por uma sociedade não residente em condições que não correspondem às ditas normais de plena concorrência, constitui para o Estado-Membro da sociedade mutuária um elemento objetivo de averiguação da existência de

⁹⁷ Parágrafo n.º 81, Processo C-524/04, *op. cit.*

um expediente puramente artificial, cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação fiscal de tal Estado-Membro.

Para além dos três acórdãos mencionados, surgiram outros que auxiliam o TJUE na tarefa de consolidação do abuso no seio do direito da União. Veja-se a título de exemplo os acórdãos *Part Service*⁹⁸, *Weald Leasing*⁹⁹, e *Kuršu zeme*¹⁰⁰, nas quais o TJUE afirmou que, em sede de IVA, para a declaração da existência de uma prática abusiva, exige-se a reunião de dois requisitos, *i.e.*, que as operações em causa tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja atribuição seja contrária às disposições relevantes da Diretiva do IVA e da legislação nacional que a transpõe, apesar de cumprirem formalmente com os requisitos de tais disposições, ao mesmo tempo que a finalidade essencial dessas operações terá de se limitar à obtenção de uma vantagem fiscal.

Em matéria de fiscalidade direta, não existe uma harmonização propriamente dita. A regulação é competência própria dos Estados-Membros – não obstante o TJUE deter um papel relevante na tarefa de reiterar o dever de respeitar as liberdades e os princípios do direito da União. Assim, os trabalhos realizados nesta área passam por um processo de aproximação de legislações, e à aprovação de Diretivas que vertem a preocupação com a elisão fiscal, e propõem medidas para o seu combate. Não obstante, encontramos também alguns acórdãos relevantes para a densificação da ideia de abuso em direito fiscal. Veja-se, a título de exemplo, o acórdão *Kofoed*¹⁰¹, no qual o TJUE aceita a aplicação do princípio geral de proibição de abuso no Direito da União quando um Estado-Membro, por via da interpretação do direito nacional conforme com o Direito da União, pode combater o abuso, não obstante afirmar igualmente que o princípio da segurança jurídica obsta a que as Diretivas possam, por si só, criar obrigações para os contribuintes particulares, e os acórdãos *Leur-Bloem*¹⁰² e *Foggia*¹⁰³, que apresentam o conceito de “razões comerciais válidas” para efeitos de consideração de apurar se existe, ou não, elisão ou práticas abusivas no seio da fiscalidade direta, conceito esse interpretado “como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas”.

⁹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2008, Processo C-425/06. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de dezembro de 2010, Processo C-103/09. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de julho de 2019, Processo C-273/18. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=evas%25C3%25A3o%2Bfiscal&docid=216043&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=777636#ctx1>.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2007, Processo C-321/05. Disponível em <http://curia.europa.eu/>.

¹⁰² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de julho de 1997, Processo C-28/95. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0028>.

¹⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de novembro de 2011, Processo C-126/10. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=113593&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=927980>.

Mais recentemente, em duas decisões recentes de fevereiro de 2019, uma versando sobre a interpretação do regime implementado pela Diretiva aplicável às sociedades mães e sociedades afiliadas¹⁰⁴ e os artigos 49.º, 54.º e 63.º do TFUE¹⁰⁵, e outra versando sobre a interpretação da Diretiva Juros e Royalties¹⁰⁶ e os artigos 49.º, 54.º e 63.º do TFUE¹⁰⁷, o TJUE afirmou que o princípio geral de direito da UE no qual os nacionais de Estados-Membros não podem abusivamente invocar as normas do Direito da União, deve ser interpretado no sentido de que, aquando da existência do benefício de isenção da retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma filial à sociedade mãe – previsto no artigo 5.º da Diretiva Sociedades Mães-afiliadas – deve ser recusado a um contribuinte pelas autoridades e órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro, mesmo que não existam disposições nacionais que prevejam tal recusa, quando se esteja perante uma prática abusiva, devendo a mesma recusa ser aplicável relativamente à isenção sobre juros ou royalties prevista no artigo 1.º da Diretiva sobre Juros e Royalties.

O TJUE procura com estas decisões reafirmar o princípio geral de proibição de abuso no seio da União – formulado anteriormente essencialmente no caso *Centros*, no qual o TJUE estipula que “um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional, e que os particulares não poderão, abusiva ou fraudulentamente, prevalecer-se das normas comunitárias”¹⁰⁸ – ao reforçar que um Estado-Membro deverá recusar um benefício previsto em disposições do Direito da União, quando as mesmas sejam invocadas, não para realizar os objetivos vertidos nessas mesmas disposições, mas antes para beneficiar de uma vantagem de Direito da União em que as condições para obter o benefício se encontram apenas formalmente preenchidas¹⁰⁹, afirmando ainda que a inexistência de disposições antiabuso nacionais não implica que as autoridades nacionais dos Estados-Membros se encontrem vinculadas à obrigação de recusar o benefício previsto nas Diretivas em questão, e que seja invocado de forma abusiva ou fraudulenta¹¹⁰.

¹⁰⁴ Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de países da EU diferentes, posteriormente alterada pela Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014 e pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015. Documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁰⁵ Caso *T Danmark*, Acórdão do TJUE, de fevereiro de 2019, proferido nos processos C-116/16 e C-117/16. Disponível em www.curiaeuropa.eu.

¹⁰⁶ Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0049>.

¹⁰⁷ Caso *N Luxembourg I*, Acórdão do TJUE, de 26 de fevereiro de 2019, proferido nos processos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16. Disponível em www.curiaeuropa.eu.

¹⁰⁸ Acórdão do TJUE, de 9 de março de 1999, Processo C-212/97. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212>.

¹⁰⁹ Cfr. Parágrafos 70-72 do Acórdão *T Danmark* de 26/02/2019.

¹¹⁰ Cfr. Parágrafo n.º 83 do Acórdão *T Danmark*, e parágrafo n.º 122 do Acórdão *N Luxembourg I*.

Através destas duas decisões, conhecidas como os *Danish Cases*, o TJUE reconhece a autonomia do princípio da proibição de abuso do direito da União¹¹¹ enquanto princípio geral face às normas antiabuso, permitindo a um Estado-Membro, no exercício da sua função jurisdicional, recusar um benefício previsto numa disposição de direito da União. No caso concreto, na Dinamarca não vigorava qualquer disposição antiabuso doméstica capaz de preencher a previsão vertida no n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Sociedades Mães e Afiliadas, nem nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º da Diretiva Juros e Royalties, pelo que o TJUE conclui que as disposições da Diretiva não podem ser interpretadas no sentido de excluírem a aplicação do princípio geral do direito da União de proibição de práticas abusivas, nem que os Estados-Membros se poderão imiscuir da aplicação do mesmo, na ausência de disposições internas suscetíveis de lidar com práticas abusivas – mesmo estando perante matérias abrangidas pelo escopo de Diretivas em que se consagre expressamente uma regra que permita aos Estados-Membros combater o abuso, e os Estados-Membros não tenham, ainda assim, procedido à transposição ou implementação de tal regra¹¹².

Ao proferir estas decisões, o TJUE procurou resolver uma dificuldade enfrentada no combate ao abuso no seio da União, proveniente da aplicação do princípio da segurança jurídica. Ao abrigo de tal princípio, para que o combate ao abuso fosse legitimado, teria de ter ocorrido a implementação ou transposição de uma norma antiabuso para o ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros, pelo que o recurso ao princípio geral de proibição de abuso no seio da União colocaria em questão a harmonização pretendida, precisamente por ser um princípio geral, com um maior grau de indeterminação¹¹³. Assim, o TJUE contraria o estipulado no caso *Kofoed*, ao afirmar que os factos constitutivos de fraude ou abuso não podem fundamentar um direito previsto pelo Direito da União, e que a recusa da atribuição de uma vantagem com base numa Diretiva não equivale a impor uma obrigação ao particular afetado por força da Diretiva, mas sim que os requisitos para a obtenção da vantagem reclamada, estabelecidos pela própria Diretiva, apenas se encontram formalmente preenchidos, pelo que às autoridades tributárias e órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros cumpre recusar a vantagem resultante da Diretiva, cumprindo com o princípio geral de proibição de práticas

¹¹¹ PABLO A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)*, in *European Taxation*, vol. 59, n.º 9, 2019, pág. 412.

¹¹² Cfr. Parágrafo n.º 77 do Acórdão *T Danmark*, e parágrafos n.º 104 e 111 do Acórdão *N Luxembourg I*.

¹¹³ STEFAN VOGENAUER, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in STEFAN VOGENAUER e RITA DE LA FERIA *Prohibition of Abuse of Law, A New General Principle of EU Law?*, in *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, Hart Publishing, 2011, pág. 551.

abusivas, nos termos do qual o direito da União não pode aceitar práticas abusivas de operadores económicos¹¹⁴.

3.2.2. O abuso fiscal ao nível das Diretivas

Quer ao nível da fiscalidade indireta quer da fiscalidade direta, o papel do TJUE foi e continua a ser fulcral para a emergência do conceito de abuso. Por sua vez, as Diretivas da União vertem uma preocupação com a limitação e combate a práticas abusivas, no entanto nestes instrumentos de direito secundário não se concretiza a densificação do conceito de abuso, nem tão pouco em que consiste práticas abusivas ou razões comerciais válidas.

Veja-se, para o efeito, a Sexta Diretiva de IVA¹¹⁵, a qual faz uma referência à importância do combate à fraude e elisão fiscal, na qual se estipula que “o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, pode autorizar os Estados-Membros a introduzir medidas especiais derogatórias da presente directiva para simplificar a cobrança do imposto ou para evitar certas fraudes ou evasões fiscais. As medidas destinadas a simplificar a cobrança do imposto não devem influir, a não ser de modo insignificante, sobre o montante do imposto devido no estágio de consumo final”¹¹⁶, e a Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, e que apresenta no seu elenco um conjunto de artigos que vertem essa mesma preocupação, vendo-se a título de exemplo o segundo parágrafo do artigo 11.º, o segundo parágrafo do artigo 19.º, o n.º 1 do artigo 80.º, o artigo 131.º, o n.º 2 do artigo 158.º, e a preocupação com a adoção de medidas de simplificação e de prevenção da fraude ou elisão fiscais, presente na secção 1, do capítulo 2 da presente Diretiva.

Igualmente em matéria de fiscalidade direta existe uma referência à proibição de práticas abusivas. Veja-se a Diretiva relativa a fusões, cisões e aquisições, que cria regras comuns aplicáveis às reestruturações empresariais por forma a que as empresas se tornem neutras ao nível concorrencial, bem como refere a necessidade da criação de mecanismos de combate à dupla tributação¹¹⁷, a Diretiva sobre juros e *royalties*, na qual é autorizada a adoção de medidas internas ou convencionais contra

¹¹⁴ Parágrafos n.º 89 e 90 do Acórdão *T Danmark*, e parágrafos n.º 119 e 12 do Caso *N Luxembourg I*.

¹¹⁵ Sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros, respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios, posteriormente alterada pela Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do IVA. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

¹¹⁶ Conforme o exposto no artigo 27.º da Sexta Diretiva.

¹¹⁷ Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro, e que alterou a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990. Ambos os documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

práticas abusivas, nos termos do Considerando n.º 6 e do artigo 5.º da mesma ¹¹⁸, a Diretiva Sociedades-mães e sociedades afiliadas, que introduz uma norma mínima comum aplicável a práticas abusivas que têm como objetivo conceder benefícios a uma montagem ou série de montagens desenvolvidas com uma das finalidades principais de obtenção de uma vantagem fiscal que frustrate as principais disposições relevantes da presente Diretiva, nos termos do Considerando n.º 1, baseando-se num critério de não genuinidade das condutas tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes que levaram à prática de tais montagens¹¹⁹, e a Diretiva relativa à cooperação administrativa na troca obrigatória de informações no domínio da fiscalidade, cujo intuito se baseia no reforço da eficácia na cobrança de impostos através de uma troca automática de informações entre as administrações fiscais dos diferentes Estados-Membros, procurando aumentar a transparência dos sistemas de tributação e combater a não tributação de determinados rendimentos¹²⁰.

3.2.3. Nota conclusiva

Da análise dos trabalhos desenvolvidos quer ao nível jurisprudencial quer ao nível das Diretivas, constatamos que nem no domínio europeu existe um conceito de abuso devidamente densificado.

Encontramos referências à necessidade de combater as práticas abusivas no texto das Diretivas, sem, contudo, definir o tipo de condutas ou a forma de averiguar as condutas abusivas. O que as Diretivas nos fornecem são diretrizes (explícitas ou tácitas) sobre o modo como os Estados-Membros devem atuar quando existe um aproveitamento ilegítimo de vantagens previstas nas mesmas.

Com o acórdão *Halifax* aplica-se o teste de abuso aferido em *Emsland-Stärke* em toda a sua extensão. O TJUE considera existir abuso quando o sujeito tenha como a finalidade essencial¹²¹ da operação a obtenção de uma vantagem fiscal. Em *Part Service* o TJUE sustenta a sua posição ao considerar que a obtenção de uma vantagem fiscal constitui o fim essencial da operação ou operações em causa – o que indica que em fiscalidade indireta, o critério é o de *essential aim*. Também no domínio da fiscalidade direta encontramos referências a conceitos como “razões económicas válidas” subjacentes à operação como consta do acórdão *Kofoed*, e a “expedientes puramente artificiais”,

¹¹⁸ Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0049>.

¹¹⁹ Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de países da EU diferentes, posteriormente alterada pela Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014 e pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015. Documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹²⁰ Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, e que altera a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011 no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade. Ambos os documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹²¹ E não apenas a única, como profere o Advogado-Geral Poiares Maduro.

invocado pelo TJUE através do acórdão *Cadbury Schweppes*, no qual a artificialidade se apresenta como um elemento essencial na aferição da existência de abuso.

O critério dos “expedientes puramente artificiais” apresenta-se, enfim, como um elemento que abarca os restantes conceitos utilizados para a delimitação de práticas abusivas. Tornou-se inclusive na expressão preferencial do TJUE, aquando da utilização do operador abuso, por forma a aferir se a restrição trazida à colação por um conflito entre as normas internas antiabuso e o direito europeu poderá ser justificada, ou se a norma interna se apresenta como incompatível com o direito da União. Em suma, o acórdão *Cadbury Schweppes* é aquele que tem vindo a ganhar maior relevância sobretudo no domínio da fiscalidade direta.

3.3. Perspetiva nacional

De acordo com SALDANHA SANCHES, para que possamos falar de abuso em matéria fiscal, “[o] negócio terá de situar-se numa zona do ordenamento jurídico-tributário onde haja uma intenção inequívoca de tributar: a intenção inequívoca expressa na lei, que de certo modo explica o percurso desviante tomado pelo sujeito passivo da obrigação fiscal”¹²².

Na esteira de MANUEL FREITAS PEREIRA, o abuso em direito fiscal consiste no uso instrumental de uma norma ou regime tipificado por lei, com o intuito de obter uma vantagem não pretendida pela ordem jurídica, o que acontece, nomeadamente, quando os obrigados tributários fazem uso de formas e negócios jurídicos lícitos não coincidentes com a realidade económica que lhes é subjacente, conseguindo retirar benefícios com essas práticas¹²³.

O abuso no Direito fiscal representa a tensão existente entre o princípio da tipicidade e a liberdade gestão privada – isto porque o contribuinte pode adotar os comportamentos que pretender, desde que os mesmos não reflitam uma ofensa para os interesses do Fisco, e, logicamente, ao Interesse público.

No Ordenamento jurídico nacional, o abuso em direito fiscal tem por base diferentes teorias explicativas, nomeadamente: teoria do abuso do direito subjetivo, teoria de fraude à lei e teoria do abuso de formas jurídicas. Foi sensivelmente na década de 70 que em Portugal diversas vezes da

¹²² J. L. SALDANHA SANCHES, *Os limites...*, *op.cit.*, pp. 31-32.

¹²³ MANUEL HENRIQUES DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade, Fiscalidade*, 6.ª edição, Edições Almedina, 2018, pág. 401 e seguintes.

doutrina se debruçaram sobre a temática da elisão fiscal e conseqüente combate mais eficaz e racional a tais práticas.

A teoria do abuso de direito subjetivo, defendida por MARIA FERNANDA TRIGO DE NEGREIROS¹²⁴, diz-nos que o direito subjetivo dos indivíduos, no seio da sua liberdade contratual, se encontra limitado pelos interesses inerentes à cobrança de receita tributária do Estado, pelo que o direito subjetivo dos contribuintes determinarem as suas posições contratuais encontra-se limitado pela necessidade de prossecução do Interesse público, pelo que o “direito” da escolha fiscal mais favorável ou conveniente será abusivo quando se concretize em esquemas anómalos dos quais resulte uma lesão de interesses fiscais do Fisco.

Na teoria da fraude à lei, preconizada por SALDANHA SANCHES¹²⁵, GUSTAVO LOPES COURINHA¹²⁶ e PEDRO MENEZES CARDOSO¹²⁷, “o negócio que seja celebrado em fraude à lei consiste no contorno ou burla da lei imperativa em causa. Ou seja, atinge o resultado proibido por esta norma, denominada de norma defraudada, não através da sua violação direta, (...) mas, pelo contrário, por utilização de meios (um ou mais actos ou negócios jurídicos) que são, à partida, plenamente lícitos, posto que efectuados ao abrigo de uma determinada norma (norma de cobertura) e de um poder de livre estipulação negocial”¹²⁸, em que “o contribuinte que, através de actos em si mesmo lícitos mas anómalos, atinge resultados económicos equivalentes aos que obteria pelas vias normais da previsão legal, mas ficando isento ou tributado em menor medida, contorna a lei fiscal. Estamos perante uma situação substancialmente idêntica à do indivíduo que, para não violar determinada proibição legal de doar, efectua uma venda por preço irrisório. A única diferença resulta de ali estarmos no campo do Direito Fiscal, aqui do Direito Civil”¹²⁹.

A teoria do abuso de formas jurídicas procura combater o abuso de “estipulações legalmente admissíveis por parte do contribuinte, pelo que certas formas ou configurações montadas em termos arrevesados ou inusuais e dirigidas à obtenção de uma vantagem fiscal, não devem ser admitidas”¹³⁰. O juízo de censura decorre da preponderância atribuída ao elemento fiscal em detrimento do elemento económico presente no negócio ou esquema praticado. Esta teoria aceita que o contribuinte tem a

¹²⁴ MARIA FERNANDA TRIGO DE NEGREIROS, *A evasão legítima e o abuso de direito no sistema jurídico português*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 151, 1971.

¹²⁵ J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, *op. cit.*, pág. 131.

¹²⁶ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*, pág. 124.

¹²⁷ PEDRO MENEZES CARDOSO, *Os desafios da “maioridade” da cláusula geral anti-abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*, Lisboa, AAFDL, 2017 pág. 397.

¹²⁸ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso...*, *op. cit.*, pp. 134-135.

¹²⁹ JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Elisão fiscal e cláusula geral-anti abuso*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, 2006.

¹³⁰ GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 209.

faculdade de autorregular os seus interesses, pelo que é aceite que o contribuinte opte pelo negócio fiscalmente menos oneroso, desde que o elemento fiscal não se sobreponha aos restantes elementos que compõem o negócio em causa.

Preconizando pela aplicação da teoria da fraude à lei, o abuso em direito fiscal ocorre quando estejamos perante negócios que procuram contornar uma proibição legal¹³¹ ou isentar-se de determinado tributo, tentando obter o mesmo resultado por caminhos diversos dos previstos ou proibidos na lei.

3.4. Porque é importante combater o abuso em direito fiscal?

Chegados a este ponto da nossa exposição, podemos concluir que o combate a comportamentos abusivos é uma tarefa de extrema relevância para o equilíbrio do próprio sistema fiscal. Isto porque a minimização dos impostos a suportar, quer de uma perspetiva pessoal quer empresarial, tende a ser uma prática latente nos dias de hoje, pelo que muitas vezes os contribuintes procuram essa mesma otimização por via de esquemas que contrariam o espírito e sentido das normas fiscais.

As principais consequências da elisão fiscal resultam na não concretização do princípio da igualdade tributária, numa vertente horizontal e vertical, e num fenómeno agudo de distorção da concorrência, com impactos a nível económico. Por isso, torna-se imperativo um esforço coletivo dos Estados em afastarem da esfera negocial qualquer esquema que implique um dano ao Interesse público.

O fenómeno da globalização, que sustenta o incremento do intercâmbio de fluxos financeiros a nível internacional, através do qual “o capital não tem pátria e desloca-se a grande velocidade para onde lhe são oferecidas condições mais vantajosas”¹³², abriu portas a que o problema da elisão fiscal se fosse agudizando.

Poderão ser apontados diversos fatores que contribuiram para a proliferação de tais comportamentos, desde a crescente mobilização de pessoas e capitais, a presença de empresas multinacionais em diferentes territórios, ao progresso e habilidade dos contribuintes no

¹³¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 1992, Edições Almedina.

¹³² LUIS MENEZES LEITÃO, *O controle e combate às práticas tributárias nocivas*, in *Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, 2007, pág. 87.

desenvolvimento de práticas elisivas cada vez mais complexas, consequência de políticas com pouco impacto no combate a tais comportamentos, o que facilita as possibilidades – quase que infinitas – dos contribuintes de encontrarem sempre novas formas de contornar ou subverter as previsões normativas.

Considerando as repercussões negativas sentidas nos sistemas fiscais dos diferentes Estados, não será suficiente assinalar as consequências da fuga ao Fisco – das quais poderá resultar, entre outras, o agravamento da carga fiscal para aqueles que não se imiscuem da responsabilidade de contribuir para o Interesse público, nos termos estipulados pela lei – sendo igualmente necessário e imperativo encarar a luta contra a elisão fiscal como prioridade.

Assim, para que o equilíbrio entre as pretensões do Estado e dos contribuintes seja alcançado, não só aos Estados incumbe a tarefa de, numa primeira linha, prevenir a proliferação de comportamentos abusivos, identificando-os e combatendo-os por via da adoção de políticas e medidas legislativas suscetíveis de mitigar riscos de contorno ou exploração de lacunas legais; em segunda linha, e na impossibilidade de prever todos os comportamentos dos contribuintes que procuram desviar-se do espírito das normas fiscais, a adoção de medidas que legitimam uma reação da Administração tributária contra práticas abusivas, *a posteriori*.

Em suma, o abuso em direito fiscal deve ser combatido numa ótica não só de justiça fiscal, como de equilíbrio na pretensão das partes – Estado e contribuintes – pois quanto mais justo for o sistema fiscal, mais facilmente os Estados poderão atender às necessidades do Interesse público e, por sua vez, mais confiança terão os contribuintes no Estado e Administração fiscal. Os Estados devem adotar medidas internas de combate ao abuso – nomeadamente no combate aos chamados paraísos fiscais, e que, conseqüentemente, distorcem a concorrência fiscal internacional – assim como devem cooperar na adoção de medidas numa perspetiva internacional, nomeadamente no combate à utilização indevida de tratados e convenções fiscais, nomeadamente das Convenções para evitar a Dupla Tributação.

CAPÍTULO II – A RELEVÂNCIA DE NORMAS GERAIS ANTIABUSO NO COMBATE AO PLANEAMENTO FISCAL ABUSIVO

Após uma análise preliminar sobre o conceito de abuso, o seu enquadramento nos comportamentos de reação dos contribuintes à cobrança de impostos, e a forma como os diversos Ordenamentos – internacional, europeu e nacional – tratam a questão do planeamento fiscal abusivo, podemos concluir que os comportamentos de planeamento, quer este seja lícito ou ilícito, assentam num jogo de vontades: por um lado, a vontade dos contribuintes em reduzir os seus encargos fiscais, e por outro lado a pretensão do Estado/legislador em estabelecer quais as realidades que devem estar isentas ou sujeitas a um nível de tributação mais reduzido, comparativamente com outras¹³³. Não obstante os contribuintes possam exercer as suas liberdades nomeadamente em termos de tomadas de decisão sobre a gestão das suas economias, encontram-se todavia limitados quando de tal exercício resultarem danos para o Interesse público, i.e., os contribuintes poderão guiar-se por “critérios de elisão ou evitação dos impostos (*tax avoidance*) ou de aforro fiscal, desde que, por uma tal via, não violem leis fiscais, nem se abuse da (liberdade de) configuração jurídica dos factos tributários, provocando evasão fiscal ou fuga aos impostos através de puras manobras ou disfarces jurídicos da realidade económica”¹³⁴.

O aumento de comportamentos de elisão fiscal, propulsionados essencialmente por intermediários fiscais como os profissionais da consultoria fiscal, tem impactuado de forma relevante na tesouraria dos Estados, provocando não só a erosão da base tributável, como também coloca em risco a integridade e justiça dos sistemas fiscais. Esta sobrecarga leva a que os Estados necessitem de reforçar a carga fiscal suportada pelos contribuintes, por forma a suprir as carências no orçamento estadual. Consequentemente, os contribuintes sentem-se desencorajados quanto ao cumprimento das suas obrigações fiscais, aumentando significativamente os custos administrativos de fiscalização por parte do Estado¹³⁵.

Procurando dar uma resposta aos comportamentos elisivos¹³⁶, os Estados adotam medidas preventivas, procurando consciencializar os contribuintes para a necessidade e importância do pagamento de impostos, ou introduzem na sua legislação interna medidas sancionatórias, e que atuam

¹³³ FILIPE JOÃO SARAIVA FERNANDES, *A decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, Braga, 2012, pág. 17. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

¹³⁴ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2010, pág. 127.

¹³⁵ PEDRO MENEZES CARDOSO, *Os Desafios da “Maioridade” da Cláusula Geral Anti-Abuso: Análise Estática e Dinâmica do seu Estado Evolutivo*, Lisboa, AAFDL, 2017, pág. 24.

¹³⁶ Sendo que, para o nosso trabalho, iremos analisar os comportamentos abusivos, apenas.

em momento posterior à prática dos comportamentos abusivos, reprovando-os. Relativamente às primeiras, os Estados procuram alertar para os benefícios decorrentes do pagamento de impostos, bem como se preocupam em clarificar os contribuintes quanto ao destino da receita arrecadada. Apesar de terem por objetivo promover uma certa “Educação Fiscal”, por vezes não conseguem cumprir com essa missão, pelo que os contribuintes conseguem, ainda assim, adotar comportamentos abusivos. Perante este cenário, urge a implementação e integração de normas concretas ou princípios gerais de direito de prevenção ao abuso em direito fiscal, cuja tónica assenta na garantia de mecanismos capazes de combater de forma eficaz o planeamento fiscal *extra legem*. Em termos gerais, os Estados podem adotar diferentes tipos de reação ao planeamento fiscal abusivo. Desde já, podem nem sequer adotar qualquer medida específica, servindo-se apenas da figura da simulação para combater práticas abusivas. Alguns Estados adotam normas gerais antiabuso, não obstante os elementos que configuram tais normas possam diferir de Estado para Estado. Outros países adotam um princípio geral de prevenção de abuso em matéria fiscal, desenvolvido pela via jurisprudencial, da qual surgiram várias teorias de averiguação de abuso, tais como a *step transactions*, a *business purpose*, e a *economic substance*. Outros Estados adotam simplesmente normas específicas antiabuso, dirigidas a condutas específicas de abuso. Por fim, a generalidade dos Estados adota uma combinação de abordagens, entre normas gerais e específicas antiabuso, e as construções em sede jurisprudencial no combate ao abuso em direito fiscal¹³⁷.

No âmbito da nossa dissertação, iremos focar-nos nas normas gerais antiabuso, no sentido de procurarmos perceber quais os avanços realizados no panorama internacional, europeu e nacional desta forma de reação dos Estados ao abuso em matéria fiscal. Iremos primeiramente analisar os avanços desenvolvidos essencialmente pela OCDE e o G20, no âmbito do Plano de Ação BEPS. Posteriormente, e em consequência da preocupação com o combate a práticas abusivas também no seio da União, o nosso foco será na análise da Diretiva Antielisão, a qual consagra uma cláusula geral antiabuso, a ser aplicável nos Ordenamentos internos dos Estados-Membros. Seguidamente, iremos debruçar-nos sobre o panorama nacional, nomeadamente sobre a introdução de uma nova cláusula geral antiabuso, resultado da transposição da Diretiva Antielisão. Por fim, a nossa exposição procurará debruçar-se sobre a efetividade da norma geral antiabuso desenhada no contexto internacional, procurando perceber como se realiza a articulação desta com as normas gerais antiabuso no plano europeu e nacional. Note-se que, embora estejamos perante normas de carácter geral, as vertentes de abuso que procuram combater são distintas: no plano internacional, o enfoque será o combate ao

¹³⁷ FRANCISCO ALFREDO GARCÍA PRATS, *The “abuse of tax law” ...*, op. cit., pp. 58-60.

abuso de tratados; no plano europeu, a preocupação prende-se com a harmonização de legislações internas dos Estados-Membros no domínio da fiscalidade direta; no plano nacional, a cláusula procura dirigir-se a práticas abusivas de cariz puramente nacional.

As normas antiabuso têm como objetivo identificar as práticas abusivas e desconsiderar os seus efeitos jurídicos, fazendo com que o ordenamento jurídico tenha em conta os efeitos fiscais que se observariam em circunstâncias ditas normais, sem a pretensão de fuga aos compromissos fiscais. São normas que visam combater “qualquer situação pela qual, em virtude da prática de determinados atos, se obtém uma carga tributária mais favorável ao contribuinte do que aquela que resultaria da prática dos atos normais e de efeito económico equivalente, sujeitos a tributação”¹³⁸.

Estas normas de carácter geral assentam num jogo de forças entre i) o Estado de direito ou o princípio da legalidade, e a segurança jurídica, e ii) a igualdade fiscal e, ocasionalmente, a capacidade contributiva – sendo que o objetivo passa pela equidade e eficácia da tributação¹³⁹. O equilíbrio certo entre os dois lados em jogo funda-se numa questão de redação legislativa, no respeitante à clareza dos testes aplicados, ao procedimento para o funcionamento da norma, e na tarefa de assegurar que o mesmo é posto em prática devidamente, à relação normativa interna e além-fronteiras, e à interpretação e construção judicial¹⁴⁰. As normas gerais antiabuso estão, assim, no centro do debate sobre o funcionamento (in)adequado dos sistemas fiscais e na proteção das bases tributáveis. A elisão fiscal reflete, assim, uma relação implacável entre as autoridades fiscais e o contribuinte, na medida em que os limites do planeamento fiscal legítimo e ilegítimo permanece um pouco confuso¹⁴¹. Nesse sentido, e por forma a combater o abuso, a adoção de normas de carácter geral permite que os Estados procurem combater qualquer situação que comporte uma fraude à lei.

1. Plano internacional: o *Principal Purpose Test* enquanto medida geral de combate ao abuso de tratados

É no contexto internacional, através do desenvolvimento do Plano de Ação BEPS e da consagração de norma geral antiabuso denominada de *Principal Purpose Test* (PPT), que encontramos as primeiras mudanças no combate ao planeamento fiscal abusivo, e em concreto, a utilização

¹³⁸ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, pág. 172.

¹³⁹ PAULO ROSENBLATT e MANUEL E. TRON, *General Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 103, International Fiscal Association, Seoul, 2018, pág. 13.

¹⁴⁰ PAULO ROSENBLATT e MANUEL E. TRON, *General Report*, *op. cit.*

¹⁴¹ PAULO ROSENBLATT e MANUEL E. TRON, *General Report*, *op. cit.*

indevida de tratados fiscais. De facto, a ordem internacional passou da adoção de um princípio orientador, previsto no Comentário à CMOCDE, para a elaboração de uma norma geral antiabuso, prevista desde 2017 no n.º 9 do artigo 29.º da CMOCDE. Esta norma foi criada com o intuito de lidar com esquemas e transações que não cabem no escopo das normas específicas antiabuso, como por exemplo as cláusulas relativas ao beneficiário efetivo¹⁴².

A norma dita o seguinte: *“Independentemente das restantes disposições da presente Convenção, deverá ser negada a atribuição de um benefício ao abrigo da presente Convenção respeitante a matéria de rendimento ou capital se for razoável concluir, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos para a celebração de qualquer esquema ou transação que resultou direta ou indiretamente em tal benefício, salvo se for possível estabelecer que garantir tais benefícios nessas circunstâncias esteja em conformidade com o objeto e propósito das disposições relevantes da presente Convenção”*¹⁴³.

Ora, a presente disposição encontra-se em harmonia com o princípio orientador previsto no Comentário ao artigo 1.º da CMOCDE, na medida em que, para desencadear a aplicação de uma disposição antiabuso, será suficiente que as autoridades tributárias invoquem a obtenção de uma vantagem fiscal como uma das finalidades principais para o desenvolvimento de determinados esquemas ou transações. Não obstante este facto, JOÃO SÉRGIO RIBEIRO defende que a consagração do combate ao abuso de tratados numa norma tem o seu mérito¹⁴⁴. Em primeiro lugar, pelo facto de se encontrar plasmada numa norma que os Estados poderão incluir nos seus tratados fiscais, fornecendo assim um sentimento de maior segurança jurídica face à previsão de um princípio meramente orientador. Em segundo lugar, salienta que a norma funciona como um mecanismo de *ultima ratio*, i. e., quando a adoção de outras medidas antiabuso se torna insuficiente no combate ao planeamento fiscal abusivo. Ademais, sustenta que a OCDE e o G20 apresentam no Relatório Final um Comentário, cuja função passa por auxiliar os Estados e os legisladores das diferentes jurisdições a aplicarem a norma às situações concretas¹⁴⁵.

¹⁴² IAN ZAHRA, *The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 3, n.º 11, 2019, pág. 3.

¹⁴³ Tradução nossa da disposição prevista no Relatório Final sobre a Ação 6, que dispõe do seguinte: *“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”*. Cfr. OCDE, *Preventing the Granting...*, op. cit., secção A, pág. 55.

¹⁴⁴ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *International Taxation: New Challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, pág. 96.

¹⁴⁵ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *International Taxation...*, op. cit.

Embora funcione como uma norma de *ultima ratio*, o PPT goza de caráter de precedência ou prevalência face a outras disposições do tratado¹⁴⁶. Isto resulta do próprio texto da norma, que refere que os benefícios previstos num determinado tratado não serão aplicáveis se os requisitos estiverem preenchidos, e, note-se, independentemente das restantes disposições do tratado. Assim, verificados que estejam os elementos da norma no caso concreto, a mesma aplica-se independentemente do que as restantes disposições do tratado prevejam, pelo que a máxima *lex specialis derogat legi generali* não se aplica quando se esteja perante o confronto entre uma norma específica e a norma de caráter geral do PPT.

Por forma a podermos fazer uma comparação com as diferentes normas gerais antiabuso nos diferentes planos – internacional, europeu e nacional – iremos adotar uma terminologia que nos parece ser a mais adequada, relativamente aos elementos que compõem as diferentes normas – sendo nossa preocupação explorar as componentes da norma e procurar compreender quais as características que deverão estar presentes nas condutas dos contribuintes, suscetíveis de preencher os preceitos normativos do que possa ser considerado como abusivo.

Para esse efeito, iremos decompor cada uma das normas nos seguintes elementos: elemento resultado, elemento meio, elemento subjetivo, elemento normativo, elemento sancionatório.

Daqui em diante, o nosso trabalho irá no sentido de procurar perceber se, face aos elementos previstos na norma, estes fornecem os contributos necessários por forma identificar e reprovar justa e corretamente situações abusivas, pelo que a nossa exposição não irá no sentido de explicitar em que casos se aplica uma norma geral antiabuso. O que se procura é, pois, identificar as vantagens e as lacunas de cada uma das formulações das normas em estudo.

1.1. Decomposição da regra do PPT

1.1.1. Elemento resultado

O elemento objetivo representa o resultado que se pretende alcançar com determinada conduta, i.e., o benefício que um determinado contribuinte pretende obter. Esse benefício entende-se como uma otimização da situação fiscal do contribuinte resultante da aplicação de uma ou várias

¹⁴⁶ BLAZEJ KUZNIAK, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Implementation*, in *World Tax Journal*, vol. 10, n.º 2, 2018, pág. 8.

disposições de tratados, em comparação com a situação fiscal que resultaria da aplicação de outras normas de tratados ou legislação interna do Estado contratante a que pertence¹⁴⁷.

De acordo com o exposto no parágrafo n.º 7 do comentário à presente norma, o termo “benefício” inclui todo o tipo de limitações à tributação devida no Estado da fonte ao abrigo dos artigos 6.º a 22.º da CMOCDE, ou seja, qualquer redução, isenção, diferimento ou restituição do pagamento de impostos e contribuições; o alívio da dupla tributação nos moldes do artigo 23.º da CMOCDE; a proteção fornecida aos residentes e aos nacionais de um Estado contraente nos termos do artigo 24.º da CMOCDE, bem como quaisquer outras limitações similares¹⁴⁸. No fundo, será tudo o que se apresente como uma vantagem fiscal para o contribuinte em prol de um prejuízo fiscal para o Estado titular do direito de tributar, mas tendo sempre em consideração o âmbito de aplicação do tratado e os tributos a que o mesmo se destina, ou seja, ao abrigo da presente norma serão negadas as vantagens que coincidam com o âmbito de aplicação dos tratados em questão, no caso concreto¹⁴⁹.

Ainda no seguimento do mesmo parágrafo, encontramos refletidos exemplos que permitem compreender a atribuição de benefícios na dinâmica fiscal internacional: o de um Estado Contratante se encontrar limitado nos seus poderes de tributar dividendos, juros e *royalties* gerados no seu território, e que são pagos a um residente de outro Estado (que é o beneficiário efetivo) ao abrigo dos artigos 10.º a 12.º da CMOCDE; o de um Estado Contratante se encontrar limitado no seu direito de tributar ganhos de capital consequência da alienação de bens imóveis localizados nesse mesmo Estado, por um residente de outro Estado ao abrigo do artigo 13.º da CMOCDE¹⁵⁰.

Em suma, o termo “benefício” sugere a existência de uma situação vantajosa, com um impacto maior ou menor na gestão fiscal dos Estados e na carga fiscal suportada pelos contribuintes, em comparação com a que estariam sujeitos caso determinado benefício não tivesse sido atribuído decorrente do fluxo negocial normal. Contudo, questionamo-nos se todo e qualquer benefício obtido ou com vista a obter, deverá ser tratado de igual forma, considerando uma escala de proporcionalidade de tratamento consoante o tipo de benefício que se pretende almejar. Em todo o caso, e considerando a existência de um esquema abusivo, será de se aplicar a consequência prevista em contexto de normas antiabuso: a reposição da situação que existiria na ausência de tal esquema de cariz abusivo – sendo que, confirmando-se que o objetivo prosseguido pelo contribuinte foi alcançado por recurso a esquemas artificiosos, e dos quais resultou um benefício fiscal independentemente da sua tipologia, a

¹⁴⁷ MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, in *Tax Notes International*, 2014, pág. 657.

¹⁴⁸ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, parágrafo n.º 7, pág. 56.

¹⁴⁹ MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing...*, *op. cit.*, pág. 656.

¹⁵⁰ OCDE/G20, *Preventing...*, *op. cit.*

reposição do montante a entregar ao Estado dependerá da vantagem obtida, considerando que, em nosso entendimento, o objetivo a alcançar com o recurso a normas gerais antiabuso será a aplicação proporcional das mesmas.

1.1.2. Elemento meio

Partindo do pressuposto que foi atribuído um benefício, continuaremos o nosso trajeto de análise da norma do PPT, pois só apenas através da verificação de que o resultado pretendido foi obtido, é que, em nosso ver, fará sentido analisar os restantes elementos com vista ao trajeto traçado, e quanto à censurabilidade de tal comportamento.

Relativamente ao elemento meio, este consiste nos mecanismos ou instrumentos utilizados pelo contribuinte, para a obtenção de tal benefício. Concretamente, a OCDE e o G20 determinam no comentário que este elemento consiste em esquemas ou transações dos quais resulte, direta ou indiretamente, o benefício¹⁵¹. Diz-nos o parágrafo n.º 8 do Comentário à norma do PPT que a expressão “*that resulted directly or indirectly in that benefit*” é propositadamente abrangente, destinada a incluir situações em que o contribuinte que reclame a aplicação dos benefícios ao abrigo de um tratado fiscal possa fazê-lo em relação a uma transação que não tenha sido realizada com um dos principais objetivos de obtenção de tal benefício¹⁵², ou seja, a norma aplica-se mesmo a situações em que um dos principais objetivos não tenha sido, obrigatoriamente a obtenção de um tratamento fiscal mais favorável – o que releva, é a existência de vantagem fiscal por via da prática de tais esquemas ou transações, ainda que o benefício fiscal não tenha sido o principal objetivo a atingir.

Por forma a ilustrar a presente descrição, os criadores do Projeto BEPS apresentam o seguinte exemplo: a empresa T, residente no Estado T, adquiriu todas as ações e dívidas da empresa S, residente do Estado S, detidas anteriormente pela sociedade-mãe da empresa S. Entre outras situações, as dívidas incluem um empréstimo feito à empresa S, com uma taxa de juros de 4%. O Estado T não celebrou qualquer convenção fiscal com o Estado S, pelo que quaisquer juros pagos pela empresa S à empresa T encontram-se sujeitos a um imposto de retenção na fonte de 25%, em conformidade com a legislação nacional do Estado S. No entanto, ao abrigo de uma convenção fiscal celebrada entre o Estado R e o Estado S, não existe retenção na fonte sobre juros pagos uma entidade residente num dos Estados Contratantes, detida por uma entidade residente do outro Estado

¹⁵¹ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, op. cit., pág. 57.

¹⁵² OCDE/G20, op. cit.

contratante. Neste contexto, a empresa T decide transferir o empréstimo para a sua filial situada no Estado R, no qual os juros devidos estão cotados a 3,9%. Neste exemplo, se ficar comprovado que um dos principais objetivos da empresa T, através da transferência do seu empréstimo para a sua filial no Estado R, tenha sido a obtenção de um benefício previsto pelo tratado celebrado entre o Estado R e o Estado S, então seria aplicável a presente disposição para negar a atribuição de tal vantagem, uma vez que o mesmo resultaria indiretamente através da transferência de um empréstimo¹⁵³.

Assim, e por serem termos propositadamente abrangentes, incluem qualquer entendimento, contrato, acordo, esquema, transação ou série de transações; qualquer criação, cessão, aquisição ou transferência de rendimento ou bem para o qual o rendimento reverta; qualquer esquema que potencie ou mantenha as condições da pessoa de qual deriva o rendimento, ou seja, a sua qualificação enquanto residente de um dos Estados contratantes, ou as condições a cumprir com vista ao estabelecimento de residência, entre outros¹⁵⁴.

Por forma a concretizar o conceito de “esquema”, o Relatório Final apresenta no parágrafo n.º 9 o exemplo das reuniões do conselho de administração de uma empresa que ocorrem num país diferente, permitindo alegar a alteração da residência para o país onde as reuniões passaram a decorrer, manipulando, assim, a residência em prol da obtenção de um benefício fiscal¹⁵⁵. Considerando este exemplo, verificamos ser preponderante a existência de um nexo de causalidade entre o esquema executado e a obtenção do benefício para que possamos avaliar e determinar, ainda que numa análise primária e sem a verificação dos restantes elementos constituintes da norma, que os benefícios poderão ser negados. Aqui, a manipulação da residência consiste num “esquema ou transação”, que é, por sua vez, um meio para atingir o resultado pretendido: o de obtenção de um tratamento fiscal mais favorável, conferido pela celebração de determinado tratado entre entidades residentes onde as reuniões ocorrem.

Assim, a consideração de que, da concretização de determinado esquema ou transação possa resultar um benefício fiscal para um contribuinte, permite às autoridades tributárias do Estado da fonte negar a atribuição dos benefícios do tratado, mesmo que resultem indiretamente de uma reestruturação abusiva¹⁵⁶.

¹⁵³ OCDE/G20, *op. cit.*

¹⁵⁴ OCDE/G20, *op. cit.*

¹⁵⁵ *Op. cit.*

¹⁵⁶ IAN ZAHRA, *The Principal Purpose Test...*, *op. cit.*, pág. 19.

Considerando esta construção com um espectro abrangente, cumpre-nos apresentar uma primeira reflexão, a qual iremos desenvolver mais aprofundadamente quando tecermos considerações críticas à norma do PPT. Não estarão os criadores do Projeto BEPS a ir longe demais, ao considerar como abusivas meras casualidades? Deverá um determinado esquema ou transação, que não tinha como finalidade subjacente a obtenção de uma vantagem fiscal, mas, ainda que acidentalmente ou por uma mera eventualidade a mesma tenha sido atribuída, ser considerado abusivo e, conseqüentemente, se aplicar a norma do PPT? O resultado indireto de obtenção do benefício enquanto critério para aplicação da norma parece-nos, em nossa opinião, bastante falível, uma vez que o contribuinte corre o risco de ver abrangidas realidades que não configuram um verdadeiro abuso, pelo que, *ad minimum*, tal requisito deveria ser reformulado.

1.1.3 Elemento subjetivo

Traçados os elementos resultado e elemento meio, iremos agora debruçar-nos sobre as motivações do contribuinte para o desenvolvimento de esquemas em que, não havendo uma violação direta da lei, se circunda o seu espírito por forma a obter o resultado que a norma prescreve, mas para situações que não haviam sido projetadas pelo legislador aquando da elaboração das normas fiscais.

O elemento subjetivo avalia a conduta do contribuinte, com base naquilo em que o mesmo acreditava ou conhecia à data da prática de determinado comportamento¹⁵⁷. As motivações que procuramos aferir terão de estar conectadas diretamente com as operações desenvolvidas, isto porque será bastante complexo (se não impossível) comprovar convicções íntimas do contribuinte. Assim, o elemento subjetivo poderá ser encarado como um elemento finalístico, por via do qual se pretende apurar objetivamente as convicções do contribuinte, reveladas para efeitos jurídicos através da expressão de factos que preencham previsões normativas; por outras palavras, o que se procura desvendar é qual a finalidade das transações e esquemas desenvolvidos, tendo em consideração a finalidade que se pretende alcançar com os mesmos¹⁵⁸, pelo que quando as autoridades tributárias e, posteriormente, os tribunais se debruçarem sobre a análise do elemento subjetivo, procurarão averiguar o propósito do esquema ou transação e não necessariamente a intenção do contribuinte¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CRAIG ELLIFFE, *The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Blind Them All?*, in *World Tax Journal*, Volume 11, N.º 1, IBFD, 2019, pág. 11.

¹⁵⁸ CRAIG ELLIFFE, *The Meaning of the Principal Purpose Test...*, *op. cit.*, pág. 12.

¹⁵⁹ CRAIG ELLIFFE, *op. cit.*, pág. 19.

O Comentário ao Relatório Final sobre a ação 6 determina, que, para averiguar se uma das motivações principais do contribuinte foi a obtenção de uma vantagem fiscal ao abrigo de um tratado, será importante efetuar uma análise objetiva das finalidades e objetivos das pessoas envolvidas nos esquemas ou transações, considerando para o efeito todas as circunstâncias em torno do esquema numa análise casuística¹⁶⁰. Diz-nos ainda o parágrafo n.º 10 ao Comentário à norma do PPT que, na averiguação das finalidades do contribuinte, não será necessário encontrar prova conclusiva sobre a intenção do mesmo, devendo apenas ser razoável concluir, após uma análise objetiva dos factos e circunstâncias relevantes, que um dos principais objetivos com a conclusão de um esquema ou transação consubstancia-se na obtenção de uma vantagem fiscal prevista num tratado¹⁶¹.

Neste sentido, para o elemento subjetivo releva o facto de a obtenção do benefício proveniente de um tratado fiscal ter de ser um dos principais objetivos do esquema ou transação. A finalidade do negócio deverá, portanto, ser apurada de forma objetiva por um lado, e casuística por outro, tendo em consideração os factos e circunstâncias relacionados com o esquema a analisar no caso concreto, assegurando, por esta via, justiça na análise das situações de abuso às quais as normas gerais antiabuso procuram dar resposta que, como já havíamos referido, se aplicam a uma generalidade de situações, na ausência da estipulação de normas específicas antiabuso.

Baseando-nos ainda no Relatório Final, diz-nos o parágrafo n.º 12 do Comentário que a obtenção de um benefício fiscal não terá de consubstanciar o único ou o principal objetivo para o desencadear de um determinado esquema ou transação abusivo, bastando para o efeito que estejamos perante um dos objetivos principais¹⁶². Para sustentar a sua posição os criadores do projeto BEPS apresentam o exemplo de um contribuinte que pretende vender a sua propriedade por variadíssimas motivações, mas se em momento prévio à venda se tenha tornado residente de um dos Estados Contratantes e um dos principais motivos para a venda seja a obtenção de um benefício previsto no tratado que convencionou, a norma do PPT aplicar-se-á independentemente do facto de poder haver outras motivações principais para a mudança de residência, tais como uma facilitação na venda da propriedade ou um reinvestimento das receitas provenientes da alienação¹⁶³.

Contudo, o Relatório Final considera que a norma do PPT não se aplicará quando seja razoável concluir que obter uma vantagem fiscal não foi uma consideração principal, logo não seria justificável entrar em determinado esquema ou transação que, isoladamente ou em conjunto com outras

¹⁶⁰ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 57.

¹⁶¹ OCDE/G20, *op. cit.*

¹⁶² OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 58.

¹⁶³ OCDE/G20, *op. cit.*

transações, resultariam no benefício¹⁶⁴. Quando a celebração de um determinado acordo esteja diretamente relacionada com a atividade comercial sem que exista a pretensão de obtenção de um benefício fiscal, diz-nos o Relatório Final que será improvável que a norma do PPT se aplique nestas situações.

Ora, no entender do grupo de trabalho referente ao Plano de Ação BEPS, a obtenção do benefício derivado de um tratado fiscal não necessita de consubstanciar a única, nem mesmo a finalidade preponderante do esquema ou transação que elaboram, bastando que se conte como uma das principais. Discordamos da visão apresentada pois consideramos que o facto de ser suficiente que para a aplicação da norma o benefício fiscal figure apenas entre uma das possíveis finalidades principais, se torna um critério demasiado amplo e perigoso; em nossa opinião, a finalidade em causa terá de ser no mínimo a mais significativa ou essencial, e no máximo a única motivação por detrás de um esquema ou transação tendo em vista um tratamento fiscal mais favorável, obtido em circunstâncias inapropriadas. De uma análise objetiva, terá de ser a vantagem através da qual o contribuinte terá mais a ganhar, sendo a poupança fiscal censurável se se revelar como abusiva face à norma de que se pretende aproveitar para obter a otimização da sua carga fiscal.

De acordo com LUC DE BROE, não poderemos considerar aceitável que sejam negados benefícios de tratado apenas porque a sua obtenção se encontra entre um dos principais motivos para a transação, se ao mesmo tempo o contribuinte demonstrar outras motivações principais e que estiveram também na base da sua decisão, com o mesmo ou maior nível de importância, como por exemplo motivações de índole económica¹⁶⁵.

Por forma a dificultar (ainda mais) o trabalho de aplicação da norma do PPT, o Comentário à norma não esclarece sobre qual o critério a aplicar para distinguir entre objetivos principais e secundários, assim como aquele que, dentro dos objetivos principais, permite distinguir entre os mais e menos preponderantes – o que realça o carácter vago da norma e o risco de os diferentes tribunais nacionais interpretarem a mesma norma de variadas formas¹⁶⁶.

¹⁶⁴ OCDE/G20, *op. cit.*

¹⁶⁵ LUC DE BROE, *Tax Treaty and the EU Law aspects of LOB and the PPT provision proposed by BEPS Action 6*, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy*, Robert Danon (Ed.), 2016, pp. 209-210.

¹⁶⁶ MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, in *Tax Notes International*, 2014, pp. 659-660.

1.1.4. Elemento normativo

O elemento normativo verifica-se quando o contribuinte pretende obter um resultado que vai de encontro ao texto da norma, mas que contraria o seu espírito, na medida em que os comportamentos não se enquadram no escopo de situações para as quais o legislador havia pensado a norma aquando da sua redação.

O legislador deverá refletir a contrariedade existente entre o texto da norma e o comportamento do contribuinte que desvirtua o espírito da mesma de uma forma clara e objetiva, tornando previsível o leque de situações às quais a norma se aplica, afastando qualquer sentimento de insegurança jurídica face aos mecanismos de combate ao planeamento fiscal abusivo. Ora, em sede do PPT, surge a referência ao critério de “razões comerciais válidas”, sem, contudo, a mesma se encontrar vertida no texto da própria norma, mas sim em sede de Comentário¹⁶⁷. O Comentário não apresenta carácter vinculativo, funciona antes como um instrumento de auxílio à interpretação de normas, pelo que a norma do PPT assume, quase automaticamente e de uma forma por nós considerada pouco prudente, que qualquer conduta poderá ser considerada como abusiva quando a mesma tenha como uma das motivações principais a obtenção de benefícios previstos em tratados fiscais.

Neste sentido, a inclusão de uma referência a artificialidade ou não genuinidade das condutas deverá ser pensada, por julgarmos indispensável este requisito para que os comportamentos possam ser corretamente analisados e, eventualmente, considerados antijurídicos. De facto, sem a previsão de tal consideração, o contribuinte encontra-se na tarefa complexa de provar que os seus comportamentos não constituem qualquer violação ao espírito das normas. Não existe uma clarificação do que possa ou não ser abusivo, ao mesmo tempo que os Estados se encontrarão numa posição complicada, pois partimos do pressuposto de que qualquer esquema se enquadra no escopo da norma, quando tal poderá não corresponder à realidade e assim, se desincentivar o investimento com receio de os contribuintes verem as suas estruturas negociais prejudicadas, e os Estados se verem impossibilitados de arrecadar receita fiscal, consequência da insegurança sentida pelos contribuintes, na escolha de investir (ou não) em determinado território.

É precisamente neste critério que encontramos a maior fragilidade da norma do PPT, tal como vertida na ação 6 do projeto BEPS: o facto de não ser possível identificar no texto da norma – sem o devido recurso ao Comentário – qualquer referência à exigência da artificialidade ou não genuinidade da conduta, para que a mesma possa ser considerada censurável. Nestes termos, a conduta será

¹⁶⁷ OCDE/G20, *op. cit.*, pág. 57.

abusiva *ab initio*, não existindo qualquer elemento que forneça uma maior clarificação e um enquadramento jurídico-fiscal mais preciso das condutas.

Apenas na parte final da norma encontramos aquilo a que podemos chamar de uma espécie de salvaguarda: a cláusula será automaticamente aplicável, a menos que se comprove que a atribuição do benefício, nas circunstâncias em que ocorreu, esteja de acordo com o objeto e finalidade das disposições relevantes do tratado¹⁶⁸. Ora, a construção da norma leva-nos a presumir, numa primeira análise, que todos os comportamentos são considerados abusivos pois, entre os seus principais objetivos encontra-se o de obter um benefício previsto em tratado; apenas se desconsiderando tal presunção se for possível provar que essa mesma concessão vai de encontro ao objeto e finalidade das disposições relevantes de um tratado. Parece-nos que o legislador construiu uma exceção à regra nos elementos da própria regra, e que por si só se apresenta de forma pouco clara, sendo difícil identificar a quem pretende incumbir a tarefa de estabelecer ou provar que foram respeitadas as disposições relevantes de um tratado. De facto, no parágrafo n.º 10 do Comentário, sublinha-se que não será necessária a existência de prova conclusiva sobre as intencionalidades do autor dos esquemas ou transações, sendo suficiente que seja razoável concluir, com base em presunções e tendo em conta os factos e circunstâncias relevantes, que houve a intenção de beneficiar indevidamente de um tratado.

De uma forma geral, esta disposição procura alcançar um equilíbrio entre os interesses do contribuinte com os interesses das autoridades tributárias. Apesar de não estar explícito na norma, serão as autoridades tributárias que concluem pela prática abusiva de determinados factos, sendo de se justificar os argumentos que invocam. Contudo, os requisitos previstos na norma são bastante benevolentes, exigindo apenas um critério de razoabilidade¹⁶⁹. Assim, parece-nos que as autoridades tributárias encontram uma enorme facilidade em considerar determinado comportamento como abusivo, pois podem partir de meras presunções praticamente sem necessidade de apresentação de elementos probatórios, apenas com uma demonstração simples de causa-efeito¹⁷⁰.

Logo no parágrafo n.º 11 do Comentário os criadores do projeto BEPS sugerem que “uma pessoa” não conseguirá evitar a aplicação da norma, pela simples afirmação de que o esquema ou transação não foi levado a cabo por forma a obter os benefícios do tratado¹⁷¹, o que equivale dizer que a pessoa ou entidade visada pela norma está encarregue da prova diabólica. Consideramos que a

¹⁶⁸ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 55.

¹⁶⁹ ERIK PINETZ, *Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse*, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, Lang/Pistone/Rust/Schuch/Staringer (Eds.), Linde, 2016, pág. 285.

¹⁷⁰ MICHAEL LANG, *BEPS Action 6...*, *op. cit.*, pp. 658-659.

¹⁷¹ OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 58.

técnica legislativa da presente norma, e no que concerne ao elemento em análise, carece de segurança jurídica. Em matéria de normas gerais antiabuso a questão da artificialidade da conduta e o padrão de comportamentos abrangidos pela norma deveriam estar vertidos no texto da própria norma, afastando a presunção de que, em princípio, todos os comportamentos serão abusivos. Excluindo-se um mecanismo de avaliação do padrão de comportamentos e consequente classificação como abusivos – à semelhança do que temos, aos dias de hoje, no texto da norma do PPT – o contribuinte continuará a ver os seus comportamentos como que abusivos *ab initio*, quando poderia não ser esse o seu objetivo quando planificou as suas atividades.

Por todos os motivos apresentados, somos desfavoráveis a construções normativas que suscitem um sentimento de insegurança no tráfego jurídico e que provoquem um desequilíbrio em termos de ónus da prova de tal forma gravoso, que coloca o contribuinte numa posição desfavorável, mesmo sem causa aparente.

Outro problema já identificado deste elemento normativo é o facto de existir uma exceção à regra, e que serve como mecanismo de salvaguarda da posição do contribuinte – será o mesmo que dizer que o que afasta a classificação de abusiva determinada conduta é o facto de a mesma, após verificados todos os factos e circunstâncias, ir, a final, de encontro ao objetivo das disposições relevantes do tratado em concreto. Em nossa opinião, consideramos imprudente partir-se de um pressuposto que poderá estar errado considerando que os requisitos para a sua verificação são débeis, para depois se concluir que a conduta não será abusiva, nos casos em que efetivamente tal aconteça.

Chegados aqui, a principal questão a que pretendemos responder é a seguinte: como deveremos medir o peso da finalidade fiscal, face às restantes motivações (como por exemplo, motivações comerciais válidas), na avaliação das condutas praticadas pelo contribuinte?

Para responder a esta questão, colocaremos a situação nos seguintes termos: excluindo da equação a motivação fiscal, se o comportamento do contribuinte não foi artificial (dado que o benefício fiscal lhe seria atribuído independentemente de ter estado na base das suas decisões), a sua conduta não deveria ser desconsiderada a nível fiscal, dado que existem legítimas motivações, uma possibilidade que o legislador não previu como possível. Isto seria a consequência que, em nosso entendimento, deveria ser o ponto diferenciador face a esquemas que efetivamente serão abusivos. Não obstante, norma do PPT aplica-se a estruturas que possam deter propósitos comerciais válidos, mas como surge no decorrer das atividades uma vantagem fiscal evidente, o teste da norma encontra-

se satisfeito, mesmo que outras razões de índole não fiscal se encontrem presentes, e inclusive possam ser preponderantes.

Por fim, para sustentar o nosso ponto de vista de reformulação do elemento, cumpre-nos salientar mais uma vez o Comentário não integra o texto da norma e, não obstante ser um instrumento de auxílio à interpretação das disposições presentes em tratados, os Estados convencionam o texto do tratado ou replicam o texto normativo da CMOCD, e não os comentários.

1.1.5. Elemento sancionatório

Verificados que estejam os requisitos da previsão normativa, diz-nos a estatuição da norma que a situação deverá ser reposta nos termos em que a mesma estaria, caso não existisse a situação abusiva. Por estarmos no âmbito do planeamento fiscal *extra legem* e não *contra legem*, a consequência jurídica não será uma punição, mas antes a mera desconsideração dos factos abusivos e a reposição da situação dita normal. Dito isto, os benefícios obtidos indevidamente ao abrigo de tratados fiscais “*shall not be granted*”¹⁷².

O benefício apenas poderá ser negado se de determinada construção resultar, direta ou indiretamente, a atribuição desse benefício, por não ter sido concedido de acordo com o objeto da convenção; caso contrário, poderá ser atribuído¹⁷³.

A norma do PPT estipula que os benefícios reclamados não deverão ser garantidos – e unicamente esses pois são os que desencadearam a aplicação da norma – contudo não fornece qualquer orientação sobre quais as disposições de tratados que deverão ser aplicáveis, em detrimento das que foram afastadas pela aplicação da norma geral antiabuso. Ademais, levanta problemas quanto ao direito de tributar entre o Estado da fonte e o Estado da residência, sendo apenas em sede de Comentário à CMOCD que ficou estabelecido que deverá ser o Estado da residência que se encontra na obrigação de eliminar a dupla tributação¹⁷⁴.

¹⁷² OCDE/G20, *Preventing the Granting...*, *op. cit.*, pág. 55.

¹⁷³ ANSH BARGHAVA, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*, in *Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016, pp. 318-319.

¹⁷⁴ ANSH BARGHAVA, *The Principal Purpose...*, *op. cit.*, pág. 323.

1.2. Considerações críticas

Ao longo da nossa exposição fomos realçando alguns aspetos questionáveis relativos à construção da norma do PPT, aspetos esses que vão desde a construção legislativa da norma – partindo do pressuposto de que todas as condutas serão abusivas, para apenas em momento posterior se levantar a desconsideração desse carácter através da comprovação por parte do contribuinte de que os seus comportamentos não se enquadram no âmbito de condutas que a norma pretende combater – , à inexistência de um critério de artificialidade da conduta, apenas havendo uma breve referência a “razões comerciais válidas” no Comentário e não no texto da norma, à discrepância nos critérios relativos ao ónus da prova, sendo bastante mais oneroso para o contribuinte que para as autoridades tributárias que poderão invocar a aplicação da disposição antiabuso, sem que para tal tenham de apresentar provas concretas das suspeitas que levantam.

Concretamente, o elemento normativo apresenta um teste objetivo, que resulta da averiguação de que a atribuição de uma vantagem fiscal reclamada está em concordância com o objeto e propósito das disposições relevantes do tratado em análise no caso concreto. Ora, este teste afirma-se como uma exceção à norma¹⁷⁵. Como podemos constatar, os criadores do projeto BEPS decidiram construir a norma como se *ab initio*, todas as condutas pudessem ser classificadas como abusivas, sendo que apenas em momento posterior a não verificação de abuso se configura como a exceção à regra.

Se através da análise de todos os factos e circunstâncias relevantes for possível concluir que o contribuinte tinha como uma das finalidades principais a obtenção de uma vantagem fiscal, o elemento subjetivo encontra-se preenchido, pelo que os benefícios não serão atribuídos. No entanto – e é precisamente este o ponto que nos traz alguma confusão relativamente à intenção do legislador – caso tal obtenção tenha ocorrido de acordo com as disposições relevantes do tratado, os benefícios poderão ser atribuídos e o teste objetivo encontra-se preenchido. Então, isto quererá dizer que, para a norma se aplicar apenas se deverá ter em consideração o elemento subjetivo, desconsiderando-se o teste objetivo por completo, ou este funciona pela negativa? Se a resposta à pergunta for no sentido de funcionar pela negativa, parece-nos que a tarefa do legislador foi infeliz; é como que se o teste objetivo não tenha de se verificar para que a norma seja aplicável no caso concreto, preenchendo-se apenas após uma análise de todos os factos e circunstâncias relevantes, evidente por via da prova diabólica

¹⁷⁵ ASHLEY BERGMANS, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, in *Preventing Treaty Abuse*, Blum/Seiler (Eds.), Linde, 2016, pág. 332.

apresentada pelo contribuinte. Consideramos assim, esta construção legislativa bastante confusa e imprecisa.

Continuando na crítica dos elementos constitutivos da norma, olhando para o elemento subjetivo, concordamos com o facto de ser impossível provar uma intenção¹⁷⁶, e com a dificuldade que surge quando um contribuinte, confrontado com a aplicação da norma geral antiabuso em estudo, terá de provar que nenhuma das suas motivações tinha como finalidade principal (ou uma das principais) um tratamento fiscal mais favorável, o que em muitas das vezes se apresenta como difícil suceder nos seus argumentos, pois mesmo que do seu esquema ou transação resulte, ainda que indiretamente a obtenção de uma vantagem prevista em tratado, este ver-se-á confrontado com a aplicação da norma¹⁷⁷. E esta dificuldade agrava-se pelo facto de a norma não consagrar qualquer critério de avaliação da artificialidade ou não genuinidade das condutas, apenas referindo uma sugestão de interpretação no Comentário que, como vimos, não apresenta carácter vinculativo mas sim de mero auxílio à interpretação das normas, fazendo com que os Estados, ao adotarem a norma do PPT ou introduzirem normas domésticas nos seus Ordenamentos jurídicos com base na norma do PPT, possam na mesma não introduzir qualquer critério de averiguação da presença de intenções artificiosas e, assim, fornecer margem às autoridades tributárias para considerarem todo e qualquer esquema como abusivo quando do mesmo resulte qualquer vantagem fiscal, seja esta principal ou accidental.

Neste seguimento, concordamos com BERGMANS quando afirma que a norma do PPT apenas se deveria aplicar nos casos em que a atribuição de uma vantagem fiscal se consubstancia como a principal, ou pelo menos, a motivação predominante para a realização de determinado esquema ou transação¹⁷⁸, acrescentando-se que para a averiguação de tais motivações principais ou meramente accidentais fará toda a diferença a introdução de um critério de artificialidade. Aliás, e como já tivemos oportunidade de analisar, em contexto europeu o TJUE desenvolveu em vários acórdãos o que possa considerar como enquadrável no conceito de artificialidade nas operações fiscais, pelo que a OCDE e o G20 poderiam basear-se não só nos desenvolvimentos no seio europeu, como os exemplos desenvolvidos no Comentário à norma introduzida pela ação 6, que servem de ponto de partida para uma diferenciação entre o que se encontra dentro do escopo de aplicação da norma, e o que consubstancia uma prática do tráfego normal de operações. O limiar mínimo apresentado no projeto BEPS prevê alguma incerteza, pelo que a sua modificação para critérios de averiguação um pouco

¹⁷⁶ ASHLEY BERGMANS, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, *op. cit.*, pág. 331.

¹⁷⁷ ANSH BARGHAVA, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*, in *Preventing Treaty Abuse*, *op. cit.*, pág. 318.

¹⁷⁸ ASHLEY BERGMANS, *The Principal Purpose...*, *op. cit.*, pág. 331.

mais rigorosos irá permitir que as transações com objetivos económicos genuínos fujam do escopo de aplicação da norma do PPT¹⁷⁹. Tais critérios mais rigorosos poderão auxiliar também na tarefa de distinção de motivações principais e motivações secundárias, algo que a própria norma não se debruça devidamente e gera confusão nos aplicadores do Direito.

Ainda na consideração do elemento subjetivo, surge a problemática quanto ao ónus da prova, que em nosso ver promove um enorme desequilíbrio nos critérios de prova, pouco exigentes por parte das autoridades tributárias, recaindo sobre o contribuinte a tarefa árdua da prova diabólica de que as suas condutas não se enquadram no quadro amplo e pouco explícito que a norma apresenta.

As autoridades tributárias que pretendam invocar a aplicação da norma do PPT deverão estabelecer, em primeiro lugar, que o proveito fiscal foi injustamente atribuído através da elaboração de determinados esquemas ou transações, sendo que em segundo lugar deverão afirmar que de tais esquemas resultam, direta ou indiretamente, esse mesmo benefício, e por fim, deverão invocar que as conclusões apresentadas se encontram fundamentadas com base num critério de razoabilidade através da análise dos factos e circunstâncias relevantes¹⁸⁰. Destarte, as autoridades tributárias que investiguem e determinem que, perante uma determinada conduta a norma geral antiabuso se possa aplicar, verão a sua posição bastante favorecida pois a mera existência de um benefício – independentemente de a sua obtenção ter sido intencional ou não – irá conduzir à presunção de que a redução de encargos fiscais foi um dos principais objetivos a alcançar¹⁸¹.

Concluimos que para as autoridades tributárias bastará invocar uma presunção para que a norma possa ser aplicável, ferindo o princípio da certeza e segurança jurídica pois, se de uma norma tratamos, e em concreto, de uma norma relativa a abuso em direito fiscal, a mesma deveria fornecer critérios mais rigorosos. Não será legítimo, a nosso ver, que o ponto de partida seja uma mera presunção para, depois, ser o contribuinte a ter de sofrer as consequências de uma mera ilação que poderá não corresponder à realidade.

Por sua vez, o contribuinte vê-se na tarefa complexa de provar que as presunções de que foi acusado não coadunam com a realidade. Por forma a afastar a aplicação da norma do PPT, será de conseguir estabelecer que o benefício reclamado ao abrigo de um tratado – e que as autoridades fiscais entendem ser indevido – não só está de acordo com o texto do próprio tratado, como vai de encontro ao seu espírito, i. e., quanto à finalidade e objeto das principais disposições. Por forma a

¹⁷⁹ VIKRAM CHAND, *The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*, in *International Taxation*, Vol. 12, N.º 39, 2015, pág. 487.

¹⁸⁰ ANSH BHARGAVA, *The Principal...*, *op. cit.*, pp. 313-314.

¹⁸¹ MICHAEL LANG, *BEPS Action 6, Introducing and Anti Abuse Rule in Tax Treaties*, *op. cit.*, pág. 659.

sustentar a sua posição, o contribuinte deverá demonstrar que os seus comportamentos foram motivados por questões de estruturação organizacional, e tendo em conta as regras que permitem investimento estrangeiro, sendo a vantagem fiscal obtida um facto meramente accidental¹⁸² – no entanto, na prática tais argumentos poderão não ser aceites ou difíceis de provar, pois o julgador já parte do pressuposto de que a conduta será abusiva, tal como invocam as autoridades tributárias¹⁸³. Em comparação, as autoridades tributárias apenas necessitam de concluir razoavelmente pela existência de condutas abusivas, ao passo que os contribuintes terão de estabelecer de forma convincente que o elemento objetivo se encontra preenchido, e que as transações ou esquemas ocorreram de acordo com o trânsito negocial normal. Ora, o ónus da prova encontra-se bastante desequilibrado e injusto¹⁸⁴.

Em suma, consideramos ser mais exigentes na interpretação do que possa ser considerado abusivo, pois em nossa ótica apenas deverão ser reprovados os comportamentos por via dos quais o contribuinte promove intencionalmente¹⁸⁵ um prejuízo para o tráfego jurídico, e não meras eventualidades ou coincidências, que ao abrigo da atual redação da norma, correm o risco de ser julgadas incorretamente. Em nossa opinião, o que importa é que a conduta não seja artificial face à norma. Terão de existir razões genuínas, de cariz comercial ou outro critério válido por forma a demonstrar que não houve intenção de contornar as disposições relevantes de tratados fiscais, com o intuito de alcançar algo que não estava destinado desde início. E essa não artificialidade depende da demonstração de que a intenção por detrás do esquema ou transação não foi ludibriar o legislador, mas sim optar por uma estrutura negocial mais vantajosa.

Colocando novamente em análise o exemplo referido no Comentário, no qual a empresa R reclama os benefícios resultantes do tratado celebrado entre o Estado R e o Estado S, relativos a um empréstimo contraído por razões comerciais válidas nas quais as letras pagáveis passam de 4% para 3,9%, o raciocínio do projeto BEPS vai no sentido de negar o benefício, dado que o mesmo resultaria indiretamente da transferência do empréstimo para um Estado que tenha celebrado um tratado fiscal.

¹⁸² ANSH BHARGVA, *op. cit.*, pág. 314.

¹⁸³ ANSH BHARGVA, *op. cit.*

¹⁸⁴ BLAZEJ KUZNIACKI, por sua vez, refere que o ónus da prova não recai nem só sobre as autoridades tributárias, nem somente sobre os contribuintes. Antes, defende que o mesmo se encontra dividido entre ambas as partes em litígio: as autoridades tributárias dão o primeiro passo ao demonstrar a obtenção de uma vantagem fiscal prevista em tratado reside como um dos principais objetivos para praticar determinados comportamentos, e o contribuinte deverá, depois, contrapor a argumentação ao apresentar provas da existência de substância económica e motivações negociais por detrás dos comportamentos, e que em nada houve a intenção de praticar condutas abusivas. Assim, se a autoridade tributária não apresentar qualquer indicio de abuso, não existe fundamento para a aplicação da norma do PPT, e o contribuinte não necessita de se defender. Conclui que, neste caso, o ónus da prova cabe essencialmente às autoridades fiscais. Cfr. *The Principal Purpose Teste (PPT) in BEPS...*, *op. cit.*, pág. 10. Somos de discordar com tal entendimento, pois, não havendo qualquer fundamentação para a aplicação do PPT, não existe sequer a questão do ónus da prova, pois não há qualquer base que permita invocar a aplicação de um dispositivo normativo, com carácter geral e cuja consequência passa por desconsiderar determinados esquemas para efeitos fiscais. Somos da opinião de que existe sim um ónus da prova que figura como extremamente desequilibrado entre as partes em litígio.

¹⁸⁵ Conclusão a que chegamos através da análise objetiva do negócio praticado e não das motivações íntimas do agente, por ser impossível provar uma intenção, apenas os factos que concretizam tal intenção.

Não concordamos com este raciocínio, pois havendo razões comerciais validas e se as mesmas forem passíveis de averiguação, cremos que não é por haver, também, motivos de poupança fiscal que a decisão negocial deva ser desconsiderada, nos casos em que tenha sido a principal motivação para a transferência do crédito para o Estado R. Em nossa opinião, só com uma análise de todas as considerações (fiscais e não fiscais), e concluindo que as motivações não fiscais serão as primordiais, não é por haver a atribuição de benefícios fiscais que a motivação negocial deva ser desconsiderada por completo, ao ponto de concluir pela reposição da situação dita “normal”, forçando o contribuinte ao pagamento dos impostos que, à luz da lei, são devidos.

O nosso raciocínio vai ainda mais longe, na medida em que, sendo extremamente difícil – ou até mesmo impossível – provar uma intenção elisiva num contexto onde se inserem outras motivações de índole não fiscal, e cuja essencialidade destas últimas seja objetivamente comprovável através de factos concretos apresentados pelo contribuinte. Nos casos em que motivações de índole não fiscal sejam preponderantes, consideramos que o legislador não terá legitimidade para, *a posteriori*, considerar um comportamento como abusivo quando *a priori* não demonstrou competência para o prever e positivar na norma. O legislador falhou na missão de garantir a segurança e certeza jurídica das partes em litígio, nomeadamente do contribuinte. Destarte, consideramos que se encontram reunidas as condições, apontados os aspetos críticos, para que seja prospetivada uma alteração da norma geral antiabuso em questão.

Por fim, somos críticos quanto à inexistência de um critério de atribuição de competência para tributar, sendo necessário, mais uma vez, recorrer ao Comentário para que o aplicador do Direito se pronuncie sobre um procedimento que devia estar expresso no texto da norma. Sem tal previsão, surge a problemática subjacente à competência para tributar, apenas resolvida com recurso ao Comentário que não tem carácter vinculativo.

Neste ponto, salientamos que as normas antiabuso, principalmente as de carácter geral, são instrumentos vantajosos no combate ao planeamento fiscal abusivo, mas só serão legítimas quando em consonância com os requisitos de legalidade que lhes sejam impostos – nomeadamente o da previsibilidade e clareza. Sem a previsão de um critério de artificialidade, consideramos que a norma apresenta lacunas, e não é clara o suficiente para o contribuinte, que corre o risco de ver o seu esquema seu planeamento fiscal – legítimo – totalmente reequacionado.

1.3. Nota conclusiva

Finda a análise aos pressupostos da norma geral antiabuso desenvolvida no projeto BEPS, conseguimos identificar o seu âmbito de aplicação, assim como algumas das suas falhas.

O desenvolvimento de esquemas de planeamento fiscal abusivo acarreta consequências gravosas para a soberania fiscal dos Estados. Por via de tais esquemas, os contribuintes procuram reclamar benefícios de tratados perante situações em que os mesmos não seriam concedidos em contexto de pleno funcionamento do sistema jurídico-fiscal. Foi nesse sentido que a OCDE e o G20 decidiram desenhar normas, aplicáveis em contexto de tratados fiscais, com o intuito de lidar com a privação de obtenção de receita fiscal pelos Estados.

A norma do PPT surge, assim, como uma norma de carácter vago e abrangente, que procura dissuadir os contribuintes a não praticarem comportamentos abusivos¹⁸⁶. Na procura de tal dissuasão, às autoridades tributárias é entregue um vasto poder discricionário, colocando-se em risco o equilíbrio entre as pretensões das partes em jogo. Com isto, procuramos esclarecer que é, sem dúvida, relevante a implementação de medidas que procurem diminuir os riscos associados a perdas significativas de receita tributária, mas tais medidas necessitam de ser claras, precisas e objetivas quanto aos critérios de aplicação e julgamento de condutas, sob pena de a pretensa arrecadação de receita ser, em si, abusiva.

Igualmente, em contexto europeu foram sendo desenvolvidos trabalhos no sentido de combater a elisão fiscal. Também a nível nacional, atualmente inspirados pela introdução de um Pacote Antielisão ao nível europeu, o legislador nacional provocou alterações à já existente cláusula geral antiabuso.

Após compreendermos as falhas que a norma internacional apresenta, iremos debruçar-nos sobre os trabalhos realizados nos restantes planos – europeu e nacional – para, por fim, procedermos a uma análise da articulação das diferentes normas e da efetividade das mesmas na missão que pretendem alcançar, apresentando as alterações que consideramos relevantes para que as normas gerais antiabuso sejam, de facto, eficazes no objetivo a que se propõem: combater o abuso em direito fiscal.

¹⁸⁶ BLAZEJ KUZNIACKI, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS...*, op. cit., pág. 6.

2. Plano europeu: a regra geral antiabuso da Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016

À semelhança do que acontece em contexto internacional com a OCDE e o G20, também os Estados-membros da União Europeia reconhecem a importância e a necessidade de implementar medidas eficazes no combate ao planeamento fiscal abusivo e fraude fiscal¹⁸⁷.

Consciente da importância do combate à erosão das base tributável e transferência de lucros no âmbito territorial da União, a Comissão Europeia encontra-se na linha da frente no combate ao fenómeno BEPS, promovendo a elaboração de medidas eficazes, a serem transpostas de forma coordenada pelos diferentes Estados-Membros¹⁸⁸. Note-se que a implementação destas medidas deverá respeitar o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 5.º do Tratado da União Europeia (doravante, TUE)¹⁸⁹, garantindo que a intervenção da União será acessória à ação dos Estados-Membros, e focada na implementação de medidas que não excedam o estritamente necessário para o alcance de uma maior coesão fiscal.

No sentido de procurar reforçar as medidas de combate ao fenómeno BEPS, a União Europeia desenvolveu em 2016 o Pacote Antielisão¹⁹⁰, que procura atuar perante situações abusivas por via das quais um cidadão de um dos Estados-Membros obtém uma vantagem fiscal que colide com as finalidades das disposições previstas no Direito da União¹⁹¹.

Não desconsiderando o carácter inovador da previsão da regra geral antiabuso da Diretiva Antielisão e, concretamente, no combate à elisão fiscal, note-se que a preocupação com o combate ao abuso remonta sensivelmente a 1974¹⁹², momento a partir do qual o TJUE reconhece que os Estados-Membros têm o direito de adotar medidas suscetíveis de impedir que cidadãos nacionais e empresas sejam impedidos de aproveitar abusivamente das normas do direito da União, nomeadamente das liberdades económicas fundamentais. Posteriormente, a União procurou verter a preocupação com a elisão fiscal no direito secundário, tendo adotado para o efeito um conjunto de Diretivas que promovem a ideia de que os Estados-Membros deverão implementar ações no combate a tais comportamentos. Algumas dessas Diretivas contemplam verdadeiras normas antiabuso. Vejamos.

¹⁸⁷ *Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e evasão fiscais*, de 12 dezembro 2013, COM(2012)722 final, Bruxelas. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0722:FIN:PT:PDF>.

¹⁸⁸ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2.ª edição, Edições Almedina, 2018, pág. 187 e seguintes.

¹⁸⁹ Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF.

¹⁹⁰ Informação disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en.

¹⁹¹ ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Direta*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 156.

¹⁹² Como constatamos através do acórdão *Van Binsbergen*, processo C-33/74, de 03/12/1974. Disponível em www.curia.europa.eu.

A Diretiva sobre Juros e *Royalties*¹⁹³ autoriza a adoção de medidas internas ou convencionais contra práticas abusivas, nos termos do Considerando n.º 6 e do artigo 5.º da mesma. A presente Diretiva não prevê nenhuma norma concreta referente ao combate à fraude e elisão, no entanto promove a adoção de medidas pelos Ordenamentos internos dos Estados-Membros, ou a nível convencional.

A Diretiva Sociedades-mães e sociedades afiliadas¹⁹⁴ introduz uma norma mínima comum aplicável a práticas abusivas cujo objetivo é conceder benefícios a uma montagem ou série de montagens desenvolvidas com uma das finalidades principais de obtenção de uma vantagem fiscal que frustre as principais disposições relevantes da presente Diretiva. Assenta, assim, num critério de não genuinidade das condutas.

A Diretiva relativa a Fusões e Aquisições¹⁹⁵ cria regras comuns aplicáveis às reestruturações empresariais por forma a que as empresas se tornem neutras ao nível concorrencial. Ao mesmo tempo, procura assegurar o diferimento da tributação dos rendimentos, lucros e mais-valias resultantes do reagrupamento de empresas. Por fim, outro dos objetivos que procura prosseguir prende-se com a eliminação de obstáculos ao funcionamento pleno do mercado interno, assim como a dupla tributação. A Diretiva não adota nenhuma norma antiabuso em concreto, mas a tónica assenta no combate a comportamentos de elisão e fraude fiscal.

A Diretiva relativa à cooperação administrativa na troca obrigatória de informações no domínio da fiscalidade¹⁹⁶ tem como intuito o reforço da eficácia na cobrança de impostos através de uma troca automática de informações entre as administrações fiscais dos diferentes Estados-Membros, procurando aumentar a transparência dos sistemas de tributação e combater a não tributação de determinados rendimentos.

¹⁹³ Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0049>.

¹⁹⁴ Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de países da EU diferentes, posteriormente alterada pela Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014 e pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015. Documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁹⁵ Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro, e que alterou a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990. Ambos os documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁹⁶ Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, e que altera a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011 no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade. Ambos os documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

2.1. O Pacote Antielisão Fiscal da União: em especial, a adoção de uma norma geral antiabuso

Em janeiro de 2016, a União Europeia apresentou então o Pacote Antielisão (o *ATA Package*), composto por um conjunto de iniciativas de cariz legislativo e não legislativo, com o intuito de reforçar as regras contra as práticas evasivas por parte das empresas e tornar a tributação dos seus rendimentos mais justa, simples e eficaz¹⁹⁷.

De acordo com o estipulado pela Comissão Europeia na sua página oficial, este conjunto de medidas tem por base as recomendações emitidas pela OCDE acerca do combate ao fenómeno BEPS, e procuram combater condutas elisivas, reforçar a transparência entre as administrações tributárias e as empresas, e criar um ambiente empresarial mais justo e claro no seio da União.

O Pacote é composto por a) uma comunicação que explica as motivações de índole política e económica por detrás das medidas propostas¹⁹⁸, b) a adoção de uma Diretiva Antielisão, que estabelece um conjunto de medidas de carácter vinculativo, abordando as situações em que os grupos empresariais conseguem beneficiar com as disparidades existentes entre os diferentes sistemas fiscais nacionais e reduzindo dessa forma as suas obrigações fiscais, prevendo disposições normativas relativas a limitação de juros, regras de tributação à saída, regras relativas a sociedades estrangeiras controladas, à adoção de uma norma geral antiabuso, e regras relativas a assimetrias híbridas¹⁹⁹; c) uma recomendação relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas relativas a convenções fiscais celebradas pelos Estados-Membros²⁰⁰; d) uma revisão da Diretiva relativa à cooperação administrativa, no que respeita à troca de informações de natureza fiscal relativa a empresas multinacionais²⁰¹; e e) uma Comunicação sobre uma estratégia externa, na qual aconselha os Estados-Membros a coordenarem as suas ações no sentido de combaterem riscos externos de elisão fiscal, e para promoverem a boa governação fiscal a nível internacional²⁰².

¹⁹⁷ De acordo com o estipulado no site da Comissão Europeia, relativo ao *ATA Package*. Disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en.

¹⁹⁸ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação eficaz e maior transparência fiscal na UE, COM(2016) 23 final, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1454056413880&uri=COM:2016:23:FIN>.

¹⁹⁹ Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM(2016) 26 final, de 28 de janeiro de 2016, e consequente adoção da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016. Documentos disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/>.

²⁰⁰ Recomendação da Comissão sobre a aplicação de medidas contra o abuso de tratados fiscais, C(2016) 271 final, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/anti_tax_avoidance/c_2016_271_en.pdf.

²⁰¹ Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, COM/2016/25 final - 2016/010 (CNS), de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1454056899435&uri=COM:2016:25:FIN>.

²⁰² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva, COM(2016) 24 final, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1454056581340&uri=COM:2016:24:FIN>.

Este pacote, emergente em contexto pós crise económica, procura assegurar que o planeamento fiscal abusivo praticado por empresas, nomeadamente empresas multinacionais, alcance o seu fim. Não só existe o risco de uma perda significativa de receita proveniente de impostos sobre as sociedades, como se agrava a carga fiscal sobre os restantes contribuintes, pelo que existe uma clara necessidade de prevenir e combater estas práticas e assegurar uma repartição equitativa dos encargos fiscais²⁰³.

Os organismos decisores da União consideraram que seria mais eficaz a adoção de uma solução uniforme que a ação individual dos Estados-Membros²⁰⁴; de facto, é para situações como a que expomos que a União deve atuar, procurando colmatar as diferenças nas regras adotadas nos diferentes Ordenamentos internos dos Estados-Membros, e promover um sentimento de segurança, confiança e transparência. Só desta forma se conseguirá promover os valores de igualdade, transparência e justiça, assim como o correto funcionamento do mercado interno, ao serem implementadas medidas que procurem alcançar soluções viáveis e que afastem qualquer sentimento de incerteza e consigam diminuir os encargos administrativos quer suportados pelos Estados, quer pelas empresas.

Posto esta pequena exposição da argumentação que levou à construção de um plano semelhante ao que havia sido desenvolvido pela OCDE e pelo G20, iremos focar-nos em seguida na Diretiva Antielisão, por contemplar uma norma geral antiabuso.

2.1.1. A Diretiva Antielisão

Considerando a necessidade de garantir que o imposto é pago no território onde os lucros e o valor são gerados, o Conselho, contando com o parecer dos restantes organismos da União Europeia, definiu que é imperativo restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais e permitir que os governos dos Estados-Membros possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal – objetivos políticos que se traduzem em recomendações de ações concretas com base na iniciativa desenvolvida pela OCDE e pelo G20 aquando da formulação do Plano de Ação BEPS²⁰⁵.

²⁰³ Redação extraída do Pacote Antielisão mencionado no site da Comissão. *Op. cit.*

²⁰⁴ De acordo com o estipulado no site da Comissão Europeia, relativo ao *ATA Package*. Disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en

²⁰⁵ Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, *op. cit.*, considerando n.º 1.

Realçam ainda os organismos da União que devem ser implementadas medidas de execução eficaz, rápida e coordenada no combate ao fenómeno BEPS ao nível da União, e sendo as diretivas o instrumento, sempre que apropriado, escolhido para desenvolver e executar as conclusões dos fundadores do projeto BEPS no contexto da União. Isto porque acreditam que, para o bom funcionamento do mercado interno, os Estados-Membros devem colocar em prática, no mínimo, os compromissos assumidos no âmbito do Plano de Ação BEPS e que, de um modo geral, assumam medidas eficazes na missão de desencorajar práticas de elisão fiscal e garantir uma tributação justa e eficaz na União, fortemente coerente e coordenada²⁰⁶.

No entanto, e pelo facto de as regras desenvolvidas na presente Diretiva terem de se enquadrar nos diferentes sistemas de tributação das sociedades dos diversos Estados-Membros, as mesmas deverão circunscrever-se a disposições de carácter geral, deixando a execução das mesmas para os Estados-Membros dado que estarão em melhor posição para definir quais os elementos específicos adequados aos seus ordenamentos internos. Tal objetivo será alcançado através da criação de um nível mínimo de proteção comum que assegure o correto funcionamento do mercado interno em domínios específicos²⁰⁷, tais como: limitações à dedutibilidade dos juros, tributação à saída, regra geral antiabuso, regras relativas às sociedades estrangeiras controladas e regras de combate às assimetrias híbridas – sendo que sempre que da aplicação destas regras resulte em casos de dupla tributação, deverão os contribuintes beneficiar de um desagramento através de uma dedução do imposto pago no outro Estado-Membro ou país terceiro²⁰⁸.

Como havíamos referido anteriormente, e cuja consideração vemos reforçada nos considerandos da Diretiva Antielisão (doravante, Diretiva ATAD), se com a adoção do Pacote ATAP se pretende refinar a resiliência do mercado interno no combate a práticas de elisão fiscal, tal objetivo não será corretamente alcançado pelos Estados-Membros a título individual, dado que os sistemas fiscais nacionais são díspares e uma ação individual poderia perpetuar a fragmentação do mercado interno no domínio da fiscalidade direta. Assim, as medidas deverão ser adotadas ao nível da União, quando verificadas que as ações dos Estados-Membros, procurando a União agir em conformidade com o princípio da proporcionalidade tal como consagrado no artigo 5.º do TUE. Defendem por fim os

²⁰⁶ Diretiva (UE) 2016/1164, *op. cit.*, considerando n.º 2.

²⁰⁷ *Op. cit.*, considerando n.º 3.

²⁰⁸ *Op. cit.*, considerando n.º 5.

organismos da União a Diretiva ATAD visa alcançar um grau mínimo de proteção no seio do mercado interno da União²⁰⁹.

A presente Diretiva apresenta, assim, uma mudança de paradigma no que respeita ao domínio da tributação direta; passamos do campo de meras recomendações para a aplicação de regras com um limiar mínimo e de aplicação obrigatória pelos Estados-Membros contra práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno²¹⁰. Trata-se de uma Diretiva que pretende uma aplicação eficaz e tempestiva, exigindo que os Estados-Membros tenham adotado e publicado, até 31 de dezembro de 2018, todas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento ao disposto na Diretiva em análise, devendo as disposições ser aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2019²¹¹²¹².

O nível mínimo de proteção não impede, todavia, que os Estados-Membros possam adotar medidas mais rígidas de combate a práticas abusivas, dado que “[a] presente diretiva não obsta à aplicação das disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional”²¹³. Assim, para além de ter como missão o combate a práticas abusivas com incidência direta no funcionamento do mercado interno, a Diretiva visa criar condições de concorrência equitativas e de proteção mínima para os sistemas fiscais de cada Estado-Membro, assegurando o nível essencial de coordenação da União²¹⁴. Todavia, a partir do momento da sua aprovação e conseqüente transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, as normas implementadas apresentam caráter vinculativo, deixando de configurar como meras recomendações.

A Diretiva ATAD desenvolve trabalhos diversas temáticas, a saber: i) a limitação à dedutibilidade fiscal de juros²¹⁵, ii) a tributação à saída²¹⁶, iii) a consagração de uma norma geral antiabuso²¹⁷, iv) a adoção de regras relativas a sociedades estrangeiras controladas²¹⁸, e v) a preocupação com as assimetrias híbridas²¹⁹.

²⁰⁹ *Op. cit.*, considerando n.º 16.

²¹⁰ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia...*, *op. cit.*, pág. 246.

²¹¹ De acordo com o estipulado no artigo 11.º da Diretiva Antielisão.

²¹² Embora através da análise do Relatório da Comissão sobre a implementação da Diretiva Antielisão de 19 de agosto de 2020, se tenha chegado à conclusão que a mesma, até à data, não tem sido corretamente transposta ou que os Estados-Membros não cumprem com as obrigações no tocante à adoção de medidas concretas. Cfr. COM(2020) 383 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0383&rid=4>.

²¹³ Conforme o disposto no artigo 3.º da Diretiva.

²¹⁴ ANA PAULA DOURADO, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead BEPS?*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 6/7, 2016 pág. 440.

²¹⁵ Prevista no artigo 4.º da presente Diretiva.

²¹⁶ Prevista no artigo 5.º da presente Diretiva.

²¹⁷ Prevista no artigo 6.º da presente Diretiva.

²¹⁸ Prevista nos artigos 7.º e 8.º da presente Diretiva.

²¹⁹ Prevista no artigo 9.º da presente Diretiva.

2.1.1.1. A regra geral antiabuso: análise prévia e desconstrução dos seus elementos constitutivos

A Diretiva em questão apresenta uma regra geral antiabuso que representa “a tomada de consciência de que há práticas abusivas que ainda não foram objeto de disposições específicas e que é necessário colmatar essas lacunas”²²⁰. A principal preocupação resume-se em “garantir que as várias regras gerais antiabuso são uniformemente aplicáveis 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 transfronteiriças. Visa-se, portanto, causar impacto, mesmo nas situações em que o direito da União Europeia não é aplicável”²²¹.

Apesar de existirem medidas antiabuso vertidas em outras Diretivas como tivemos oportunidade de verificar, a primeira regra geral antiabuso foi introduzida na União pela Diretiva ATAD. Dispõe do seguinte:

“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.”²²²

A norma é composta por uma previsão, assente na consideração do tipo de condutas que se enquadrem no escopo de aplicação da mesma, e uma estatuição, que se resume à delimitação da consequência legal de desconsideração da montagem ou série de montagens de cariz abusivo. Para desencadear a aplicação da norma, terá de se verificar o preenchimento cumulativo de três parâmetros.

²²⁰ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *op. cit.*, pág. 253.

²²¹ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *op. cit.*

²²² Transcrição do artigo 6.º da Diretiva.

Primeiro, teremos de estar perante a obtenção de uma vantagem fiscal que constitua o objetivo principal ou um dos objetivos principais para o desenvolvimento de certas montagens. Depois, que a obtenção dessa vantagem contrarie o objeto ou propósito das normas fiscais aplicáveis. Por fim, que as montagens sejam não genuínas, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes, na medida em que não tenham sido colocadas em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

A Diretiva em análise específica, no artigo 3.º, que a mesma não pode impedir a aplicação de disposições “destinadas a salvaguardar um nível mais elevado de proteção” em matéria de impostos sobre os rendimentos societários, deixando assim margem para que surjam normas nacionais que possam ser mais restritivas que a própria regra geral antiabuso prevista no artigo 6.º. Neste seguimento, o artigo 6.º faz uma referência à legislação nacional dos Estados-Membros, estipulando que uma das condições para a sua aplicabilidade passa pela contrariedade do objeto e propósito das normas fiscais aplicáveis – e cuja referência é evidentemente ao direito fiscal interno²²³ dos Estados-Membros. Deste raciocínio, podemos retirar duas conclusões preliminares quanto à construção normativa no artigo 6.º: em primeiro lugar, que a regra geral antiabuso da Diretiva ATAD procura harmonizar o direito interno dos Estados-Membros no combate a práticas abusivas no seio da fiscalidade direta. O que acontece na prática é que os comportamentos abusivos serão analisados tendo por base o contorno de legislação interna dos Estados-Membros em matéria de impostos sobre as sociedades, e não de direito da União propriamente dito. Neste sentido, a regra geral antiabuso surge como um instrumento intermediário que procura verter nas legislações internas dos Estados-Membros a preocupação com o fenómeno BEPS, através da adoção de cláusulas de carácter mínimo, à semelhança da norma do PPT. A principal distinção é que, aqui, estamos perante situações abusivas desenvolvidas no seio dos Estados-Membros, e cuja perda de receita tributária é uma preocupação da União, ao passo que na norma do PPT se procura combater o abuso de tratados fiscais internacionais. Dado que em matéria de fiscalidade direta os Estados-Membros não pretendem abdicar da sua soberania fiscal, os trabalhos realizados no seio da União serão realizados unicamente como tentativa de harmonização e aproximação de legislações internas, para que, pelo menos, um padrão mínimo de combate ao abuso seja adotado. Portanto, não poderemos falar numa norma geral antiabuso de direito da União, mas sim de uma norma desenvolvida pela União, a ser implementada internamente pelos Estados-Membros. Em segundo lugar, o facto de se referir à legislação interna dos Estados-Membros poderá resultar que uma estrutura que possa ser considerada abusiva num Estado-Membro não seja

²²³ Cfr. *EU Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 103, International Fiscal Association, Seoul, 2018, pág. 70.

necessariamente considerada abusiva em outros Estados-Membros, uma vez que o objeto ou finalidade da legislação fiscal interna relativa ao imposto sobre as sociedades poderá ser diferente²²⁴. Não obstante esta dificuldade aparente, recorde-se que vários Estados-Membros já haviam previamente incorporado nas suas legislações internas normas nacionais antiabuso, ou desenvolveram jurisprudência que procura identificar e combater situações abusivas do ponto de vista fiscal – inspirado não só pelos desenvolvimentos sobre a temática no contexto internacional, pela consideração de um princípio geral antiabuso ou consequência da criação do Plano de Ação BEPS, ou pelos desenvolvimentos trazidos pelo TJUE, cujos acórdãos se debruçam sobre conceitos como “práticas abusivas”, “razões económicas válidas” e “artificialidade da conduta”.

Iremos proceder à desconstrução dos elementos previstos nesta regra, por forma a melhor compreendermos o seu âmbito de aplicação, à semelhança dos trabalhos que realizamos ao nível do PPT.

2.1.1.1.1. Elemento resultado

O elemento resultado resulta da finalidade pretendida com a adoção de determinadas montagens não genuínas: a obtenção de uma vantagem fiscal indevida. De acordo com o texto da Diretiva ATAD, o objetivo baseia-se na obtenção de uma vantagem fiscal “que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”²²⁵, em contexto de imposto sobre sociedades.

Ora, a obtenção de tal benefício terá de contrariar o objeto e propósito das disposições relevantes do direito fiscal aplicável. Cabe às autoridades tributárias averiguar se a obtenção foi ou não realizada de acordo com as disposições relevantes do direito nacional aplicável, cumprindo ao contribuinte comprovar que as suas condutas em nada tiveram como intuito corromper as disposições relevantes do direito fiscal aplicável, e que poderá assim obter a vantagem reclamada.

De acordo com o estipulado na Recomendação da Comissão de 2012 relativa a planeamento fiscal abusivo, um benefício fiscal poderá dar-se por uma das seguintes situações: um montante não se encontra incluído na base do imposto; o contribuinte beneficia de uma dedução; é incorrido um prejuízo para efeitos fiscais; não é devido nenhum imposto retido na fonte; o imposto estrangeiro é

²²⁴ Cfr. *EU Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 103, International Fiscal Association, Seoul, 2018, pág. 70.

²²⁵ Artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva Antielisão.

compensado²²⁶. Ora, a União Europeia tem na base do seu funcionamento as liberdades económicas fundamentais, previstas no título IV do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE)²²⁷, das quais somos de salientar a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 49.º e seguintes do TFUE, em que se proíbe restrições à liberdade de estabelecimento dos cidadãos de um Estado-Membro em outro Estado-Membro, e a livre circulação de capitais, prevista nos artigos 63.º e seguintes do TFUE, na qual são proibidas quaisquer restrições à circulação de capitais e pagamentos entre Estados-Membros e entre estes e países terceiros. Neste sentido, e tendo apenas em consideração a análise isolada do elemento resultado, não é certo se, numa situação em que exista um rendimento não tributado ou tributado a uma taxa inferior, isso já possa consubstanciar uma vantagem fiscal imprópria, ou se esta surge como consequência de um acordo celebrado entre Estados-Membros, ao abrigo das liberdades económicas fundamentais.

Concretizando a nossa linha de raciocínio, imaginemos uma empresa sediada em Portugal e que exporta os seus produtos para o Luxemburgo, decide estabelecer-se neste território, onde consequentemente, a taxa de imposto sobre os rendimentos societários é substancialmente inferior à prevista na legislação portuguesa. À luz deste elemento, a empresa estará a beneficiar fiscalmente pois passará a pagar menos imposto sobre os seus rendimentos, e cuja mudança poderá apenas ser motivada por esta otimização da carga fiscal, no entanto, ao abrigo da liberdade de estabelecimento, nada impede que esta mudança possa ser realizada.

Com isto, quisemos apenas levantar uma primeira dificuldade que possa surgir com a interpretação da regra geral antiabuso. Não obstante, iremos proceder à análise dos restantes elementos e procurar perceber se existem critérios de avaliação das condutas mais rigorosos, e se a norma conflitua, ou não, com as liberdades económicas fundamentais.

2.1.1.1.2. Elemento meio

Este elemento explora os mecanismos utilizados pelos contribuintes na conquista de um tratamento fiscal mais favorável. De acordo com a norma em análise, os sujeitos passivos servem-se

²²⁶ Recomendação da Comissão sobre planeamento fiscal agressivo, C(2012) 8806 final, de 6 de dezembro de 2012, parágrafo 4.7, pág. 5. Disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/c_2012_8806_en.pdf.

²²⁷ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

de uma montagem ou série de montagens, que pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte²²⁸.

Este elemento da regra geral antiabuso da União difere do previsto na norma do PPT, no seguinte: ao passo que na norma do PPT falamos em esquemas ou transações, na regra geral antiabuso europeia o legislador adotou a terminologia “montagem ou série de montagens”. Nos termos do parágrafo 4.3 da Recomendação da Comissão relativa ao planeamento fiscal abusivo, uma montagem consiste em “qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade”²²⁹.

Para além da consideração dos restantes elementos que iremos analisar posteriormente, torna-se imprescindível a existência de um nexo de causalidade direto entre a montagem desenvolvida e o resultado atingido; só dessa forma será possível comprovar que apenas se obteve determinada prerrogativa com base em determinada montagem, ou, caso não se tivesse concretizado a montagem não genuína, tal benefício não seria obtido. Concluimos que não tem de ocorrer uma violação direta e evidente da norma – pois isso seria considerado fraude fiscal – no entanto a verificação destes dois elementos são o ponto de partida para a consideração das condutas abusivas, nas quais se pretende contornar indiretamente a norma – sendo apenas o espírito e não a letra da disposição.

Assim sendo, consideramos relevante que não se qualifique erroneamente determinadas situações como abusivas quando efetivamente não o sejam. Somos defensores de que devem ser introduzidos e clarificados todos os mecanismos legais que permitam combater situações que são puramente abusivas, pelo que a adoção de disposições de carácter geral como a que analisamos são imprescindíveis. Em nossa opinião, e mesmo sendo a disposição de carácter geral, consideramos importante a densificação do conceito de “montagem ou série de montagens” na própria norma, fornecendo uma maior segurança jurídica ao contribuinte que verá os seus esquemas serem inspecionados e colocados em questão pelas autoridades tributárias.

Reforçamos, mais uma vez, que estamos ainda no campo de uma análise primária, a qual não nos permite averiguar a existência de qualquer critério de artificialidade ou censurabilidade. Até ao momento, apenas nos comprometemos a expor os dois elementos que são indissociáveis para uma primeira abordagem a esta norma, sendo que, daqui em diante, entraremos na consideração dos elementos subjetivo, normativo e sancionatório, que nos permitirão avaliar a existência de artificialidade

²²⁸ De acordo com os n.º 1 e 2 do artigo 6.º Diretiva Antielisão.

²²⁹ Recomendação da Comissão sobre planeamento fiscal agressivo, C(2012) 8806 final, de 6 de dezembro de 2012, *op. cit.*, pág. 3.

ou a simples existência de razões comerciais válidas, e perceber se existe qualquer conduta passível de ser reprovável.

2.1.1.1.3. Elemento subjetivo

Relativamente à finalidade subjacente ao negócio ou montagem desenvolvidos, à semelhança do que acontece na norma do PPT, será suficiente apenas a consideração de que a obtenção de uma vantagem fiscal seja “a finalidade principal ou uma das finalidades principais”²³⁰.

Em nossa opinião, a consideração do elemento subjetivo em linha com o disposto na norma do PPT demonstra uma certa incongruência com os trabalhos desenvolvidos em matéria de abuso pelo TJUE, e que a discussão sobre a sua consideração não se encontra solidificada. De facto, ao abrigo do acórdão *Halifax*, a motivação de elisão fiscal não terá de se considerar como o único objetivo, no entanto terá de se destacar como o objetivo essencial por detrás do desenvolvimento de um esquema de planeamento fiscal que se conclua por abusivo. Inclusive, na Recomendação da Comissão de 2012²³¹ e na proposta da Diretiva ATAD²³², o requisito exigido vai no sentido de considerar a motivação fiscal como “o objetivo essencial” por detrás de um esquema, e que contrarie, ou anule o objeto ou a finalidade das disposições fiscais aplicáveis ao caso em concreto.

De facto, não somos defensores de que uma determinada conduta deva ser considerada abusiva quando, para além da notória vantagem fiscal, o contribuinte tenha obtido, a par com esta, outras vantagens não fiscais de igual ou superior importância. De facto, AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA e PALOMA SCHWARZ defendem que, por forma a não se desviar da jurisprudência do TJUE de consideração do “objetivo” principal”, a Comissão não deveria adotar o teste de “um dos principais motivos” à semelhança do previsto no PPT e com a norma geral antiabuso prevista na Diretiva Sociedade-mãe e afiliadas²³³.

Se partirmos do pressuposto de que um determinado contribuinte, a par com a intenção de otimizar a sua carga fiscal tiver outras motivações não fiscais de igual ou superior importância para o desenvolvimento de um determinado esquema – ou montagem, nas palavras da Diretiva em análise – consideramos que o leque de situações que a norma deve abranger dever-se-á restringir precisamente

²³⁰ Nos termos do artigo 6.º, n.º 1 da Diretiva.

²³¹ De acordo com o descrito nos parágrafos 4.2 e 4.6. *Op. cit.*

²³² De acordo com a Proposta de Diretiva, o n.º do artigo 7.º adota a abordagem do “objetivo essencial”. Cfr. Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, *op. cit.*

²³³ AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ *The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts*, in *EC Tax Review*, Vol. 25, N.º 3, 2016, pág. 14.

àqueles em que efetivamente houve uma intenção abusiva. Adicionalmente, somos de considerar que as autoridades tributárias não deverão sustentar a sua posição com base em meras ilações ou presunções, como acontece ao nível da norma do PPT; de facto, a regra geral antiabuso da Diretiva ATAD procura garantir que as autoridades tributárias não invoquem a aplicação da norma, sem a apresentação de factos objetivos e comprováveis de que a motivação fiscal deverá constar como uma das principais.

A União partiu do mesmo pressuposto que a OCDE e o G20, pois considera apenas como relevante que a vantagem fiscal conste entre uma das principais motivações, e que não seja a motivação essencial, subjacente à montagem ou série de montagens desenvolvidas, desviando-se dos trabalhos realizados pelo TJUE em sede de abuso e com a norma definida na Proposta de Diretiva, como havíamos referido.

Não obstante, a regra geral antiabuso da Diretiva exige, ao contrário da norma do PPT, a existência de um critério de artificialidade. Iremos explorar esta questão no elemento seguinte, no entanto queremos apenas referir que, ao passo que na norma do PPT ocorre uma classificação automática da situação como abusiva assim que é identificada uma poupança fiscal entre um dos principais objetivos, na regra geral antiabuso em análise exige-se a consideração da não genuinidade da montagem, por forma a apurar se, retirando-se da equação a vantagem fiscal, o contribuinte teria executado a mesma.

2.1.1.1.4. Elemento normativo

Chegados ao elemento normativo, consideramos ser este que incorpora verdadeiramente o abuso²³⁴ pois é através deste elemento que é possível averiguar se o comportamento é artificial e se, conseqüentemente, contraria o espírito das disposições fiscais relevantes, não obstante a necessidade de preenchimento dos restantes elementos. A montagem ou série de montagens é não genuína e, portanto, artificial, “na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”²³⁵, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes.

Por forma a determinar se uma conduta é artificial ou, nos termos da Diretiva Antielisão, não genuína, diz-nos a Comissão na Recomendação de 2012 que as autoridades nacionais deverão ter em

²³⁴ No mesmo sentido, CHRISTIANA HJI PANAYI, *The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law*, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, pág. 108.

²³⁵ Nos termos do n.º 2 do artigo 6.º da Diretiva.

consideração os seguintes fatores: a) se a qualificação jurídica dos passos individuais constituintes da montagem são incompatíveis com o fundamento jurídico da mesma; b) se a montagem ou série de montagens é efetuada de uma forma que não seria normalmente empregue no que se espera ser um comportamento comercial razoável; c) se a montagem inclui elementos que têm por efeito anular-se ou compensar-se entre si; d) se as transações concluídas são de natureza circular; e) se da montagem resultar um benefício fiscal considerável, mas que não se reflita nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa; e f) se o lucro esperado antes do imposto é insignificante relativamente ao montante do benefício fiscal esperado²³⁶.

Concluimos assim, que este é o principal ponto diferenciador face à norma do PPT. Apesar da OCDE e o G20 terem introduzido o elemento normativo, o mesmo afigura-se-nos como imperfeito, pois não menciona qualquer alusão à artificialidade da conduta, por forma a destrinçar os comportamentos que cabem no escopo de aplicação da norma, daqueles que em nada se configuram como abusivos.

Apesar de, ainda assim, a norma da Diretiva Antielisão se basear na utilização de conceitos indeterminados – isto é, os conceitos de “montagem não genuína” e “razões comerciais válidas” – ainda assim apresenta um avanço face aos trabalhos realizados ao nível do Projeto BEPS; apresenta um critério de destrinça que, sem dúvida, auxilia o intérprete e aplicador do Direito, o que representa ao mesmo tempo um ponto de referência e enquadramento face aos trabalhos realizados a nível jurisprudencial no seio da União. Aqui, o critério de artificialidade é averiguado pela existência de montagens não genuínas, que por sua vez serão aquelas que careçam de razões comerciais válidas preponderantes – concretizações que, mesmo que não sejam perfeitas, serão sem dúvida mais esclarecedoras.

2.1.1.1.5. Elemento sancionatório

Relativamente à estatuição da norma, o legislador considerou que a mera desconsideração das condutas praticadas pelo contribuinte seria suficiente, ao afirmar que os Estados-Membros devem ignorar a montagem ou série de montagens que “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”²³⁷, delegando para os Estados-Membros o cálculo da coleta nos termos do direito nacional

²³⁶ Recomendação da Comissão, *op. cit.*, parágrafo 4.4, pp. 4-5.

²³⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva.

dos mesmos²³⁸. Consequente e automaticamente, dá-se uma reposição da situação tributária que existiria caso tal conduta abusiva nunca tivesse ocorrido.

É precisamente no elemento sancionatório que vimos reforçado o caráter *ad minimis* da norma geral antiabuso europeia, pois a mesma entrega aos Estados-Membros a prerrogativa de lidar com o cálculo da coleta nos termos dos do direito nacional.

2.1.1.2. Reflexões críticas

Apesar de considerarmos que existe um progresso relativamente aos trabalhos realizados pelos criadores do projeto BEPS na introdução de medidas que procuram suprimir um dos fenómenos que causa maiores prejuízos ao trânsito negocial, ainda assim consideramos que poderia haver um reforço das mesmas medidas.

Neste ponto, cumpre-nos mencionar algumas reflexões, ainda que sucintamente, acerca da relação da Diretiva ATAD com o direito primário da União. Ora, como analisamos, o artigo 6.º da Diretiva ATAD exige que os Estados-Membros ignorem as montagens não genuínas das quais a vantagem fiscal configura como um dos principais objetivos, estabelecendo assim um padrão menos exigente que aquele desenvolvido pelo TJUE, em que limita a atuação contra práticas abusivas aos casos em que a vantagem fiscal figure como a finalidade única, essencial ou principal para a prossecução de determinadas práticas. Isto quer dizer que o artigo 6.º se baseia em critérios menos rigorosos, em linha com os avanços sentidos ao nível internacional sobre a temática. Afastando-se dos trabalhos elaborados no seio institucional, tal facto fomenta um sentimento de insegurança jurídica por parte dos contribuintes, e enfatiza o facto de a discussão sobre o abuso no direito fiscal ainda ser uma temática que não se encontra consolidada no direito da União.

Ao mesmo tempo, outra questão se levanta, relacionada com possíveis restrições às liberdades económicas fundamentais. Do ponto de vista do mercado interno, o objetivo primordial consiste em eliminar progressivamente as barreiras existentes à livre circulação de pessoas, serviços, capitais e à liberdade de estabelecimento, sendo que para tal é fulcral a implementação de medidas objetivas e que procurem harmonizar as diferenças existentes nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de tributação direta. De facto, o TJUE defende que as normas relativas à responsabilidade fiscal dos contribuintes deverão ser claras, precisas e previsíveis quanto aos seus

²³⁸ Nos termos do n.º 3 do artigo 6.º da Diretiva.

efeitos²³⁹, pelo que a adoção de uma regra geral antiabuso sem contornos esclarecidos agudiza, ainda mais, o sentimento de incerteza jurídica relativo ao impacto que a imprecisão de uma norma possa deter nas liberdades que todos os cidadãos dos Estados-Membros beneficiam.

No Acórdão *Itelcar*, o TJUE determinou que o recurso a medidas antiabuso que restrinjam liberdades económicas fundamentais poderão ser justificadas, quando visem atacar especificamente expedientes puramente artificiais, desprovidos de substância económica e cujo único objetivo seja o de eludir o imposto devido em condições normais²⁴⁰. O TJUE salienta que se estará a atuar dentro do necessário quando se efetue uma análise dos elementos objetivos e verificáveis por forma a determinar o caráter de expediente puramente artificial de uma conduta para efeitos fiscais, quando paralelamente a essa análise não se submeta o contribuinte a contingências administrativas excessivas para a comprovação das suas razões comerciais válidas na condução da montagem ou transação desenvolvida²⁴¹.

Isso quererá dizer que a Diretiva ATAD vai além das considerações desenvolvidas pela jurisprudência do TJUE? Não existe uma resposta clara e objetiva a esta pergunta, no entanto podem ser tecidas algumas considerações²⁴².

Em primeiro lugar, as disposições de qualquer Diretiva terão de respeitar as liberdades económicas fundamentais, pelo que o artigo 6.º da Diretiva ATAD tem de ser interpretado à luz da jurisprudência relevante do TJUE – que procura assegurar o respeito dessas mesmas liberdades – quando implementado e aplicado pelas administrações fiscais nacionais. Não obstante a Diretiva ATAD procurar provocar alterações nas legislações internas dos Estados-Membros, este instrumento de direito secundário não pode impor a adoção de medidas antiabuso contrárias ao direito primário da União. De facto, o legislador europeu implementou o Pacote ATAP e atribuiu a tarefa de conceber uma disposição antiabuso, precisamente para evitar o risco de (ainda mais) fragmentação legislativa.

Em segundo lugar, se dúvidas existem sobre o facto de a norma do artigo 6.º se aplicar a esquemas artificiais, parece-nos que os termos “artificialidade” (desenvolvido pelo TJUE) e “não genuinidade” (implementado na Diretiva ATAD) se referem ao mesmo tipo de situações. Uma vez que a

²³⁹ Acórdão do TJUE, de 5 de julho de 2012, Processo C-318/10, parágrafo n.º 58. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124747&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=16430277>.

²⁴⁰ Acórdão do TJUE, de 3 de outubro de 2013, Processo C-282/12, parágrafo n.º 34. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=142601&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=16430905>.

²⁴¹ Acórdão do TJUE C-282/12, *op. cit.*

²⁴² Cfr. *EU Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 103, International Fiscal Association, Seoul, 2018, pp. 71-72.

redação da norma na sua versão final ainda limita o seu campo de atuação a esquemas não genuínos, a preocupação parece ser mantida.

Em último lugar, o facto de o artigo 6.º exigir que os Estados-Membros adotem uma disposição geral antiabuso que se aplique uniformemente a situações internas – da União – e em relação a países terceiros, poderá querer sugerir que a jurisprudência do TJUE no contexto das liberdades fundamentais possa ter uma relevância limitada. Contudo, na medida em que a administração fiscal de um Estado-Membro tenha aplicado uma disposição antiabuso mais restritiva num contexto transfronteiriço, a abordagem discriminatória apenas seria justificada dentro dos limites da referida jurisprudência do TJUE.

O que nos parece que está em causa é perceber se a norma antiabuso da Diretiva ATAD poderá servir de teste para o próprio TJUE averiguar a existência de situações abusivas no seio da União, não obstante os avanços já realizados por este organismo, e em sede de Diretivas e princípios gerais. Sem querermos focar a nossa atenção nesta temática, precisamente por não ser a questão central que procuramos debater, o combate a práticas abusivas quer seja desenvolvido em sede de direito primário quer de direito secundário, tem por base o normal funcionamento do mercado interno, acima de tudo – sendo que, perante a existência de uma regra geral que procura combater o abuso, parece-nos que a mesma detém influência sobre a forma como o TJUE passará a averiguar a existência de situações abusivas no seio da União. O combate ao abuso na União tem por tradição o recurso a princípios gerais, cuja aplicação não deverá ser excluída, mas antes em consonância com a regra geral antiabuso – considerando que a mesma não viola os princípios base do direito da União.

A União considerou que seria necessário reforçar as medidas de combate a práticas abusivas pelo reconhecimento do surgimento do fenómeno BEPS e do impacto que o mesmo pudesse deter no aproveitamento das diferenças entre os regimes fiscais dos Estados-Membros, na procura dos contribuintes em minimizar os seus encargos fiscais²⁴³. Embora a Diretiva ATAD procure estabelecer um conjunto de propostas de regras baseadas em princípios, com carácter de norma mínima onde é deixado aos Estados-Membros os pormenores de aplicação de tais normas – dado que, ao abrigo da sua soberania fiscal, estão mais aptos a determinar os elementos necessários a integrar nos seus sistemas de tributação das sociedades – parece-nos que o facto de haver uma disposição normativa que procure combater práticas abusivas no seio da União, a mesma possa vir a conformar a posição do TJUE para, no futuro, avaliar a existência de práticas abusivas em contexto de União. O TJUE

²⁴³ E que numa lógica puramente elisiva, procuram alcançar taxas de tributação reduzidas, duplas não tributações ou duplas deduções, o que conduz a distorções no mercado interno e a um clima de concorrência desleal, que necessitam de ser combatidos de forma mais direta e eficaz

introduziu a temática e a necessidade para o combate ao abuso em direito fiscal na União; a Diretiva ATAD procura positivar essa preocupação e a forma como a mesma deverá ser tratada pelos Estados-Membros e, conseqüentemente, pelo TJUE.

Não sendo a Diretiva esclarecedora o suficiente, os Estados-Membros poderão interpretar termos como “vantagem fiscal”, “montagens não genuínas” e “contrariar o espírito das disposições relevantes” de diferentes formas, dado que estes conceitos não estão densificados na própria norma. Mais uma vez, a certeza e segurança jurídicas colocam em risco os objetivos previstos no n.º 2 do artigo 26.º do TFUE, i. e., a criação de uma área livre de fronteiras internas, na qual se pretende encontrar uma harmonização das normas aplicáveis entre os Estados-Membros. Neste sentido, e procurando resolver esta dificuldade, a Comissão orienta os Estados-Membros no sentido de que “montagens não genuínas” serão aquelas desprovidas de “razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”, o que, se num primeiro momento nos pode parecer esclarecedor, teremos de ter consciência de que os Estados-Membros adotam interpretações diferentes para o mesmo conceito, considerando a sua abrangência. Se por um lado se procura atribuir a tarefa de harmonização legislativa à União por questões de fragmentação legislativa, a mesma continua a ser colocada em risco por via do agravamento das disparidades existentes entre os diferentes ordenamentos internos dos Estados-Membros.

Concluindo, consideramos que, por forma a trazer alguma certeza e segurança jurídica para os contribuintes, a norma do artigo 6.º da Diretiva ATAD necessita, a par com a norma do PPT da clarificação sobre i) o que consiste uma vantagem fiscal, ii) o que são montagens ou séries de montagens de caráter não genuíno, iii) a essencialidade por detrás de uma montagem não genuína ter de ser a obtenção de tal vantagem fiscal indevida, e não configurar entre uma das finalidades principais, iv) em que medida é que a obtenção de tal vantagem fiscal contraria o espírito das disposições relevantes, v) o que são razões comerciais válidas e o papel das mesmas na defesa da posição do contribuinte no afastamento da consideração abusiva das montagens.

2.2. Ponto de ordem

O Pacote ATAP consiste na introdução de medidas legislativas e não legislativas no contexto europeu, em resposta à problemática do fenómeno BEPS, e procura estabelecer um conjunto de padrões mínimos que os Estados-Membros deverão implementar para a promoção de um sistema

fiscal equitativo no seio da União. Entre uma das medidas, consta a adoção de uma regra de carácter geral de combate a práticas abusivas, à semelhança da norma introduzida na ação 6 no Plano de Ação BEPS pela OCDE e o G20.

Não obstante os aspetos que nos propomos a criticar, a verdade é que a regra geral antiabuso da União apresenta uma diferença considerável e de extrema importância face à norma do PPT, e que consiste na introdução do requisito de artificialidade – o que por si só, já irá limitar o grau de liberdade dos Estados-Membros na aplicação da norma e implementação da mesma nas suas legislações fiscais internas.

Apesar de considerarmos que o texto da regra geral antiabuso em análise deva ser aprimorado, concluímos que a introdução deste preceito na Diretiva Antielisão, em conjunto com a Recomendação da Comissão de 2012 e a jurisprudência do TJUE fornecem, cumulativamente, um certo grau de segurança jurídica – note-se, cumulativamente e não isoladamente.

Sendo Portugal um Estado-Membro da União desde 1986, encontra-se na obrigação de transpor a Diretiva Antielisão para o seu Ordenamento jurídico interno – o que aconteceu em maio de 2019. Daqui em diante, iremos debruçar-nos sobre a evolução portuguesa sobre esta temática até à chegada e implementação da nova cláusula geral antiabuso, procurando explorar, de igual forma, os seus requisitos e apontando os aspetos críticos, se assim considerarmos que os mesmos existam.

3. Plano nacional: a cláusula geral antiabuso prevista nos n.ºs 2 a 6 do artigo 38.º da LGT

3.1. Enquadramento e quadro evolutivo

Nos termos do número 1 do artigo 103.º da CRP²⁴⁴, o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas, assim como procura alcançar uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. O Estado deve corresponder com as necessidades de Interesse público através da arrecadação de receita tributária, bem como deve ter em mente que os encargos suportados pelos contribuintes devem ser proporcionais face ao preenchimento das primeiras, permitindo-lhes alguma manobra de planificação dos seus rendimentos dentro da legalidade.

²⁴⁴ Constituição da República Portuguesa, Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976. Disponível em <https://dre.pt/>.

Com isto, a liberdade de gestão conferida aos contribuintes com base numa minimização dos seus encargos fiscais suportados será viável, desde que a via escolhida não “viole a lei do imposto, nem se abuse da configuração jurídica dos factos tributários, provocando evasão fiscal ou fuga aos impostos através de puras manobras ou disfarces jurídicos da realidade económica”²⁴⁵.

No sentido de procurar combater práticas de planeamento fiscal abusivo no plano interno, o sistema jurídico-fiscal nacional estipula uma cláusula geral antiabuso, no artigo 38.º da LGT, e respetivo procedimento de aplicação no artigo 63.º do CPPT. A norma, para além de procurar esclarecer os contribuintes do tipo de comportamentos que os mesmos não deviam ter praticado por serem *extra legem*, torna-se relevante na tarefa de auxiliar o intérprete e aplicador do Direito na qualificação de comportamentos abusivos e atribuir-lhes a devida reprovação. Assim, procura alertar os contribuintes dos comportamentos que não sejam justificáveis “à luz da teleologia normativo-sistemática inerente ao sistema fiscal”²⁴⁶, legitimando a atuação do Estado no combate ao planeamento fiscal abusivo.

Na esteira de SALDANHA SANCHES, “(...) a consagração da cláusula geral antiabuso implica (...) que a partir da sua introdução está claramente delimitado aquilo que o sujeito passivo pode e não pode fazer. As habilidades fiscais, a destreza fiscal deixam de ser possíveis (as operações artificiosas e fraudulentas que têm como fim principal ou exclusivo a obtenção de uma poupança fiscal mediante a fraude à lei) e o sujeito passivo passa a ter o seu comportamento julgado”, defendendo ainda que “a evolução da lei é clara no sentido de proporcionar fundamento legal para o planeamento fiscal, desde que seja praticado sem o abuso de formas jurídicas, sem negócios jurídicos artificiosos e fraudulentos mas limitando-se a escolher a via que se encontra aberta e que lhe permite realizar economias fiscais”²⁴⁷.

O Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS) define que “[a]s normas gerais anti-abuso encontram a sua ‘raison d’être’ na necessidade de estabelecer meios de reação adequados por forma a garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição da carga tributária e na prossecução das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas (cfr. Art. 103., n.º 1, da CRP).

Isso porque é inerente à racionalidade económica a minimização dos impostos a suportar, podendo utilizar-se várias vias para atingir tal desiderato, embora a fronteira de distinção entre elas

²⁴⁵ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 2004, pp. 205-206.

²⁴⁶ PEDRO MENEZES CARDOSO, *Os Desafios da “Maioridade” da Cláusula Geral Anti-Abuso: Análise Estática e Dinâmica do seu Estado Evolutivo*, Lisboa, AAFDL, 2017, pág. 30.

²⁴⁷ J. L. SALDANHA SANCHES, *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 49-50.

nem sempre seja fácil de vislumbrar e nesse sentido são seguidas normalmente as vias da gestão ou planeamento fiscal da evasão ou elisão fiscal e da fraude fiscal.

Assim, através da primeira das vias apontadas, procura-se a minimização dos impostos a pagar de um modo totalmente legítimo e lícito, querido até pelo legislador, ou deixado à liberdade de opção do contribuinte, (...) pelo que, dentro dos limites da lei e do direito, o sujeito passivo pode escolher as formas menos onerosas de tributação tendo como limite da sua pretensão minimizadora a fraude à lei”²⁴⁸. Este acórdão constitui a primeira decisão proferida por um tribunal superior sobre a concreta aplicação da cláusula geral antiabuso (doravante, CGAA), surgindo com mais de uma década de intervalo após a introdução da norma no nosso ordenamento, e que GUSTAVO LOPES COURINHA caracteriza como um *décalage* temporal característico deste género de cláusulas²⁴⁹.

Ora, a cláusula geral antiabuso aplica-se, assim, enquanto solução geral para todo o sistema jurídico-tributário, suscetível de se aplicar a “todas as transações e a todos os impostos, podendo atuar subsidiariamente mesmo relativamente a uma cláusula especial. O objetivo destas cláusulas gerais e especiais é claro: incentivar o pagamento de impostos e desincentivar a elisão fiscal. Podendo e devendo ser mobilizadas autonomamente ou de forma combinada, as mesmas possibilitam à administração fiscal e aos tribunais a desconsideração e recharacterização de transações jurídicas destituídas de substância económica ou comercial bastante.”²⁵⁰

A cláusula geral antiabuso foi introduzida no ordenamento jurídico interno pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro²⁵¹, tendo sido posteriormente alterada pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro²⁵². Atualmente, encontra-se em vigor a redação prevista pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, consequência da transposição da Diretiva ATAD. Da atual norma, consta a seguinte redação, na LGT²⁵³:

²⁴⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 04255/10. Relator José Correia. Disponível em <http://dgsi.pt/>.

²⁴⁹ GUSTAVO LOPES COURINHA, *E assim começou a história... a aplicação jurisprudencial da cláusula geral anti-abuso, anotação ao ACTCA-S P n.º 4255/10 (rel: José Correia)*, de 15/02/2011, in *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 44, 2010, pág. 109.

²⁵⁰ Decisão Arbitral processo n.º 162/2017-T, de 14 de novembro de 2017. Disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPage=290&id=3039>.

²⁵¹ Através do aditamento ao artigo n.º 32.º-A do CPT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 154/91, de 23 de abril, 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.”. Disponível em <http://dre.pt/>.

Com a Lei n.º 100/99, de 26 de julho, passou a constar da LGT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro com a seguinte redação:

“Artigo 38.º

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 recai sobre estes últimos.”. Disponível em <http://dre.pt/>.

²⁵² “Artigo 38.º:

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

“Artigo 38.º

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

3 – Para efeitos do número anterior considera-se que:

- a) Uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões válidas que reflitam a substância económica;
- b) Uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

4 – Para efeitos de aplicação do disposto no n.º 2, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.

5 – Sem prejuízo do número anterior, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, devem aplicar-se as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária.

6 – Em caso de aplicação do disposto no n.º 2, os juros compensatórios que sejam devidos, nos termos do artigo 35.º, são majorados em 15 pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de junho, na sua redação atual.”

Em consequência da transposição da Diretiva ATAD para o Ordenamento jurídico nacional, a CGAA aplica-se a: i) construções ou séries de construções que podem ser constituídas por mais que uma etapa, ii) que tenham como uma das finalidades principais a obtenção de uma vantagem fiscal, iii)

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.”. Disponível em <http://dre.pt/>.

²⁹³ Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, versão atualizada pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março. Disponível em <http://pgdlisboa.pt/>.

com abuso das formas jurídicas que não sejam consideradas genuínas, ou seja, quando realizadas na ausência de razões económicas válidas. Este preceito normativo surge como forma de garantir que o comportamento dos contribuintes seja alvo de avaliação não só pela Autoridade Tributária, como pelos tribunais, funcionando como um mecanismo que visa impedir a utilização indevida de faculdades concedidas aos contribuintes, explorando as lacunas ou inconsistências da lei em benefício próprio, quando, na realidade, tais prerrogativas não deveriam ser atribuídas.

Para além da introdução da norma na LGT, também foram produzidas alterações ao procedimento de aplicação da disposição antiabuso, previsto no artigo 63.º do CPPT²⁵⁴, o qual determina os termos nos quais a liquidação dos tributos deverá ser realizada, consequência da aplicação da CGAA.

Ora, a CGAA vigente na atualidade no nosso Ordenamento procura reproduzir os esforços de concertação internacional desenvolvidos pela OCDE e o G20, e pela União Europeia – mais recentemente pela consagração da Diretiva ATAD – ajustados à realidade nacional. Esta CGAA destina-se “a combater o planeamento fiscal abusivo e a fraude à lei tributária que resulta da contradição entre as formas jurídicas adotadas pelas partes na realização de determinado ato jurídico e os verdadeiros fins económicos desse ato ou negócio”²⁵⁵. Trata-se de uma disposição que se aplica a todos os tributos, pelo que a “[a] sua consagração na Lei Geral Tributária, mais precisamente no capítulo da *constituição e alteração da relação tributária*, tem como objetivo a aplicação genérica para todas as situações em que não exista enquadramento de uma norma específica anti-abuso que se aplique a um imposto concreto.”²⁵⁶

Iremos analisar os elementos da CGAA, com base na estruturação proposta por GUSTAVO LOPES COURINHA, i.e., elemento meio, resultado, intelectual, normativo-sistemático e sancionatório^{257 258}, à semelhança do que concretizamos para a norma do PPT e para a regra geral antiabuso da Diretiva ATAD. Acompanhando a nossa exposição, iremos analisar o Acórdão do TCAS,

²⁵⁴ Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro, versão mais recente introduzida pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março. Disponível em <http://pgdlisboa.pt/>.

²⁵⁵ JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, 2015, Edições Almedina, pág. 324.

²⁵⁶ DIOGO FEIO, *Cláusula geral anti-abuso: antes e depois. Conceitos em construção*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 29, julho/setembro 2020, CEJUR, pág. 6.

²⁵⁷ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, pp. 163-202.

²⁵⁸ SÉRGIO VASQUES, por sua vez, tem um entendimento distinto, no qual “a cláusula geral anti-abuso seria composta por três elementos essenciais. Em primeiro lugar, exigir-se-ia a prática de um ato ou negócio com abuso da respetiva forma jurídica, no sentido de se poder afirmar que o esquema negocial em causa oculta o seu verdadeiro propósito, e dando-se-lhe uma utilização manifestamente anómala face à prática jurídica comum. Em segundo lugar postular-se-ia que o único ou principal objetivo presidindo a esse esquema seria tendente a obter uma vantagem fiscal. Independentemente da sua natureza, com a marginalização evidente de objetivos económicos reais. Em terceiro lugar, impor-se-ia que da lei resultasse, com suficiente clareza, a intenção de tributar os bens em causa nos mesmos termos em que estes seriam tributados em condições normais, ou seja, recorrendo-se às formas e práticas jurídicas comuns”. Cfr. Decisão Arbitral, Processo n.º 165/2019-T, de 18 de novembro de 2019. Disponível em http://www.caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listOrder=Sorter_data&listDir=DESC&id=4422.

Processo n.º 05104/11²⁵⁹, com uma única diferença face à proposta de GUSTAVO LOPES COURINHA, na medida em que o elemento sancionatório surge integrado no elemento normativo-sistemático²⁶⁰. Note-se que apenas com o preenchimento cumulativo dos quatro elementos da previsão da norma é que se poderá concluir pela existência de um comportamento abusivo, e, conseqüentemente, se verifica a aplicação da estatuição da CGAA – o elemento sancionatório.

3.2. Elementos constitutivos da CGAA nacional

3.2.1. Elemento meio

Correspondendo ao artifício utilizado para se obter o ganho desejado, *i. e.*, a vantagem fiscal, este elemento é composto pelas “construções ou séries de construções que (...) sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”²⁶¹.

Este elemento consubstancia “a via livremente escolhida – acto ou negócio jurídico, isolado ou parte de uma estrutura de actos ou negócios jurídicos, sequenciais, lógicos e planeados, organizados de modo unitário – pelo contribuinte para obter o desejado ganho ou vantagem fiscal²⁶², utilizados de forma “anómala, inusual, artificial, complexa, ou mesmo contraditória, em consideração com os fins económicos visados pelo contribuinte. (...) Não basta que um conjunto de actos ou negócios seja praticado e daí surja uma dada vantagem fiscal; é pressuposto da CGAA, teoricamente reconduzível ao elemento meio, que a AT logre demonstrar o carácter pré-planificado e unitário daqueles actos (...).

²⁵⁹ Consoante a terminologia apresentada no Acórdão em análise.

²⁶⁰ Acórdão do TCAS, de 14 de fevereiro de 2012, 2.º juízo, Processo n.º 05104/11, 2.º juízo. Disponível em <http://dgsi.pt/>. No Acórdão em questão, a matéria de facto baseia-se no seguinte: a empresa B, SGPS e inserida num determinado grupo económico, decidiu expandir a sua atividade quer em termos de diversificação de negócio, quer em termos de dimensão. Para tal, constituiu diversos ramos de negócio dentro do grupo económico, por forma a que um se ocupasse de um setor específico. No âmbito do seu processo de expansão, o Grupo decidiu que os empréstimos financeiros realizados às novas empresas deveriam ser concedidos através de entidades criadas na Zona Franca da Madeira, procurando assim tirar proveito dos benefícios fiscais em sede de IRC provenientes da residência na ZFM. A empresa sediada na ZFM – empresa C – especializou-se no investimento em obrigações, negociando assim empréstimos com uma empresa externa ao Grupo sediada nas Ilhas Canal – a sociedade H, todos reembolsáveis em 19 de setembro de 2007, com juros bianuais em março e setembro de cada ano. A empresa C recebia da sociedade A, sua acionista, a título de prestações suplementares, o montante que iria ser transferido a título de empréstimo para a sociedade H. Na data do vencimento dos juros, recebia os valores correspondentes aos mesmos, beneficiando da isenção em sede de IRC, relativa a juros provenientes de empréstimos. Posteriormente, a partir de setembro de 2004 a sociedade C passou a não distribuir lucros, mas a constituir reservas livres, passando os juros provenientes de empréstimos a serem distribuídos como dividendos pela mesma aos seus detentores de capital, nos quais se incluía, logicamente, a empresa A. Em 2007 é realizada uma inspeção tributária ao exercício económico de 2004, do qual a AT concluiu que a sociedade C não possui qualquer estrutura negocial, nem procedeu à contratação de funcionários para esse efeito, funcionando apenas como uma empresa fachada, intermediária na concessão de empréstimos financeiros entre a sociedade A e a sociedade H, de modo a que essas operações não fossem tributadas como juros. Considerou a AT que, muito para além de uma expectativa de poupança fiscal, se encontrava perante um esquema de planeamento fiscal agressivo, com o único objetivo de evitação de impostos incidentes sobre o rendimento societário. Isto porque se estava perante uma transformação de proveitos relativos a juros obtidos por proveitos inerentes a lucros, que por sua vez eram distribuídos por uma empresa participada sediada num território fiscalmente mais atrativo. Aplicou-se, então, a CGAA, uma vez que os dividendos distribuídos pela sociedade C à sociedade A constituíam atos desenvolvidos por meios artificiosos, através da utilização desnecessária e indevida da sociedade C, com abuso de formas jurídicas conducentes à eliminação de um imposto que seria devido, caso os juros fossem contabilizados na esfera da sociedade A.

²⁶¹ Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

²⁶² Acórdão do TCAN, de 18 de outubro de 2018. Processo n.º 00917/13.3BECBR, 2.ª secção. Disponível em <http://dgsi.pt/>.

Para tal, o conteúdo de cada acto deve encontrar-se determinado (a construção ou montagem deve estar planeada), no momento em que o primeiro de tais actos tem lugar, pois caso contrário existe apenas a eventualidade da obtenção de uma vantagem fiscal, e já não pode falar-se de ‘actos essencial ou principalmente dirigidos’ à obtenção da vantagem fiscal, como exige a lei”²⁶³.

O elemento meio diz respeito a atos voluntários, excluindo-se da equação meras ocorrências que não apresentem qualquer voluntariedade associada²⁶⁴, atos esses cuja exteriorização contraria o espírito das normas fiscais. O TCAS, no Acórdão *supra* mencionado, considera meio artificioso a utilização de uma empresa associada localizada em território fiscalmente mais atrativo, e que sem o recurso a esta, os juros do capital de uma empresa não seriam desnecessariamente transformados em lucros distribuídos pela empresa participada, pelo que os rendimentos estariam sujeitos a uma tributação de IRC mais elevada e, logo, mais penosa para as poupanças fiscais do contribuinte, na medida em que concorreriam para a formação do seu resultado fiscal²⁶⁵.

Comparativamente à redação da CGAA anteriormente existente, relativa a “actos ou negócios jurídicos”, na atual redação este elemento assume uma maior amplitude, ao referir-se a qualquer construção que, nos termos do n.º 3 do artigo 38.º da LGT se considera não genuína nos casos em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica, podendo inclusive ser construída por mais que uma etapa ou fase. Ora, ainda que a norma seja composta por conceitos indeterminados dos quais a intervenção por parte do intérprete do Direito se revela como necessária, a verdade é que o conceito de “razões económicas válidas” tem sido aprofundado pela jurisprudência da União. Pese embora o TJUE procure identificar os casos em que não se verificam razões económicas válidas sem, contudo, densificar tal conceito, a verdade é que o mesmo é referido em diversa jurisprudência, dos quais destacamos os Acórdãos *Leur-Bloem* e *Kofoed*, referidos por nós em momento anterior, e que auxiliam o aplicador do Direito na tarefa de delimitar quais os comportamentos que figuram como abusivos, destrinchando-os daqueles em que estaremos perante planeamento fiscal propriamente dito.

²⁶³ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, op. cit., pág. 165.

²⁶⁴ ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 172, apud. PEDRO MENEZES CARDOSO, op. cit., pág. 205.

²⁶⁵ Acórdão TCAS, de 14 de fevereiro de 2012, Processo n.º 05104/11, 2.º juízo, op. cit.. Disponível em <http://dgsi.pt/>.

3.2.2. Elemento resultado

Este elemento corresponde ao provento que o contribuinte pretende obter, composto pela vantagem fiscal que, em condições ditas “normais”, não lhe seria atribuída²⁶⁶. O contribuinte procura, assim, ladear a própria lei na tentativa de não ser tributado, ou sendo-o, em posição claramente mais favorável.

O resultado visado prende-se com a redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos²⁶⁷, com base no abuso das formas jurídicas ou razões comerciais válidas que não reflitam a substância económica. Assim, este elemento encontra-se presente quando se comprove que à oneração tributária pretendida – claramente mais favorável – não corresponde uma equivalência de resultados não fiscais²⁶⁸.

O TCAS decidiu que, através da transformação dos juros do capital que aplica em lucros distribuídos por uma empresa participada, isenta de IRC, produz assim o efeito de fuga ao imposto, pois sem a empresa localizada no regime fiscalmente mais atrativo, o imposto seria exigido se a empresa tivesse optado por esquemas não artificiais, com resultados económicos equivalentes²⁶⁹.

Em síntese, importa demonstrar que em virtude dos factos praticados, foi obtida determinada vantagem fiscal censurável. O contribuinte atua à margem da lei, pois vê-se encorajado pela obtenção de uma vantagem fiscal sem que, ainda assim, incorra em qualquer ilicitude. Cumpre pesar se as razões fiscais foram determinantes para os contribuintes desenvolverem certos esquemas abusivos, que, de outra forma, não teriam levado a cabo, em comparação com as operações ditas “normais”, i.e., que teriam sido praticadas “para atingir aquele resultado não-fiscal, não fosse a busca da vantagem fiscal preponderante na escolha de formas do contribuinte”²⁷⁰.

3.2.3. Elemento intelectual

Neste domínio, denotamos uma conjugação com os desenvolvimentos produzidos em contexto internacional e em sede da Diretiva ATAD, abandonando o legislador nacional a adoção da formulação

²⁶⁶ Nas palavras de GUSTAVO LOPES COURINHA, “*A tax advantage will occur in those cases in which the taxpayer achieves a comparably better tax situation for an economic and juridical result that is comparable to that of a taxable event. If an overall better tax situation occurs, but with different economic results, this condition will not be considered to have been fulfilled*”, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 103, International Fiscal Association, Seoul, 2018, pág. 625.

²⁶⁷ Tal como definido no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, à luz da redação anterior, não se fazendo, porém, referência no que consiste uma vantagem fiscal à luz da atual norma.

²⁶⁸ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso...*, *op. cit.*

²⁶⁹ Acórdão TCAS, Processo n.º 05104/11, *op. cit.*

²⁷⁰ GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 172.

“negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos (...)” para se prever a aplicação da CGAA a construções ou séries de construções “realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal”²⁷¹. Para desencadear a aplicação da CGAA, o *animus* por detrás das construções terá de se traduzir na obtenção de uma vantagem fiscal indevida, maioritariamente dirigida a que o resultado fiscal prevaleça sobre o resultado não fiscal²⁷².

Comparativamente com a redação anterior, denotamos que a CGAA atualmente em vigor apresenta um padrão menos exigível, dado que a vantagem fiscal não necessita de ser a *essencial* ou principal, apenas *uma das principais*, o que abre caminho para que a norma seja aplicável a situações que, por sua vez, possam não ter sido essencialmente conduzidas por motivações de índole fiscal, dando por sua vez oportunidade a que a AT invoque a aplicação da CGAA a situações que possam não ser, na sua essência, abusivas.

A prova do elemento intelectual deverá ser realizada com base na análise objetiva das condutas praticadas pelo contribuinte, devendo as suas intenções e motivações serem extraídas, compreendidas e valoradas à luz de uma série de indícios provenientes do desenvolvimento das suas condutas²⁷³. Frisando GUSTAVO LOPES COURINHA, “a prova da motivação fiscal nestas Cláusulas Gerais é feita, como vimos, com recurso a factos ou elementos de prova que permitam ao intérprete (v.g. julgador) extrair, com razoável segurança e segundo critérios de razoabilidade e normalidade, a conclusão de que o contribuinte atribuiu às formas adoptadas um preponderante fim fiscal. (...) Os dados objectivos recolhidos e presentes ao intérprete devem pois permitir-lhe retirar, de modo directo ou se necessário por recurso a ilações ou presunções judiciais, a conclusão sobre a verificação ou não do elemento motivacional, ainda que com possibilidade, sempre salvaguardada, de demonstração pelo contribuinte da existência de uma decisiva motivação não fiscal no quadro do acto ou negócio”²⁷⁴. Defende ainda o autor que “[a] motivação subjacente aos actos possivelmente abusivos é apurada *per se*. O elemento intelectual preenche os elementos meio e resultado, enforma-os, pois só da verificação do elemento intelectual se pode censurar a verificação desses”²⁷⁵. Assim, a aplicação da presente cláusula torna-se mais ágil e eficaz se for analisada de forma objetiva, com base em factos que traduzam uma dada intenção.

²⁷¹ Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

²⁷² GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*

²⁷³ ANDERSON FURLAN, *Planeamento Fiscal em Portugal*, in *Estudos em Memória do Prof. Dr. J. L. Saldanha Sanches*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 41-42.

²⁷⁴ GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 183.

²⁷⁵ GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 179.

No Acórdão do TCAS em análise, evidencia-se o preenchimento deste elemento pelo facto de o contribuinte ter adotado comportamentos com uma finalidade predominantemente fiscal, na qual os lucros reclamados se traduzem, na verdade, em remuneração do capital recebido pela empresa que, depois, transfere para a empresa situada num território fiscalmente mais atrativo, sob a forma de juros²⁷⁶.

Por forma a se aplicar a disposição antiabuso prevista do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, cabe à AT o ónus de argumentar, consoante os elementos probatórios a que tiver acesso, que a construção ou série de construções em questão são não genuínas para efeitos fiscais, recaindo posteriormente sobre o contribuinte, com efeito, demonstrar que as suas condutas tiveram por base motivações de qualquer outra índole, sendo a vantagem fiscal existente uma mera eventualidade.

O legislador nacional prevê um conjunto de critérios que a AT deve cumprir aquando da formulação e fundamentação do projeto e decisão de aplicação da CGAA ao caso concreto, previstos no n.º 3 do artigo 63.º do CPPT. Tais critérios passam pela descrição da construção ou série de construções realizadas com abuso das formas jurídicas ou que padeçam de razões comerciais válidas que reflitam a substância económica; a demonstração de que as condutas foram realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter um ganho fiscal não conforme com o objeto ou finalidade do direito fiscal aplicável; a identificação dos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica, bem como a indicação das normas de incidência que se lhes aplicam; a demonstração de que o sujeito passivo sobre o qual recairia a obrigação de efetuar a retenção na fonte, ou de reter montante de imposto superior, tinha ou deveria ter conhecimento da construção ou série de construções consideradas abusivas.

Assim sendo, passados 30 dias a contar da notificação do projeto de aplicação da disposição antiabuso e tendo o contribuinte exercido o direito de audição prévia, a CGAA será prévia e obrigatoriamente aplicada, tal como consta da redação dos n.º 4 a 7 do artigo 63.º do CPPT, artigo este que consagra o procedimento específico para a liquidação de tributos pela AT em face da aplicação da CGAA.

Não obstante a aplicação da CGAA carecer, obrigatoriamente, do exercício de audição prévia do contribuinte, assim como da autorização por parte do dirigente máximo do serviço da AT ou pelo funcionário a quem tenha sido delegada tal competência (nos termos do n.º 7 do artigo 63.º do CPPT), o contribuinte pode, ainda assim, ver afastada a aplicação da CGAA nos termos do n.º 8 do artigo 63.º

²⁷⁶ Acórdão do TCAS, Processo n.º 05104/11, *op. cit.*

do CPPT se no prazo de 150 dias tiver solicitado à Administração tributária informação vinculativa sobre os factos que fundamentaram a decisão de aplicação da norma, e aquela não tenha atendido ao pedido no prazo fixado na lei. Para além desta possibilidade, à luz da atual redação o contribuinte poderá ainda proceder à impugnação da liquidação de tributos com base na aplicação da CGAA, quando a mesma seja precedida obrigatoriamente de reclamação graciosa, nos termos do n.º 11 do artigo 63.º do CPPT.

Ao abrigo da nova redação, a obrigatoriedade de apresentação de reclamação graciosa para, posteriormente, ser possível impugnar judicialmente a liquidação de tributos implica uma dupla análise por parte da Administração tributária dos pressupostos de aplicação da norma. Ao mesmo tempo, através deste aditamento de cariz obrigatório, ao contribuinte é fornecido mais um meio de reação face a potenciais aplicações indevidas da CGAA que, como vimos, será sempre prévia e obrigatoriamente aplicável assim que exercido o direito de audição prévia do contribuinte.

3.2.4. Elemento normativo-sistemático

O elemento normativo-sistemático pressupõe uma análise jurídica do abuso, e procura aferir a coerência do sistema com o enquadramento sociológico subjacente ao legislador que conduziu à introdução de uma determinada norma no sistema fiscal²⁷⁷. Inclusive porque, sem a consideração deste elemento – e a reflexão sobre se determinada vantagem obtida será ou não incompatível com os princípios e finalidades do próprio sistema fiscal – AVELÃ NUNES considera que a norma deveria ser inconstitucional, pois só com um efetivo escrutínio dos factos tributáveis e com o estabelecimento de princípios fiscais claros, poderá a CGAA ser aplicável sem correr o risco de produzir resultados contrários ao sistema fiscal e incompatíveis com a exigência constitucional de separação de poderes²⁷⁸.

Como referem LEITE DE CAMPOS e COSTA ANDRADE, a CGAA surge no plano fiscal num momento posterior à prática dos comportamentos abusivos, “a reconhecer certos resultados e a tributá-los (ou a invalidá-los). E os limites que se estabeleçam à liberdade ‘natural’ da pessoa e da sociedade têm de ser reduzidos e bem definidos”²⁷⁹. Torna-se, assim, imperativo um ajuste das posições conflitantes do Estado e dos sujeitos passivos, pois “cada vez mais as decisões dos diversos

²⁷⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição Refundida, Edições Almedina, 2005, pág. 415.

²⁷⁸ GONÇALO AVELÃS NUNES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em Sede Fiscal – Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária – à luz dos princípios constitucionais do Direito Fiscal*, Revista Fiscalidade, n.º 3, ISG, 2000, pp. 56-58.

²⁷⁹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, JOÃO ANDRADE COSTA, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Coimbra, Edições Almedina, 2008, pág. 50.

agentes económicos são influenciadas por questões fiscais, no sentido de determinarem qual a solução mais viável por forma a minimizar o imposto e a maximizar o lucro. Tudo isto leva a um caos fiscal ou a um desordenamento jurídico-fiscal. Na verdade, a falta de neutralidade do sistema jurídico-fiscal faz com que perante duas alternativas económicas, igualmente lícitas, a cada uma delas correspondem distintas vantagens fiscais. (...) Assim, temos, por um lado, o direito do contribuinte em prosseguir os seus negócios com a maior poupança fiscal possível, e temos do outro lado o dever de contribuir para as necessidades financeiras do Estado, na medida da sua capacidade contributiva”²⁸⁰.

A consagração da CGAA traduz-se na necessidade de enformar a atuação dos contribuintes à luz de princípios constitucionalmente consagrados e de salvaguarda do Interesse público, aplicando-se às construções que tenham como finalidade principal ou uma das finalidades principais a obtenção de uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, e somente a estas situações. Assim, reforça-se o caráter de *ultima ratio* desta norma, pois só será aplicável em condições concretas, isto é, quando não exista qualquer norma específica antiabuso, suscetível de se aplicar ao caso concreto.

O elemento normativo-sistemático apresenta uma dupla funcionalidade²⁸¹. Por um lado, tenciona garantir a aplicação coerente das normas jurídico-fiscais, esforçando-se para auxiliar o aplicador do Direito na obtenção de soluções orientadas por princípios que regem a fiscalidade. Por outro lado, procura incentivar o contribuinte a optar pela via fiscalmente menos onerosa, desde que lícita e que não contrarie o espírito e objeto do sistema fiscal. Note-se que o facto de este elemento se encontrar vertido na lei, permite tornar mais clara a reprovação das construções que sejam contrárias ao espírito ou finalidade da lei, introdução essa que fornece maior segurança quanto à consideração dos pressupostos de aplicação da CGAA²⁸².

No Acórdão que temos vindo a analisar, o elemento normativo resulta na reprovação do resultado obtido, pois com as operações realizadas, o contribuinte procurou evitar que fossem tributadas situações que a lei fiscal visava tributar, sendo que no caso concreto passou pela transformação de juros em lucros distribuídos, operação através da qual o contribuinte conseguiu atingir efeitos económicos equivalentes sem ser tributado, prejudicando apenas o Interesse público²⁸³.

²⁸⁰ ARTUR JORGE BARROSO DIAS, *Direito fundamental ao planeamento fiscal: Medidas de reação utilizadas pela Administração tributária no combate à evasão e fraude fiscal*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2013, pp. 26-27.

²⁸¹ Na ótica de PEDRO MENEZES CARDOSO, com a qual concordamos. Cfr. *Os Desafios da 'Maioridade'...*, *op. cit.*

²⁸² DIOGO FEIO, *Cláusula geral anti-abuso: antes e depois. Conceitos em construção*, *op. cit.*, pág. 15.

²⁸³ Acórdão TCAS, Processo n.º 05104/11, *op. cit.*

Assim, a CGAA procura requalificar como ilegítimos certos comportamentos à luz do ordenamento jurídico-fiscal, caso seja possível comprovar que os mesmos procuram contrariar o espírito das normas sem, contudo, entrarem no campo da ilicitude.

O elemento normativo é de extrema importância, pois procede à análise da desconformidade do resultado obtido com a *ratio legis*, o espírito ou o propósito da norma, os princípios do código em causa ou do sistema fiscal como um todo²⁸⁴. Caso se aceitasse a aplicação de uma cláusula com este teor sem uma demonstração da censura normativo-sistemática do resultado obtido com as condutas produzidas, o próprio legislador estaria a pactuar com uma aplicação abusiva de normas fiscais, inclusive promovendo essas práticas com um vazio legal reacionário, pelo que esta norma permite não excepcionar, “mas sim estender o plano metodológico interpretativo existente nas restantes normas fiscais, possibilitando uma compreensão sistemática integrada e teleológica de uma determinada norma ou regime fiscal à luz do todo fiscal”²⁸⁵.

3.2.5. Elemento sancionatório

Na esteira de OLIVEIRA ASCENSÃO, “[a] sanção está ligada à imperatividade. Toda a regra, jurídica ou outra, pode ser assistida por uma sanção, que reforça a sua imperatividade. A sanção é sempre uma consequência desfavorável que atinge aquele que violou uma regra. (...) Em si, a sanção não é um facto. Como consequência desfavorável, a sanção é um efeito jurídico, conteúdo de uma regra jurídica cuja previsão é a violação de uma regra de conduta. (...) A sanção implica pois sempre a entrada em vigor de novas regras, denominadas regras sancionatórias (...) subordinadas e complementares das regras principais, que actuam no caso de aquelas não terem sido observadas. (...) A sanção é pois a estatuição de uma regra sancionatória”²⁸⁶.

A estatuição da CGAA resulta na desconsideração, para efeitos tributários, das construções ou série de construções engenhadas pelo sujeito passivo, “efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”²⁸⁷. Na versão anterior a maio de 2019, a CGAA utilizava a expressão “ineficácia” para a consequência jurídica a aplicar aos que praticassem atos abusivos. Dispõe ainda a mais recente versão da CGAA nacional que, “nos casos em que da

²⁸⁴ GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 190.

²⁸⁵ PEDRO MENEZES CARDOSO, *op. cit.*, pág. 281.

²⁸⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição Refundida, *op. cit.*, pág. 64.

²⁸⁷ Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com caráter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica”²⁸⁸. Adicionalmente, em caso de substituição tributária e tendo o substituto (ou devesse ter) conhecimento de tal construção ou série de construções, aplicar-se-ão as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária²⁸⁹.

A consequência jurídica prevista com a aplicação da CGAA aplica-se aos atos circunscritos ao plano fiscal, sancionando as condutas abusivas sem, contudo, afetar os efeitos civis que se produzem na sua totalidade. O ato é, assim, lícito e válido no plano civil, apenas não produzindo efeitos no plano fiscal. Isto porque, no plano civilístico, a fraude à lei acarreta a nulidade do negócio como um todo, ao passo que no plano fiscal não estamos perante uma violação direta de uma norma jurídica, apenas se procede à sua evitação, considerando-se unicamente a ineficácia desses mesmos atos. Nestes termos, a AT desconsidera as construções elaboradas pelos contribuintes e, subsequentemente, tributa as situações que correspondam efetivamente à substância ou realidade económica.

O efeito previsto apenas ocorre, porém, se, em alternativa, existir uma situação em que o efeito e finalidade não fiscais da estrutura adotada e os efeitos da vida dita “normal” sejam idênticos ou equivalentes.

A atual redação da CGAA debruça-se, nos n.º 4 e 5 do artigo 38.º da LGT, sobre o instituto da retenção na fonte, procurando resolver a questão de quem deverá responder perante a não entrega de tais verbas ao Estado. Assim, no n.º 4 o legislador nacional define que o beneficiário (ou seja, o substituído) será o responsável e devedor do imposto, nos casos em que não se tenha verificado a retenção na fonte a título definitivo, pois será na esfera do beneficiário que se irá reproduzir a correspondente vantagem fiscal.

Por seu turno, o n.º 5 apresenta aquilo a que TOMÁS CANTISTA TAVARES considera como responsabilidade solidária do substituído e do substituto tributário²⁹⁰. Ora, a norma indica-nos que, quando o substituto tributário tivesse (ou devesse ter) conhecimento das construções abusivas, aplicar-se-ão as regras gerais de responsabilidade tributária. Assim, o substituto será responsável originário (em solidariedade) pelos montantes não retidos aquando do pagamento ao substituído,

²⁸⁸ Nos termos do n.º 4 do artigo 38.º da LGT.

²⁸⁹ Nos termos do n.º 5 do artigo 38.º da LGT.

²⁹⁰ TOMÁS CANTISTA TAVARES, *Nova redação e novo contencioso da cláusula geral anti-abuso no direito fiscal: art. 38.º da LGT e art. 63.º do CPPT*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, julho/setembro 2020, *op. cit.*, pág. 35.

responsabilidade essa prevista na segunda parte do n.º 5 do artigo 38.º da LGT, que por sua vez remete para o regime geral da responsabilidade em casos de substituição tributária definitiva (nos termos do artigo 28.º, n.º 3 da LGT); e o substituído será responsável a título originário nos termos da primeira parte do n.º 5 que, por sua vez, remete para o n.º 4 do artigo 38.º da LGT, na qual o beneficiário do rendimento detém a responsabilidade pelas dívidas fiscais no decurso da aplicação da CGAA, em matéria de substituição total²⁹¹.

Neste sentido, a AT inspeciona quer o beneficiário dos rendimentos quer o seu substituto, recolhendo todos os elementos possíveis para aferir se, no caso concreto, a CGAA se poderá aplicar, indagando junto de ambos se o substituído teve ou deveria ter conhecimento do carácter abusivo das construções em causa²⁹². Posteriormente, notifica as partes do projeto de correções, conferindo-lhes a prerrogativa de exercer o seu direito de audição prévia, caso pretendam. Ouvidas as partes, a AT fundamenta o ato de aplicação da CGAA, decidindo se, porventura, o substituto deveria ou não ter conhecimento das construções abusivas²⁹³.

Por fim, a AT procede à liquidação adicional dos rendimentos, e que poderá ser realizada por uma de duas vias: ou o ato final de liquidação recai unicamente sobre o beneficiário dos rendimentos, no qual poderá este apresentar reclamação graciosa, e, ainda, impugnação judicial; ou a AT considera que ambos (substituto e beneficiário) deverão ser alvo de liquidação adicional em regime de responsabilidade solidária, quando através da inspeção que realizou, tenha concluído que o substituto sabia ou deveria saber da existência de tais condutas abusivas, ao abrigo do n.º 11 do artigo 63.º do CPPT. Ambos poderão apresentar reclamação graciosa, não obstante serem pedidos independentes, dado que o beneficiário deverá apresentar defesa no sentido do não preenchimento cumulativo dos elementos da CGAA, e o substituto tributário deverá alegar que não conhecia, nem deveria conhecer, tais construções abusivas, assim como cada um deduzirá a respetiva impugnação judicial, sem prejuízo da possibilidade de coligação de autores ou apensação ulterior dos processos, nos termos dos artigos 104.º e 105.º do CPPT.

A decisão final poderá resultar em a) anulação das liquidações adicionais contra ambos, por não verificação do preenchimento cumulativo dos requisitos da CGAA, b) anulação da liquidação

²⁹¹ TOMÁS CANTISTA TAVARES, *Nova redação e novo contencioso da cláusula geral anti-abuso no direito fiscal: art. 38.º da LGT e art. 63.º do CPPT, op. cit.*

²⁹² Ao abrigo da alínea b), do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT.

²⁹³ De acordo com a alínea d), do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT.

apenas contra o substituto tributário, pelo que deverá o beneficiário responder pela aplicação da CGAA ao caso concreto, ou c) condenação de ambos²⁹⁴ ²⁹⁵.

Note-se que, face aos meios de reação à aplicação da CGAA, a lei anteriormente em vigor não previa a possibilidade de contestar a aplicação da CGAA por via de reclamação graciosa – e que à luz da norma atualmente em vigor, se revela prévia e necessária ao à impugnação judicial. Estamos perante uma inovação ao nível nacional em matéria procedimental, temática totalmente explorada pelo legislador nacional, considerando que em nada dispõe a Diretiva ATAD, dado que apenas explora questões puramente de direito material.

Na esteira de TOMÁS CANTISTA TAVARES, a introdução desta obrigatoriedade “visa ‘forçar’ o contribuinte a explicar integralmente a operação empreendida, refutando a aplicação, ao caso, dos requisitos da CGAA”. Aponta o autor que esta inovação procedimental apresenta, igualmente, consequências únicas ao nível do procedimento e processo tributário, na medida em que os argumentos apresentados em sede de reclamação graciosa irão moldar o objeto da subsequente impugnação judicial. O impugnante poderá apresentar nova prova testemunhal, no entanto não poderá introduzir nova argumentação factual diferente da apresentada em sede de reclamação graciosa, mas à AT será possível, tendo por base a defesa do contribuinte em sede de reclamação graciosa, posteriormente robustecer a sua fundamentação inspetiva, ao contradizer os elementos trazidos à colação pelo contribuinte, alegando que, aquando da realização do seu processo inspetivo, não poderia antecipar ou conhecer elementos que apenas se encontrariam na posse do contribuinte²⁹⁶.

Orientados pela visão do autor, consideramos que a introdução da reclamação graciosa enquanto mecanismo prévio e necessário ao recurso à impugnação judicial se revela fundamental tendo em consideração a complexidade jurídica que a análise dos elementos da CGAA apresentam, e pelo facto de os efeitos que da aplicação da mesma resultam, serem bastante prejudiciais para o contribuinte. No fundo, o legislador procura que ao contribuinte seja dada a possibilidade de detalhar, ainda em sede administrativa, os contornos das construções que efetuou, nomeadamente descrever a construção da qual a vantagem fiscal não foi a principal ou uma das principais, que não houve abuso de formas jurídicas, e que as construções foram genuínas, pois tendo em consideração todos os factos

²⁹⁴ TOMÁS CANTISTA TAVARES, *op. cit.*, pág. 36

²⁹⁵ No último dos cenários possíveis, ao abrigo da alínea a) do n.º 12 do artigo 63.º do CPPT, caso o substituto pague a quantia devida ao Estado, poderá exercer o seu direito de regresso contra o beneficiário, pois foi este quem lucrou, com fundamento em enriquecimento sem causa. Se, por sua vez, o beneficiário pagar qualquer quantia ao Estado, este não terá qualquer direito de regresso face ao substituto, pois é o beneficiário que apresenta capacidade contributiva para efetuar o respetivo pagamento. Não obstante, o beneficiário poderá optar pelo englobamento do rendimento, nos termos da alínea b) do n.º 12 e do n.º 13 do artigo 63.º do CPPT. Para mais desenvolvimentos, cfr. TOMÁS CANTISTA TAVARES, *Nova redação e novo contencioso...*, *op. cit.*, pp. 33-36.

²⁹⁶ TOMÁS CANTISTA TAVARES, *op. cit.*, pp. 40-41.

e circunstâncias, as operações refletem razões económicas válidas. Esta possibilidade permite ao contribuinte a “necessária contradição dos argumentos, sobretudo factuais, esgrimidos na fundamentação do ato tributário que aplique a CGAA, a qual, (...) tem de ser mais exaustiva e ponderada (dadas as circunstâncias do caso e a gravidade da estatuição), como impõe o art. 63.º, n.º 3, do CPPT; mas eventualmente também, por outro lado, com a explicação e prova, pela positiva (para além da crítica da fundamentação), das construções efetivamente efetuadas, suas finalidades não fiscais (ou tributariamente aceites), em situações genuínas, com razões económicas válidas que refletem a sua real e intencional substância económica”²⁹⁷.

Adicionalmente, o legislador nacional decidiu introduzir outras questões inovadoras ao abrigo da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio: o aditamento do n.º 6 do artigo 38.º da LTG, que prevê uma majoração de 15 pontos percentuais dos juros compensatórios devidos nos termos do artigo 35.º da LGT, em caso de aplicação da CGAA, sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de junho, na sua redação atual.

Assim, para além do pagamento do imposto ou parcela de imposto de que o contribuinte se procurou isentar, e da sujeição à contraordenação fiscal prevista no artigo 114.º do RGIT pela não liquidação e pagamento atempado do imposto devido, fica ainda o contribuinte que desenvolveu o esquema abusivo obrigado ao pagamento de juros compensatórios nos termos do artigo 35.º da LGT, cuja taxa legal será acrescida em 15%, contados desde o momento do incumprimento até à emissão da liquidação adicional de imposto.

3.3. Considerações críticas

Em consequência da transposição da Diretiva ATAD – e que apresenta apenas um padrão mínimo obrigatório a ser implementado pelos Estados-Membros –, a CGAA nacional sofreu as devidas alterações, por forma a se compatibilizar com os mínimos exigíveis em sede europeia. Contudo, o legislador nacional considerou que, em algumas matérias, poderia dar um contributo para além do exigível, alterações essas as quais iremos analisar de um ponto de vista crítico. Vejamos.

Relativamente ao elemento meio, a alteração da terminologia de “ato ou negócio jurídico” para “construções ou séries de construções” em virtude de uma maior aproximação à regra geral antiabuso

²⁹⁷ TOMAS CANTISTA TAVARES, *op. cit.*, pp. 40.

prevista na Diretiva ATAD, implica a aceitação ao recurso de um conceito indeterminado de maior amplitude, e que necessita de natural densificação face ao caso concreto – ainda que pela via jurisprudencial o TJUE tenha procurado aprofundar conceitos como o de “razões económicas válidas”.

É certo que uma norma de carácter geral deverá abranger o maior número de situações possíveis; todavia, os seus elementos constitutivos carecem de serem densificados. Isto porque, dado que o objetivo se materializa na reprovação de determinadas condutas praticadas pelo contribuinte (ou pelo seu substituto tributário) que sejam consideradas abusivas, mas que não se enquadrem no âmbito de aplicação de normas específicas antiabuso, seria expectável que o legislador delineasse contornos mais claros do tipo de comportamentos que se poderão efetivamente enquadrar na previsão das normas e que, quando verificados os requisitos, provocam consequências severas na gestão da esfera privada de determinado contribuinte.

Ora, se aplicadas indevidamente, os efeitos sentidos pelo contribuinte serão, por sua vez, abusivos. Assim sendo, por forma a assegurar a correta aplicação da CGAA, será imperativo que conceitos como “construções ou série de construções”, “razões económicas válidas” e “abuso de formas jurídicas” ou não genuinidade sejam concretizados no texto da norma, facilitando a tarefa do intérprete e aplicador do Direito, assim como da própria AT, na avaliação da possibilidade de aplicação da CGAA ao caso concreto. Não obstante considerarmos imperativa esta introdução no texto da norma, e como havia sido referido em momento anterior, a jurisprudência nacional e do próprio TJUE procuram auxiliar na interpretação e aplicação de tais conceitos e, certamente, a adaptar os mesmos ao caso concreto.

O Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, entretanto revogado, estabelecia na alínea b) do artigo 3.º uma definição daquilo que possa ser entendido por esquema, sendo qualquer “plano, projeto, proposta, conselho, instrução ou recomendação, exteriorizada expressa ou tacitamente, objecto ou não de concretização em acordo ou transação”²⁹⁸. Consideramos que a CGAA deveria apresentar um elenco semelhante ao do previsto do Decreto-Lei, por forma a auxiliar a tarefa quer da AT, quer do aplicador do Direito na decisão e fundamento de aplicação de medidas de combate ao planeamento fiscal abusivo.

Relativamente ao elemento resultado, a atual redação da norma não define em que consiste uma vantagem fiscal, ao contrário do que acontecia à luz da redação anterior, e que definia vantagem

²⁹⁸ Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro. Disponível em <http://dre.pt/>.

fiscal como qualquer “redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos”²⁹⁹. Na norma atualmente em vigor, surge referência à existência de vantagens fiscais que frustrem o objeto ou finalidade do direito fiscal aplicável, o que espelha o texto vertido na regra geral antiabuso da Diretiva ATAD, pelo que o limiar mínimo se encontra preenchido. Não obstante, consideramos que o legislador nacional poderia manter a definição prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT ao abrigo da redação anterior, procurando assim densificar em que consiste uma vantagem fiscal que, nestes casos, é imprópria, alertando com maior rigor para a perigosidade da sua obtenção, pois a mesma é um ganho fiscal que, embora não ilegal, será ilegítimo, obtido em circunstâncias não previstas na própria lei.

O elemento intelectual apresenta uma das mudanças elementares, na medida em que deixa de ser necessário identificar o ganho fiscal como *a finalidade principal* ou *a finalidade essencial* das construções a obtenção de uma vantagem fiscal, bastando apenas que a mesma resida entre *uma das principais*.

Embora consigamos compreender que a alteração de padrão procura ir de encontro ao disposto na Diretiva ATAD, consideramos imperativo que a vantagem fiscal figure como a principal ou preponderante/essencial para a realização de determinado esquema abusivo, sem embargo da presença de outras motivações de índole não fiscal, mas que para o esquema em concreto não detenham relevância significativa. Contudo, se as motivações não fiscais apresentarem o mesmo peso, ou até um peso superior na ponderação do contribuinte para desenvolver determinada construção, consideramos que a CGAA não se deveria aplicar, pois a motivação principal ou essencial não foi, precisamente, a de beneficiar com um tratamento fiscal mais favorável, independentemente de o mesmo ter sido alcançado.

De acordo com PEDRO MENEZES CARDOSO, a não consagração deste elemento resultaria na atribuição de um elevado poder discricionário à AT, pois a partir do momento em que se verifica a existência de uma vantagem fiscal, a CGAA aplicar-se-ia de forma automática. Assim, o ónus da prova que recai sobre o contribuinte seria bastante mais complexo e pesado³⁰⁰. Ora, esta linha de raciocínio faria sentido, no nosso entendimento, se a redação da CGAA não tivesse sofrido alterações quanto ao critério de essencialidade da conduta.

Em nossa opinião, a recente alteração levanta um certo receio quanto ao facto de a mesma poder contribuir para o incremento da insegurança jurídica, uma vez que a CGAA atualmente em vigor

²⁹⁹ Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, introduzido pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro.

³⁰⁰ PEDRO MENEZES CARDOSO, *op. cit.*, pág. 237.

dispõe que a prossecução de uma vantagem fiscal pode não ser a *finalidade principal*, mas, somente, *uma das finalidades principais* sem ter sido introduzido qualquer critério ou indício que nos permita averiguar ou comprovar que a obtenção da mesma foi, de facto, uma das finalidades principais entre várias que motivaram a construção ou série de construções em causa, e em que medida a mesma deverá ter um peso preponderante para que a CGAA se aplique, face a outras motivações de índole não fiscal. Notamos que a *essencialidade* prevista na CGAA em vigor até maio de 2019, se transforma na CGAA atual num patamar menos rigoroso, permitindo uma maior margem de apreciação e julgamento da AT, dado que será suficiente que a mesma afirme que o ganho fiscal figura simplesmente como uma entre várias motivações principais.

Para além desse facto, surge a dúvida sobre se a norma se deverá aplicar quando, entre *uma das finalidades principais*, reside a intenção de beneficiar a nível fiscal. Ora, o que leva o intérprete do Direito a considerar como uma dessas finalidades de cariz principal a obtenção de uma vantagem fiscal, perante tantas outras por detrás da construção ou negócio desenvolvidos pelo contribuinte? Não deverá a norma aplicar-se apenas quando o contribuinte tenha efetivamente como objetivo primordial provocar um dano ao Estado, através da prática de comportamentos revestidos de artificial? Cremos, em nossa opinião, que é aqui que reside a essência da aplicação da CGAA, pois para além de ser bastante complexo estabelecer uma prioridade de finalidades que motivaram o planeamento e execução de determinada construção, parece-nos que o facto de o contribuinte querer beneficiar fiscalmente não implica necessariamente que queira provocar um dano ao Estado e, conseqüentemente, ao Interesse público. Por isso, somos da opinião que na esfera da liberdade de atuação e gestão privada, o contribuinte apenas deverá sofrer as conseqüências da aplicação da CGAA quando ficar estabelecido que o seu principal objetivo era efetivamente otimizar a sua situação fiscal de forma indevida.

Por assim ser, a aplicação da CGAA deverá realizar-se em *ultima ratio*, ou seja, quando o benefício fiscal disponha sempre de particular relevância face a quaisquer outros ganhos de índole comercial ou estrutural, relevância tal que a vantagem terá de ser intrínseca à própria operação, como que integrante e justificativa só por si mesma, indispensável para a prossecução de determinada construção ou série de construções.

Tendo em consideração o exposto até ao momento, verificamos que no seio comercial a existência de motivos fiscais poderá ser admitida, desde que a atuação do contribuinte, globalmente

considerada, tenha como pressuposto a realização de uma atividade económica real³⁰¹. Como pudemos constatar em momento anterior da nossa exposição, o TJUE procedeu a uma densificação do conceito de artificialidade por via da jurisprudência em torno dos *Danish Cases*³⁰². O TJUE avançou com um elenco de cinco indícios de artificialidade, com o objetivo de orientar os tribunais nacionais dos Estados-Membros a atuarem perante esquemas artificiais. Assim, definiu o tribunal que poderemos estar perante condutas artificiais quando o beneficiário efetivo dos rendimentos procede à transferência de parte ou totalidade dos rendimentos que auferir para uma entidade não elegível para obter tal benefício, num curto espaço de tempo; quando seja possível averiguar que a entidade intermediária apenas realiza lucro insignificante, quando considerado todo o contexto da operação; quando se conclua pela inexistência de atividade económica real, avaliando para tal, entre outros fatores, os ativos afetos à prossecução da atividade e quais as despesas suportadas com essa mesma atividade; quando seja possível verificar incongruências entre a utilização, fruição e disposição dos rendimentos por parte das entidades entrepostas e da beneficiária formal dos rendimentos; e, por fim, dever-se-á atender às coincidências ou proximidades temporais com alterações legislativas e fiscais importantes e decisivas na decisão de gestão.

Portanto, o que deve estar na consideração da AT e do aplicador do Direito é precisamente a superioridade da motivação fiscal face às restantes de cariz não fiscal, não fazendo sentido, assim, que configure apenas entre uma das principais, se o peso que a mesma detenha seja inferior face ao ganho não fiscal.

O mesmo raciocínio se faz relativamente ao elemento intelectual. Para uma maior clareza e salvaguarda da coerência do comportamento dos contribuintes com o sistema jurídico-fiscal, será imperativo assegurar no texto da própria norma aquilo a que o legislador considera como ser um comportamento de cariz abusivo. O legislador nacional poderia optar por elencar um conjunto de esquemas ou construções adotados pelos contribuintes, e que configuram uma verdadeira fraude à lei; uma concretização que, embora não taxativa – dado que o contribuinte procura sempre novas formas de fuga ao Fisco –, seria sem dúvida um apoio fulcral na aplicação da CGAA ao caso concreto – e que não exclui a articulação com os trabalhos desenvolvidos pela doutrina e ao nível jurisprudencial.

Adicionalmente, como podemos constatar, o conceito de artificialidade foi substituído pela expressão “finalidades que não sejam consideradas genuínas”. Tal alteração não implica que o critério

³⁰¹ Cfr. Acórdão *Candbury Schweppes*, Processo C-544/2006, de 12 de setembro de 2006.

³⁰² Acórdãos de 26 de fevereiro de 2019, Processos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, e Processos C-116/16, e C-117/16. Disponíveis em <http://curia.europa.eu/>.

da artificialidade seja afastado, pelo contrário: a exigência subsiste, embora não espelhada através do recurso a um termo tão incisivo.

Por fim, relativamente ao elemento sancionatório, concordamos com TOMÁS CANTISTA TAVARES quando o autor considera que a majoração dos juros compensatórios é ilegal e, inclusive inconstitucional; isto porque viola o princípio *ne bis in idem*, dado que o contribuinte será penalizado não só ao nível do processo contraordenacional, quer ao nível fiscal através da aplicação de uma taxa de juros compensatórios com natureza sancionatória. Ademais, o princípio da capacidade contributiva é alvo de dupla violação, dado que a carga tributária suportada resulta de uma soma desproporcional do valor do imposto aos juros compensatórios, resultando, nas palavras do autor, num verdadeiro confisco, ao mesmo tempo que configura uma sanção imprópria “de tal forma que o valor consolidado a pagar já não tem qualquer correspondência na respetiva capacidade contributiva, que, como se sabe, é o pressuposto e o limite do imposto”³⁰³.

No entanto, discordamos do autor quando o mesmo afirma que o legislador poderá optar pela anulação da liquidação de juros compensatórios com base na análise de vicissitudes concretas das quais seja possível afastar a consideração de um comportamento censurável e culposos³⁰⁴. E discordamos porque na base de aplicação da CGAA reside uma intenção, manifestada através de factos concretos, de afastamento ou diferimento temporal do pagamento de impostos. As construções realizadas, embora possam apresentar razões económicas válidas, foram preponderantemente desencadeadas com o intuito de obter um ganho fiscal que, em condições normais e respeitando o espírito das normas fiscais, não seria alcançável. Portanto, consideramos que o comportamento do contribuinte, desde que preenchendo os requisitos cumulativos da CGAA, poderá ser reprovável e censurável juridicamente.

O que em nossa visão figura como ilegal e inconstitucional é a natureza sancionatória atribuída aos juros compensatórios. Não excluindo da equação a aplicação de juros pelo retardamento no pagamento de imposto, não somos apologistas de um agravamento da taxa legal sem qualquer fundamento previsto na lei para o mesmo, muito menos somos apologistas da consagração desta possibilidade e, depois, advogar em favor do seu afastamento por averiguação da existência de razões comerciais válidas ou pela existência de razões não fiscais com força legitimadora. Se assim o fosse e

³⁰³ SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Edições Almedina, 2015., pág. 296.

³⁰⁴ Diz-nos o autor que os juros compensatórios em sede de aplicação da CGAA poderão ser afastados se o legislador “ou por entender, fundadamente, que as razões não fiscais tinham alguma força legitimadora; ou porque acreditou, com algum fundamento, que não existia uma norma com intenção firme de tributação; ou porque as operações efetuadas, em termos médios e na sua sincera convicção, tinham um carácter genuíno, com razões económicas válidas”. *Op. cit.*, pág. 45.

se tais motivações detivessem um peso preponderante para o desenvolvimento de determinada construção, a CGAA não se aplicaria em primeira instância, pela não verificação cumulativa dos seus elementos constitutivos.

Note-se que, mesmo antes da introdução das recentes alterações ao texto da norma, a aplicação da CGAA a nível nacional não era pacífica. Veja-se, a título de exemplo, o *thema decidendum* discutido pela jurisprudência arbitral no âmbito de aplicação da norma a situações de transformação da natureza societária.

Nos casos em análise, está em causa a transformação de Sociedades por Quotas em Sociedades Anónimas, e a posterior alienação onerosa de participações sociais, detidas há mais de doze meses³⁰⁵. Através da transformação societária, o Estado não tributa a venda de ações. Assim, até à revogação do n.º 2 do artigo 10.º do Código IRS, produzida pela Lei n.º 15/2010, de 26 de julho, a alínea a) do presente artigo previa a exclusão de tributação em sede de IRS das mais-valias derivadas da alienação de ações detidas por um determinado titular, por um período superior a 12 meses.

Confrontada com diversos processos de transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas, a AT considerou que se estava perante esquemas abusivos, e decidiu aplicar a CGAA. Em contrapartida, os contribuintes que praticavam tais operações alegavam que os seus atos não revestiam qualquer forma “anómala, inusual, artificiosa, complexa ou mesmo contraditória, tendo em consideração os fins com eles visados”³⁰⁶. Em defesa da sua posição, consideraram não só que a forma utilizada correspondia totalmente à substância pretendida – dado que o meio jurídico utilizado foi o negócio previsto na lei para a realização do fim em vista – como afirmaram que o elemento normativo da CGAA não se encontrava preenchido, pela inexistência ao recurso a meios artificiosos e com abuso das formas jurídicas. Concluíram, por fim, que a aplicação da CGAA às operações *in casu* “não faz qualquer sentido porque não está em causa qualquer abuso, mas antes o exercício de uma opção expressamente prevista pelo legislador”³⁰⁷.

A AT sustentou a sua posição alegando que no processo de transformação os contribuintes encenaram vários atos jurídicos, de cariz complexo e dispendiosos, os quais “face à realidade e dimensão económica, estrutural e societária em concreto, se revelam manifestamente desnecessários e denunciam claramente a intenção artificiosa da sua utilização, ou seja, evitar a tributação que seria

³⁰⁵ Respeitante a, sensivelmente, 24 processos do CAAD. Processos n.ºs - 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; 315/2014-T; e 165/2019-T. Todos disponíveis em <https://caad.org.pt/>.

³⁰⁶ Decisão Arbitral n.º 138/2012-T, de 12 de julho de 2013, pág. 3. Disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPage=7&id=95>

³⁰⁷ Decisão Arbitral n.º 138/2012-T, *op. cit.*, pág. 5.

devida”³⁰⁸. No decorrer do seu processo inspetivo, a AT verificou que as sociedades mantiveram a atividade, a detenção de capital e a mesma gestão, visto que o gerente da sociedade por quotas era igualmente o administrador da sociedade anónima³⁰⁹. Neste sentido, concluiu a AT que se estaria perante práticas abusivas, pois o processo de transformação societário não alcançou os objetivos associados ao mesmo, e adicionalmente, o registo de tal transformação ocorreu após o conhecimento da proposta de lei que alterou a tributação das mais-valias tributárias³¹⁰. Assim, deu-se uma exclusão de tributação dos rendimentos obtidos com tais alienações, facto que não sucederia se as sociedades mantivessem o tipo societário que inicialmente detinham – o de sociedade por quotas.

Relativamente à decisão de aplicação da CGAA, o tribunal arbitral tende a, na maioria das suas decisões, excluir a aplicação da norma, por considerar que não se encontram preenchidos todos os seus pressupostos, nomeadamente os elementos intelectual e normativo³¹¹. Vejamos.

Relativamente ao elemento meio³¹², o n.º 2 do artigo 38.º da LGT em vigor até maio de 2019 determinava que a vantagem fiscal será considerada abusiva quando tenha sido alcançada por via de meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas.

Nas situações em apreço, a eliminação do imposto que seria devido dá-se pela combinação da transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, e a subsequente venda de participações sociais, transformação essa que poderá ser justificável em função de razões económicas. No entanto, para se considerar que tal operação decorre no âmbito do normal tráfego negocial, terá de se provar efetivamente que o ato de transformação em si não figura como anómalo, artificioso, dirigido apenas à tarefa de escapar à tributação que legalmente seria devida.

Nos processos arbitrais n.º 123/2012-T, 124/2012-T, e 70/2013-T³¹³, a matéria de facto trazida à colação prova que a transformação da sociedade se enquadra numa panóplia de atos e

³⁰⁸ Decisão Arbitral n.º 123/2012-T, *op. cit.*, pág. 14.

³⁰⁹ Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, de 11 de abril de 2015, pp. 11 e 15. Disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPage=29&id=1033>.

³¹⁰ Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, *op. cit.*, pág. 13.

³¹¹ Cfr. Processos n.ºs 123/2012-T, 124/2012-T, 138/2012-T, 70/2013-T, 196/2013-T, 305/2013-T, 208/2014-T, 234/2014-T, 264/2014-T, 299/2014-T, 320/2014-T, 420/2014-T. Disponíveis em <https://caad.org.pt/>.

³¹² Nos termos da Decisão Arbitral n.º 138/2012-T, *op. cit.*, pág. 31, e Decisão Arbitral n.º 47/3013-T, de 20 de dezembro de 2013, pág. 15, corresponde aos atos ou negócios jurídicos, considerados isoladamente ou integrados numa estrutura sequencial de atos ou negócios jurídicos, dirigidos à obtenção de um ganho ou vantagem fiscal. Disponíveis em <https://caad.org.pt/>. GUSTAVO LOPES COURINHA afirma que para o preenchimento deste elemento, terá de se atender aos atos ou negócios jurídicos cuja estrutura é determinada em função de um dado resultado fiscal. Cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, *op. cit.*, pág. 165.

³¹³ Todos disponíveis em <https://caad.org.pt/>.

negócios jurídicos inseridos no âmbito de uma reorganização empresarial, afastando-se qualquer hipótese de consideração de um esquema elisivo³¹⁴.

Desta forma, concluiu a doutrina maioritária que o facto da operação de transformação societária ter como consequência a obtenção de uma vantagem fiscal não implica necessariamente que o meio utilizado seja artificial. Isto porque as empresas se encontram no domínio da liberdade de escolha dos meios de atuação privada e económica, concluindo-se pela não verificação do elemento meio ou abuso de formas jurídicas³¹⁵.

O elemento resultado concretiza-se, nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT em vigor até maio de 2019, na redução, eliminação ou diferimento temporal dos impostos que seriam devidos em resultado de atos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem o recurso a meios artificiosos. Comparando o processo de transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima e a subsequente venda de ações, com a manutenção da sociedade por quotas e subsequente venda das quotas, o tribunal arbitral concluiu que o primeiro processo figura como manifestamente mais vantajoso, dado que permite ao contribuinte beneficiar com um regime de tributação menos oneroso³¹⁶.

Assim, na ótica do tribunal arbitral, não restam dúvidas quanto ao preenchimento deste elemento constitutivo da CGAA, dado que os contribuintes lograram obter um regime fiscal mais benéfico, face ao que se deparariam caso não desenvolvessem determinadas operações.

Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT em vigor até maio de 2019, o elemento intelectual exige que o esquema em causa seja essencial ou principalmente dirigido à obtenção do benefício fiscal indevido, pelo que apenas deverão ser consideradas abusivas as transações cujo objetivo de economia fiscal seja manifestamente o principal.

Neste sentido, considera a maioria da jurisprudência arbitral que este elemento não se encontra preenchido, pelo facto de que “a transformação e venda não se assumem como atos ou negócios ‘centrais’ de uma estrutura de atos e negócios jurídicos ‘essencial ou principalmente

³¹⁴ No mesmo sentido, no processo 43/2013-T, o tribunal determinou que, através da comprovação de que a aquisição da sociedade por ações constituía um negócio conforme ao interesse da compradora, se poderia concluir pela não evidenciação da *step by step doctrine*, logo, pela inexistência de fraude à lei fiscal. Processo disponível em <https://caad.org.pt/>.

³¹⁵ Decisões Arbitrais n.ºs 196/2013, de 31 de julho de 2014, pág. 27, e n.º 305/2013-T, de 18 de setembro de 2014. Acedidas a 10-01-2021. Disponíveis em <https://caad.org.pt/>.

³¹⁶ Decisões Arbitrais n.ºs 123/2012-T, de 09/05/2013; 124/2012-T, de 06/06/2013; 138/2012-T, de 12/07/2013; 43/2013-T, de 26/11/2013; 70/2013-T, de 04/11/2013; 196/2013-T, de 31/07/2014, 208/2014-T, de 22/07/2014. Disponíveis em <https://caad.org.pt/>.

dirigidos' à obtenção de uma vantagem fiscal"³¹⁷. Inclusive, entendeu que a transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima teve como principal motivação proporcionar a venda de participações societárias, a qual permite ao contribuinte beneficiar de um regime de exclusão tributária que é permitida por lei, pelo que se afastam finalidades de índole não fiscal de tal transformação societária³¹⁸.

Quanto ao elemento normativo³¹⁹, o tribunal arbitral baseou a sua consideração na doutrina de SALDANHA SANCHES, de considerar que a transformação de uma sociedade por quotas em sociedade anónima, com o propósito de vender ações sem sujeição a tributação, configura uma lacuna consciente de tributação. SALDANHA SANCHES refere que, para a aplicação da CGAA, será necessário encontrar no ordenamento jurídico-tributário sinais inequívocos de uma intenção de tributar, condição essa que o autor considera *sine qua non* de aplicação da referida cláusula³²⁰³²¹.

Concluindo, o tribunal arbitral determinou que o elemento em causa não se encontra preenchido, pelo simples facto de que, se a opção de exclusão é permitida e, até, incentivada pelo próprio legislador, ao contribuinte não poderá ser negado o direito ao planeamento fiscal propriamente dito. E tal não poderá ser negado porque não existe fraude à lei, pelo que a operação em causa, mesmo que motivada por razões essencialmente fiscais, não confere ao aplicador da lei a prerrogativa de substituição do legislador quanto à tarefa de optar por tributar, ou não, determinada operação.

Assumindo esta linha de raciocínio, a jurisprudência do CAAD defende, assim, que será legítimo que o contribuinte opte pela via legal menos onerosa, mesmo que guiada por motivações exclusiva ou predominantemente fiscais, num contexto de racionalidade económica, e cujo ato constitui planeamento fiscal legítimo³²². Assim, não se tendo verificado o preenchimento cumulativo de todos os pressupostos de aplicação da CGAA, não se justifica a consideração da ineficácia dos atos no âmbito tributário.

³¹⁷ Aqui, a verificação de uma vantagem fiscal depende da consideração objetiva se o contribuinte "pretende um ato, um negócio ou uma dada estrutura, apenas ou essencialmente, pelas prevalecentes vantagens fiscais que lhe proporcionam". Cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 180.

³¹⁸ Decisões arbitrais n.º 138/2012-T, de 17/07/2013, e 196/2013-T, de 31/07/2014. Disponíveis em <https://caad.org.pt/>

³¹⁹ Com base na teoria da fraude à lei, resulta da "reprovação de certo resultado obtido ou pretendido, quando confrontado com a 'intenção ou espírito' da lei, do Código do Imposto ou do próprio Ordenamento Tributário. O ato fraudulento configura-se em função da reprovação pelo Direito da sua natureza verdadeira e substancial – os efeitos obtidos. Efeitos esses que não são desejados, previstos ou promovidos pelo Direito, mas antes rejeitados". Cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *op. cit.*, pág. 186 e seguintes.

³²⁰ J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, *op. cit.*, pág. 180.

³²¹ Por sua vez, GUSTAVO LOPES COURINHA considera que esta corrente jurisprudencial se concentra no elemento normativo de tal forma que acaba por tratar os restantes elementos com uma certa desatenção. Isto porque o elemento normativo identifica a desconformidade do resultado obtido através da consumação do ato abusivo com o espírito do sistema fiscal. O facto de o próprio legislador não proibir expressamente o ato abusivo, não implica que o mesmo deseje ou incentive a sua prática, quando o mesmo consista numa mudança artificial não tolerada pelo ordenamento jurídico. Cfr. *A Cláusula Geral Anti Abuso no CAAD: a insustentabilidade de uma Jurisprudência Contraditória*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, 2015, pp. 179-196.

³²² Decisão Arbitral n.º 47/2013, *op. cit.*, pág. 24.

Ainda no âmbito da mesma temática, uma corrente minoritária da jurisprudência do CAAD entende que as operações de transformação se submetem ao crivo da CGAA, por reconhecer que se encontram preenchidos todos os pressupostos de aplicação da mesma – referindo-nos essencialmente às Decisões Arbitrais n.ºs 47/2013-T, 131/2014-T, 315/2014-T, 51/2014-T. Iremos analisar os elementos intelectual e normativo, por serem aqueles que a jurisprudência maioritária considera que não se verificaram em outras decisões proferidas em sede do CAAD.

Relativamente ao elemento intelectual, entendeu o tribunal arbitral que não ficou demonstrado que a transformação societária tenha ocorrido no contexto de uma reorganização empresarial, “não se comprovando as motivações ‘económicas’ alegadas (...) fica manifesto o escopo essencialmente fiscal da operação”³²³.

Na decisão arbitral 131/2014-T, o tribunal arbitral determinou que a operação em apreço foi desenvolvida com o intuito – se não o essencial, pelo menos o principal – de obtenção de vantagens fiscais. Considerando que não houve transmissão “total, ou, sequer, parcial, do domínio das sociedades para qualquer terceiro”³²⁴, o tribunal arbitral concluiu que as operações desencadeadas no processo eram abusivas, porque as mesmas foram registadas imediatamente após a apresentação da Proposta de Lei 16/XI, que consagrava a regra geral da tributação das mais-valias mobiliárias.

Assim, a adoção de meios artificiosos verifica-se, à luz do defendido pelo CAAD, pois, “apesar de não haver uma violação direta da lei, verifica-se o exercício abusivo de um direito por parte do sujeito passivo ou a adoção por este de um comportamento em fraude à lei, isto é, um comportamento que tem como finalidade exclusiva ou principal contornar uma ou várias normas jurídico-fiscais, de modo a conseguir a redução ou supressão do encargo fiscal”³²⁵.

Já quanto ao elemento normativo, na decisão arbitral n.º 315/2014-T afirmou-se que não existe qualquer justificação de índole económica ou estruturação empresarial apresentadas que justifiquem a operação de transformação societária, dado que se manteve “a respetiva atividade, a administração pelos Requerentes, e não ocorreu a abertura do capital por entrada de investidores ou novos investimentos externos. Assim, o que se conclui é que a transformação da C...-..., Lda. em sociedade anónima e a subsequente alienação das respetivas participações sociais à sociedade C...-G..., Lda., controlada pelos Requerentes constitui uma montagem artificial, alheia a um interesse

³²³ Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, de 11 de abril de 2015, pág. 33. Disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPage=29&id=1033>.

³²⁴ Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, *op. cit.*, pág. 44.

³²⁵ JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 421.

empresarial ou económico, exclusivamente criada para evitar a tributação que seria devida pela alienação das partes sociais se essa transformação societária não tivesse ocorrido pela forma e com a data que os Requerentes lhe atribuíram”³²⁶.

Se o regime do n.º 2 do artigo 10.º do Código IRS pretende, por um lado, conceder um benefício fiscal aos investidores com vista à captação de investimento de capital, quer nacional quer estrangeiro, por outro lado o tribunal arbitral advertiu para o facto de as finalidades da norma de exclusão não se verificarem na atuação dos Requerentes, pois estes prosseguiam finalidades de cariz preponderantemente fiscal.

Nos termos da decisão arbitral 47/2013-T, “o aproveitamento ilícito, através de meios artificiosos ou fraudulentos do regime da exclusão tributária, não pode deixar de merecer censura normativo-sistemática por parte do ordenamento jurídico. O art. 38.º, n.º 2 da LGT estabelece uma CGAA, para sancionar comportamentos abusivos, na previsão do qual se inclui o ato de transformação de uma sociedade por razões unicamente fiscais. O facto de o legislador não ter expressamente previsto a tributação das mais-valias decorrentes da alienação de participações sociais, e sim quotas, não significa que queria premiar aqueles mais expeditos que alteram a forma societária antes da alienação”³²⁷.

Em suma, o tribunal arbitral colhe a posição da AT, sustentando que “na análise do elemento normativo de que depende a aplicação da CGAA, quando a venda das participações sociais é precedida da sua transformação em sociedade anónima, importa verificar se aquela transformação societária correspondeu a uma efetiva transformação da realidade económica da sociedade, sem o que não se poderá concluir pela prossecução do interesse público subjacente à criação do correspondente tratamento fiscal mais favorável”³²⁸. A transformação societária em causa não cumpre com o *animus*, pois a sociedade por quotas então constituída continuou a ser detida pelos mesmos dois administradores, bem como existiam limitações quanto à transmissibilidade de ações, seja entre sócios seja com terceiros.

Do que foi até agora analisado, e tendo em consideração a CGAA em vigor até maio de 2019, a aplicação da mesma depende da análise casuística condicionada pela capacidade de perceção e, até, sensibilidade, maior ou menor, intrínseca a cada Juiz-árbitro, na avaliação do preenchimento cumulativo dos requisitos da norma. O facto de a norma vigente até maio de 2019 ter como requisito a

³²⁶ Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, *op. cit.*, pág. 37.

³²⁷ Decisão Arbitral n.º 47/3013-T, *op. cit.*, pág. 26.

³²⁸ Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, *op. cit.*, pág. 39.

necessidade de que os atos ou negócios artificiosos tenham sido *essencial ou principalmente* dirigidos à obtenção de vantagens fiscais poderá justificar, em certa medida o número de decisões favoráveis para o contribuinte face ao posicionamento da AT.

Face à atual redação da CGAA, questionamo-nos sobre se a aplicação da norma será mais pacífica, ou se inclusive a problemática será a mesma – ou, inclusive, se poderão encontrar novas dificuldades na aplicação da CGAA ao caso concreto. Consideramos estar perante perguntas de difícil resposta, contudo apresentamos algumas reflexões sobre a CGAA atualmente em vigor, e que poderão contribuir para um aumento da incerteza jurídica.

A CGAA atualmente em vigor apresenta um procedimento de aplicação da norma vertido no próprio CPPT, através do qual a AT deverá fundamentar o seu projeto e decisão de aplicação da norma ao caso concreto. Por outro lado, dado que o requisito da essencialidade se apresenta menos exigente, à AT é fornecida uma maior amplitude de consideração de situações que possam figurar como abusivas. Assim sendo, ainda que os requisitos para a fundamentação do projeto e aplicação da CGAA se encontrem delineados, pouca efetividade apresentam quando a própria norma permite agudizar a incerteza na aplicação da mesma a construções ou negócios que não tenham como finalidade principal ou essencial a procura pela otimização da situação fiscal do contribuinte, em condições impróprias.

De facto, o CAAD em decisões mais recentes – tendo em consideração a data da prática dos factos – ainda aplica a norma anteriormente em vigor, que estipulava que “[o] sentido geral da norma é, nestes termos, o de permitir a desqualificação para efeitos fiscais de um qualquer ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte com o único, ou principal, objetivo de obtenção de uma vantagem fiscal, que possa consubstanciar uma fraude à lei fiscal. O efeito jurídico que resulta do funcionamento da cláusula antiabuso é o de considerar os actos como praticados de acordo com o padrão normal do comércio jurídico para obter o mesmo resultado económico, determinando-se a obrigação tributária em função dos actos equivalentes que pudessem ser praticados”³²⁹.

Constatamos a referência ao carácter único ou principal do objetivo de obtenção de uma vantagem fiscal, requisito este que não é essencial na norma atualmente em vigor, o que suscita a dúvida sobre se os tribunais abandonarão o critério de essencialidade por completo – sendo que, à luz da lei em vigor, a vantagem fiscal poderá ser *a principal* ou *uma das principais* – ou se irão, de facto,

³²⁹ Cfr. Decisão Arbitral n.º 142/2020-T, de 28/01/2021, 258/2020-T, de 23/12/2020, 788/2019-T, de 17/10/2019. Disponíveis em <http://caad.org.pt/>.

baixar o padrão de exigência e adotar uma metodologia diferente na consideração do abuso em matéria fiscal.

Por fim, o facto de o legislador assinalar uma majoração de 15 pontos percentuais na sanção aplicável ao caso concreto, demonstra em nossa opinião que a aplicação da CGAA não é pacífica, e que se encontra longe de estar. Parece-nos que o legislador procura encontrar uma solução para um problema que, só por si, é de difícil caracterização, e, numa tentativa de condenar o contribuinte pelos atos que, não sendo ilícitos, provocam sérios danos na gestão fiscal do Estado, o legislador atribui uma sanção que para além de bastante penosa, é ilegal e inconstitucional, pois contraria um dos princípios chave do direito fiscal, que é a capacidade contributiva.

3.4. Nota conclusiva

Com a introdução da CGAA no direito nacional, a AT passa a deter um papel interventivo na tarefa de arrecadação de receita tributária, dado que lhe é assegurado um mecanismo de reação às condutas abusivas que procuram afastar os efeitos nocivos sentidos pelo Estado, consequência da prática de esquemas de fraude à lei, e que desvirtuam a equidade na distribuição de encargos fiscais entre os contribuintes.

É, portanto, por via de aplicação da CGAA que a AT e os tribunais encontram legitimidade para desconsiderar os efeitos fiscais de construções ou séries de construções perpetradas pelo contribuinte, e cujo um dos principais intuitos se resume em contornar as normas fiscais. O legislador efetua, ao abrigo da CGAA, a tributação a que haveria lugar atendendo aos factos, atos ou construções que refletem o fim económico em vista, retirando da equação a vantagem fiscal obtida em resultado da conduta abusiva³³⁰.

Operando na esfera da elisão fiscal, e concretamente no combate ao planeamento fiscal abusivo – e cuja linha que permite distinguir este tipo de comportamentos do planeamento fiscal lícito é ténue – os riscos de aplicação indevida da CGAA são elevados, principalmente porque, tratando-se de uma cláusula de natureza geral, não só se reveste de diversos conceitos indeterminados, como o seu âmbito de aplicação é bastante abrangente. Contudo, note-se que a CGAA apenas deverá intervir

³³⁰ Aplicando-se a norma nos casos em que a minimização do imposto “diga apenas respeito aos expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido não deverá aceitar-se a posição do sujeito passivo, a não ser que seja demonstrado que a referida sociedade controlada está realmente implantada no Estado-Membro de acolhimento e aí exerce actividades económicas efectivas”. Cfr. Acórdão Cadbury Schweppes, de 12 de setembro de 2006 processo C-196/04. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0196>.

quando o contribuinte procura beneficiar através da prossecução de práticas que se encontram à margem da legalidade.

Assim, a aplicação da CGAA ao caso concreto depende sempre do preenchimento cumulativo de todos os seus requisitos, sendo que apenas os atos abusivos deverão ser sancionados, pois apenas estes tiveram como propósito ludibriar a lei fiscal.

As recentes alterações à CGAA refletem a influência da transposição da Diretiva ATAD no ordenamento jurídico português – e que, por sua vez, procura remeter os trabalhos do Plano de Ação BEPS para o contexto da União. Como referimos em momento anterior, o legislador nacional procurou ir além do padrão mínimo exigível, construindo uma norma mais ampla e que, em certa medida, favorece a tarefa da AT que poderá invocar a aplicação da CGAA quando se constate a existência de uma, entre várias, finalidade principal de índole fiscal. Contudo, exige que a AT demonstre que a aplicação da CGAA é devida, não bastando a mera presunção da existência de um possível abuso, nos termos do artigo 63.º do CPPT. Adicionalmente, o legislador nacional estendeu a aplicação da norma aos casos de retenção na fonte com carácter definitivo, uma novidade face à redação anterior e que permite obter linhas orientadoras sobre como deverá a AT atuar em situações de substituição tributária.

No que respeita à consequência jurídica, o legislador nacional procura responder não só aos casos de substituição tributária, como estabelece uma verdadeira sanção, prevista no n.º 6 do artigo 38.º da LGT que, em nosso ver, é ilegal, pois a majoração em 15 pontos percentuais dos juros compensatórios que sejam devidos não encontram qualquer fundamentação jurídica.

Por fim, questionamo-nos se, relativamente às questões levantados aquando da análise da norma do PPT – nomeadamente no que respeita ao requisito da artificialidade da conduta e o ónus da prova –, e tendo em consideração as recentes alterações à CGAA, se os problemas se mantêm, ou se, simplesmente, estaremos em contextos e âmbitos diferentes, pelo que as normas procuram responder a problemáticas distintas.

Não obstante em momento posterior procurarmos debruçar-nos com mais detalhe sobre a efetividade da norma do PPT no combate ao planeamento fiscal abusivo, e em que medida o mesmo influencia a aplicação das normas gerais antiabuso no plano europeu e nacional, deixamos a nota de que, comparando a norma do PPT com a CGAA nacional, o ponto de chegada de ambas as normas

será o mesmo, i.e., o combate a práticas abusivas de planeamento fiscal, contudo o caminho para obter tal resultado é relativamente distinto.

Primeiro, a norma do PPT procura atuar a uma escala global e cujos contornos são ténues, pois a interpretação do que possa ser abusivo varia entre as diferentes jurisdições, ao passo que a CGAA nacional tem como missão combater práticas abusivas desenvolvidas no território nacional. Segundo, o ónus da prova na norma do PPT assenta sobre o contribuinte, que terá de provar que as suas condutas não são abusivas, e assim afastar as presunções invocadas pela AT; na norma nacional, a AT não se pode basear em meras presunções, pelo que recai sobre a Administração fiscal o ónus de comprovar que determinado comportamento é abusivo, à luz da letra da lei. Em terceiro lugar, a CGAA nacional aplica-se exclusivamente a práticas revestidas de artificialidade, tendo o legislador nacional adotado o conceito de não genuinidade – e que deve ser sustentado pela AT na fundamentação do projeto e decisão de aplicação da CGAA; por sua vez, e como já tivemos oportunidade de apontar, a norma do PPT aplica-se a todos os casos em que estejamos perante a obtenção de uma vantagem fiscal, não se verificando na equação o requisito da artificialidade.

Em suma, o fim prosseguido é o mesmo – o combate à elisão fiscal – embora o método e os recursos para o atingir, assim como o âmbito em que as mesmas se desenvolvem, sejam distintos.

CAPÍTULO III – A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DA NORMA DO PPT E O IMPACTO DA MESMA DA ARTICULAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS GERAIS ANTIABUSO NO PLANO EUROPEU E NACIONAL: REFLEXÕES CRÍTICAS E PRPOSTA DE ALTERAÇÃO

Até ao momento, a nossa exposição consistiu na análise dos elementos que compõem as normas nos diferentes planos. Daqui em diante iremos debruçar-nos sobre a avaliação das normas em termos da sua eficiência e eficácia. Em primeiro lugar, iremos tecer as nossas considerações críticas relativamente à norma do PPT, procurando fornecer argumentos que comprovem que, em nossa opinião, a mesma não seja um instrumento efetivo no combate ao abuso de tratados em direito fiscal. Seguidamente, cumpre-nos analisar as semelhanças e diferenças existentes entre a norma do PPT e as normas gerais antiabuso desenvolvidas no plano europeu e nacional, assim como as possíveis consequências resultantes da articulação entre as diferentes normas.

O nosso exercício tem em vista não explicitar os casos em que se aplica uma norma geral antiabuso, mas sim refletir sobre se, face às normas tais como elas se apresentam, se as mesmas fornecem contributos úteis e eficazes para identificar o que consiste práticas abusivas.

1. As principais dificuldades presentes na norma do PPT

Uma primeira dificuldade por nós identificada reside na própria formulação da norma. Dizem-nos os criadores do projeto BEPS que deverá ser negada a atribuição de um benefício fiscal previsto num tratado fiscal respeitante a matérias de rendimento e capital, se e na medida em que tal vantagem, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes, se traduzir numa das finalidades principais para a realização de determinado esquema ou transação do qual resulte, ainda que indiretamente, tal benefício, salvo se ficar estipulado que a garantia de tal benefício nas circunstâncias em que foi obtido tenha ido de encontro ao objeto e propósito das disposições relevantes do tratado em causa.

A norma do PPT divide-se assim, em dois momentos: *a priori*, parte-se do pressuposto de que todos os comportamentos por via dos quais se procure beneficiar com um tratado fiscal e que tal esteja na base da motivação principal ou uma das motivações principais para a prática de determinado esquema, serão abusivos. Só em momento posterior é que tal prerrogativa poderá ser afastada pela

verificação de um facto negativo, i.e., a norma do PPT não será aplicável se ficar estabelecido que a obtenção de tal vantagem fiscal, nas circunstâncias em que foi obtido, não contraria o objeto e propósito das disposições relevantes do tratado.

Este segmento apresenta dois problemas essenciais, interligados entre si, e que são entraves à clareza e precisão dos objetivos prosseguidos pela norma: a técnica legislativa utilizada, e a redação adotada.

Em termos de técnica legislativa, o recurso ao método presuntivo – no qual, por via de regra, todos os comportamentos que contenham entre uma das finalidades principais a obtenção de um benefício fiscal, serão automaticamente abusivos, sem, contudo, distinguir finalidades principais de secundárias – parece-nos bastante perigoso, colocando em risco a segurança jurídica do contribuinte. Em nossa opinião, a norma do PPT apenas deveria ser aplicável nos casos em que se comprove, de facto, que a vantagem fiscal se traduz na motivação principal ou essencial para a prática de tal esquema ou negócio.

O excerto final da norma apresenta a desconsideração do abuso como uma exceção à norma, por via do recurso a expressões como “*unless it is established*”. Em suma, o esquema apenas poderá ser desconsiderado se for possível comprovar que a concessão do benefício nas circunstâncias em que ocorreu vai ao encontro do objeto e finalidade das disposições relevantes. Assim, consideramos que a norma sofre, adicionalmente, de um problema de redação. A norma não clarifica a quem incumbe o ónus de provar que as condutas não são abusivas, como permite igualmente que a premissa base de aplicação da mesma é o recurso ao método presuntivo.

Quer a própria norma quer o Comentário estabelecem que não será necessária a existência de prova conclusiva sobre a intenção de um determinado contribuinte na promoção de um esquema ou transação, bastando apenas que seja razoável concluir que existiu uma motivação principal de obter um tratamento fiscal mais favorável³³¹. Nas normas presuntivas, por via de regra, quem invoca a aplicação da norma ao caso concreto tem menos encargos probatórios que aquele que efetivamente está a ser julgado – que, por sua vez, se encontra na tarefa complexa de contraditório de meras presunções – entrando-se, assim, numa dualidade entre julgador e julgado, sendo que a este último recai a árdua tarefa de prova de factos complexos, suscetíveis de contradizer meras presunções. Tal nos parece, senão impossível, pelo menos bastante complexo.

³³¹ Nos termos do parágrafo n.º 10 do Comentário, previsto nas pp. 57-58 do Relatório Final sobre a ação 6, *op. cit.*

Com esta questão levantam-se outros problemas, nomeadamente quanto 1) à finalidade do negócio, 2) à consideração de um critério de artificialidade, e 3) ao ónus da prova.

No que respeita à finalidade do negócio, o que releva serão as finalidades demonstradas nas práticas subjacentes ao esquema ou transação desenvolvidos – não se avaliando as motivações íntimas do agente, por ser impossível avaliar pensamentos e motivações, se as mesmas não forem transpostas para atos concretos – através da apreciação dos factos e circunstâncias relevantes que permitam concluir que tal motivação se mostrou apta, necessária e indispensável para a prática do esquema ou transação³³². Ora, a norma do PPT exige que a obtenção do benefício previsto em determinado tratado fiscal terá de constar entre um dos principais objetivos por detrás do esquema ou transação, sendo precisamente com este raciocínio que não concordamos. Em nossa opinião, não consideramos sensato o raciocínio de que a norma seja aplicável a situações em que a finalidade abusiva possa ser apenas *uma entre as principais*, pois tal implica que as autoridades tributárias disponham de um poder discricionário bastante amplo, no qual poderão invocar a aplicação da norma a situações que possam não ser verdadeiramente abusivas. Deste modo, averiguando-se a existência de obtenção de uma vantagem fiscal, ainda que não seja a razão essencial para a prática de certo esquema ou transação, corre o contribuinte o risco de ver a sua conduta ser julgada pela autoridade tributária, ainda que tenha adotado tais comportamentos tendo por base uma reestruturação negocial da qual, acidentalmente, possa resultar uma vantagem fiscal. Por isso, somos defensores de que a norma terá de exigir que as autoridades tributárias procurem demonstrar, em concreto, se a vantagem fiscal figura como principal ou acessória, e em que medida a mesma foi essencial ou determinante para as escolhas do contribuinte. Assim, a finalidade do negócio e a finalidade fiscal são objetivos distintos, pelo que a norma do PPT deverá ser aplicável quando o ganho fiscal seja determinante face a outras finalidades. Ao abrigo da norma em vigor, mesmo que determinada conduta prossiga vários objetivos principais e desde que entre um deles se identifique a obtenção de um tratamento fiscal mais favorável, o elemento subjetivo encontra-se preenchido, *ab initio*.

A OCDE prevê somente um limiar mínimo na avaliação de situações abusivas, dado que esquemas com um objetivo comercial ou substância económica efetiva poderão igualmente estar abrangidas pelo seu âmbito – pelo que o contribuinte não poderá, *a priori*, afastar a aplicação da

³³² De acordo com o raciocínio apresentado no parágrafo n.º 10 do Comentário ao Relatório Final sobre a ação 6, *op. cit.*, pág. 57. No mesmo sentido, ERIK PINETZ, *Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse*, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, pág. 116; ou MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, in *Tax Notes International*, 2014, pág. 658.

norma com base apenas no argumento de que o esquema ou transação não foram conduzidos, essencialmente, por questões fiscais em benefício próprio³³³.

Para além da OCDE não fornecer qualquer critério de distinção entre motivações principais e motivações secundárias, não exige, ao mesmo tempo, a averiguação do carácter puramente artificial da conduta. Assim, independentemente de figurar como finalidade principal ou secundária, independentemente de o contribuinte ter beneficiado direta ou diretamente, a norma do PPT aplica-se.

VIKRAM CHAND defende que o limiar previsto pela OCDE é bastante baixo, o que por sua vez promove um sentimento de incerteza quanto à sua aplicabilidade; em seu turno, a norma deveria ser exclusivamente aplicável a situações cujo objetivo e finalidade fiscal terão de constar como o teste principal de averiguação, por forma a que transações com objetivos de cariz económico genuíno fujam do escopo de aplicação da mesma³³⁴. Na mesma linha de raciocínio, com a qual anuímos, diz-nos BERGMANS que a norma do PPT apenas se deveria aplicar nos casos em que a atribuição de uma vantagem fiscal consubstancie como a principal ou, pelo menos, enquanto motivação predominante para a prática de determinado esquema ou transação³³⁵.

Este é claramente um dos pontos em que nos arredamos do entendimento do grupo de trabalho do projeto BEPS, pois não concordamos com o facto de ser suficiente que a finalidade de índole fiscal resida apenas como *uma das finalidades principais* e não seja *a finalidade principal ou a finalidade preponderante/essencial*. Nos termos em que a norma se encontra prevista, cremos que o contribuinte se encontra numa posição fragilizada, correndo o sério de enquadramento no escopo da mesma de situações que em nada tiveram como *essencial* a obtenção de uma vantagem fiscal, mas sim motivações de índole económica, simplesmente porque, a par com vantagens para-fiscais, surge uma vantagem de índole fiscal – ainda que não tenha sido o objetivo aquando da estruturação dos esquemas. Note-se que na maior parte dos investimentos, a poupança fiscal será um dado a equacionar; contudo, a obtenção de uma vantagem apenas deverá ser censurável se, além de se evidenciar como uma finalidade preponderante face às restantes finalidades subjacentes a um dado investimento, a mesma se revelar artificial face à norma da qual se pretende beneficiar³³⁶.

³³³ ASHLEY BERGMANS, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, in *Preventing Treaty Abuse*, BLUM/SEILER (Eds.), pág. 330.

³³⁴ VIKRAM CHAND, *The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*, in *International Taxation*, vol. 12, 2015, pág. 487.

³³⁵ ASHLEY BERGMANS, *The Principal Purpose Test...*, *op. cit.*, pág. 331.

³³⁶ Neste sentido, diz-nos ERIC KEMMEREN que nem todos os esquemas de *treaty shopping* deveriam ser considerados abusivos. Dá o exemplo de uma empresa que pretende reduzir custos de produção por forma a se tornar mais eficiente, sendo que dentro da redução de custos figura, entre outros, a redução de imposto sobre o rendimento societário. O autor defende que figurando entre uma das motivações principais, mas não a principal, ao abrigo da rede de tratados existente entre os diferentes estados, estamos perante um caso de *treaty shopping* em que, ainda assim, a obtenção de um benefício não figura como a motivação única ou primordial, pelo que a conduta não deve ser considerada abusiva. Cfr. *Where is EU law in the OECD BEPS Discussion?*, in *EC Tax Review*, vol. 23, 2014, pág. 191.

Não nos parece razoável, nem justo, enquadrar no mesmo tratamento situações claramente abusivas – nas quais o contribuinte não teve senão a pretensão de beneficiar com qualquer redução, isenção ou diferimento do pagamento de tributos – dos casos em que a base do esquema ou transação é de índole económica, negocial ou estrutural, e cujo benefício seja notoriamente superior face ao ganho fiscal que poderá, ainda assim, vir a existir, e que as autoridades fiscais invocam, com base na norma do PPT, como um ganho indevido e abusivo³³⁷. Contudo, para além desta dificuldade, será importante notar que o contribuinte se encontra impedido, desde logo, de se precaver da aplicação da norma do PPT, pois a mesma será aplicável assim que as autoridades tributárias considerem haver suspeitas de práticas abusivas.

Neste sentido, a introdução na norma do PPT de um critério de artificialidade revela-se como algo imperativo. Com base neste requisito, será necessário que entre a conduta praticada e o resultado obtido se cumpra formalmente com o estipulado na norma, contudo, materialmente, as atuações não se enquadrem no leque de situações para as quais a norma havia sido desenhada, contrariando assim o seu espírito. Terá de haver, portanto, uma não correspondência entre o elemento literal e o elemento teleológico da norma.

O facto de a norma do PPT não prever o requisito da artificialidade representa a principal lacuna da norma, sendo que o mesmo apenas é referido no Comentário. Baseando-se em presunções, fica desde logo determinada a sentença e todos os comportamentos serão considerados abusivos, não existindo na norma qualquer elemento intermédio – como a artificialidade ou não genuinidade da conduta – que permita qualificar correta e unicamente comportamentos abusivos aqueles que, de facto, o sejam, face a comportamentos de índole não fiscal.

Consideramos que em matéria de normas gerais antiabuso, não fará sentido o recurso a mecanismos presuntivos. A redação da norma será abrangente, mas cautelosa e com vista a evitar aplicações, por si, abusivas, i.e., a situações que aparentemente possam ser abusivas, mas que na realidade não o são por terem outras motivações primordiais de índole não fiscal. Em sede de normas gerais – e em concreto, normas gerais antiabuso – o legislador encontra-se ainda a enformar o padrão de comportamentos, pelo que a previsão de “uma das finalidades principais” no corpo da norma procura, por um lado, atribuir um carácter genérico, mas ao mesmo tempo coloca em risco a segurança jurídica do contribuinte e a previsibilidade da própria norma – o que, em nosso entendimento, é alvo de críticas dado que a segurança jurídica é um princípio basilar de Direito, devendo os comportamentos

³³⁷ LUC DE BROE, *Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6*, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy*, ROBERT DANON (ed.), 2016, pp. 209-210.

do contribuinte ser julgados com base em leis certas e previsíveis, sendo, conseqüentemente, reprovável.

Somos, portanto, mais exigentes que os criadores do projeto BEPS na interpretação do que seja considerado abusivo, pois consideramos que apenas fará sentido que o legislador reprove os comportamentos em que o contribuinte tenha promovido intencionalmente um prejuízo para o tráfego jurídico e para o Interesse público, e não meras eventualidades. Para que o abuso possa ser desconsiderado, a não artificialidade dependerá da comprovação da existência de uma motivação suscetível de confirmar que a essência por detrás do esquema não foi ludibriar o legislador, mas antes optar pela estrutura comercial ou negocial mais vantajosa para o contribuinte.

Conseqüentemente, no que respeita ao ónus da prova, encontramos um desajuste na posição das partes, dado que sobre o contribuinte recai a tarefa árdua de afastar as presunções contra si invocadas, procurando comprovar com base em elementos de prova concretos, de que os indícios de abuso invocados pelas autoridades tributárias não encontram fundamento – o que se figura como bastante difícil e complexo, pelo que o contribuinte se vê perante aquilo a que se designa de prova diabólica. Seria de repensar os critérios de distribuição do ónus da prova, no sentido de, mais uma vez, se promover a certeza e segurança jurídica daqueles que se encontram na posição de ver aplicada uma norma com contornos bastante gerais, pouco definidos e cujo processo para despoletar a sua aplicação é bastante abrangente e discricionário.

Por fim, deixamos a reflexão quanto ao valor jurídico do Comentário (ou a sua inexistência): sendo que não é parte integrante do texto da norma, quando os Estados decidem contratar com base na CMOCDE, replicam o texto da norma e não o Comentário. Não obstante o auxílio interpretativo que o mesmo ofereça, a verdade é que não acarreta qualquer efeito vinculativo, pelo que a inclusão de critérios tão importantes como a artificialidade, a distinção entre motivações principais ou secundárias, deverá estar vertida no texto da norma – o que na atual redação da norma do PPT não acontece. O Comentário não apresenta, em si, valor jurídico à semelhança das normas, é meramente um instrumento de auxílio à interpretação que, como vimos, poderá nem ser tido em consideração pelos Estados aquando da celebração dos seus tratados fiscais.

Em suma, as normas gerais antiabuso devem ser claras e previsíveis, na medida em que os seus contornos e as conseqüências provenientes da sua aplicação necessitam de estar previstas, permitindo aos agentes abrangidos pelas mesmas identificar quais os comportamentos que não devem

praticar³³⁸. A motivação do contribuinte, avaliada tendo por base critérios arbitrários, coloca-o em sério risco de, perante um litígio com a autoridade tributária e visto que esta poderá defender a sua posição com base em meros indícios ou presunções, os tribunais decidirem, perante tamanha ambiguidade e imprecisão, a favor das autoridades fiscais³³⁹.

Concretizando o nosso raciocínio – o que adiantamos, desde já, ir de encontro a considerar que a norma do PPT não é um instrumento eficaz no combate ao abuso de tratados em direito fiscal – retomamos o exemplo apresentado por nós em momento anterior, vertido na ação 6, e no qual um determinado sujeito pretende vender um imóvel por variadíssimas razões, mas momentos antes de proceder a essa venda, torna-se residente de um Estado Contratante, sendo que a par com outras finalidades de igual relevância, existe a finalidade de obter um benefício fiscal previsto em tratado. À luz do raciocínio desenvolvido pelos criadores do projeto BEPS, a norma do PPT aplicar-se-ia automaticamente, ao passo que, em nosso entender, caso se concluísse que o contribuinte adquiriria na mesma a residência por força de outras finalidades principais, e estas fossem suficientes excluindo da equação a motivação fiscal para que o contribuinte mudasse de residência, não se verifica aqui qualquer critério de artificialidade. Sendo assim, não se figura como plausível nem justo a aplicação de uma norma geral antiabuso se na essência do esquema, a motivação fiscal tem um peso não tão relevante face a outras motivações.

Em suma, consideramos que a norma do PPT não é um instrumento efetivo no combate ao planeamento fiscal abusivo. Adicionalmente a todas as considerações críticas que fomos tecendo até ao momento, não podemos deixar de demonstrar o nosso desagrado perante a pacificidade do legislador. Isto porque as críticas que fomos expondo não haviam sido apenas identificadas por nós; de facto, várias vezes na doutrina se debruçam sobre a questão na (in)efetividade da norma do PPT, e consideramos gritante que, até à atualidade, não foram produzidas quaisquer alterações em sede do projeto BEPS acerca de uma possível reformulação da norma do PPT.

³³⁸ SLOBODANKA KOLUNDZIJA, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, in *Preventing Treaty Abuse*, Linde, BLUM/SEILER (Eds.), 2016, pág. 363.

³³⁹ SLOBODANKA KOLUNDZIJA, *OECD Minimum Standard*, *op. cit.*, pág. 364.

2. Balanço comparativo da norma desenvolvida pela OCDE e do contributo da UE no âmbito do abuso em matéria fiscal

O *Principal Purpose Test* estatui que nenhum benefício será concedido se for razoável concluir que obter esse mesmo benefício foi um dos principais objetivos do negócio ou do esquema desenvolvido e que, direta ou indiretamente, deu origem a tal tratamento fiscalmente mais favorável. KEMMEREN identifica duas falhas na presente disposição, que são i) a incerteza proveniente da expressão “se for razoável concluir”, e ii) a desconformidade com a jurisprudência do TJUE na utilização e significado da expressão “um dos principais objetivos”³⁴⁰. Como tivemos oportunidade de observar, a influência da norma do PPT no âmbito europeu levou a que a regra geral antiabuso presente da Diretiva ATAD alterasse o padrão de avaliação da essencialidade do objetivo de índole fiscal³⁴¹, para que o mesmo conste apenas entre um dos principais.

Com o surgimento da Diretiva ATAD, a União estabelece um padrão mínimo exigível no qual existe um conjunto de requisitos comuns que têm de ser respeitados, facilitando a tarefa dos Estados-Membros na aprovação de uma cláusula geral antiabuso interna, com contornos mais bem definidos sobre o abuso que aqueles apresentados pela norma do PPT, embora aos Estados-Membros seja dada margem para introduzirem ligeiras adaptações às normas, consoante a realidade dos respetivos ordenamentos internos.

Relativamente ao âmbito de aplicação, a ação 6 do projeto BEPS apresenta-se como um instrumento desprovido de carácter vinculativo, dirigido a que seja potencialmente aplicável a todos os Estados que tenham relação com a OCDE, na expectativa de se materializar numa norma eficaz no combate à utilização indevida de tratados fiscais, passível de ser utilizada em acordos bilaterais. Por sua vez, a norma geral antiabuso da Diretiva ATAD dirige-se a um âmbito diferente, que consiste na procura da harmonização de legislação interna dos Estados-Membros no combate a todas as situações de abuso em direito fiscal. Constatamos que ambas as normas apresentam âmbitos de aplicação diferentes – a primeira, relativa a tratados e, mais especificamente, a convenções sobre dupla tributação, e a segunda relativa a legislação antiabuso interna – mas, ainda assim, a influência que o projeto BEPS detém sobre a Diretiva ATAD e, conseqüentemente, sobre a legislação dos Estados-Membros é de tal forma latente que surge o risco destes Estados conformarem e interpretarem as suas normas internas baseadas, em grande medida, nos argumentos utilizados nos relatórios BEPS. E

³⁴⁰ ERIC KEMMEREN, *Where is EU Law in the OECD BEPS discussion?*, *op. cit.*

³⁴¹ Como havia sido estabelecido através do Acórdão *Halifax*.

consideramos um risco precisamente porque a finalidade subjacente aos diferentes planos, apesar de refletirem preocupações de combate ao abuso em direito fiscal, aplicam-se a âmbitos distintos. Ademais, a norma do PPT apresenta uma redação por nós alvo de críticas, e que devido à inspiração que possa verter para a legislação interna dos Estados e da União torna-se também um risco pois, como vimos, a União estabeleceu um padrão mínimo relativamente ao abuso em matéria fiscal que desvirtua um pouco dos desenvolvimentos realizados ao longo dos anos pela jurisprudência do TJUE, nomeadamente quanto ao requisito de essencialidade da artificialidade da conduta.

Para além do âmbito de aplicação, também em termos do ónus da prova encontramos diferenças substanciais. Na regra geral antiabuso da Diretiva ATAD não existe qualquer menção expressa quanto ao ónus da prova, o que leva o intérprete e aplicador do Direito a concluir que se aplica o sistema geral de distribuição do ónus da prova, *i. e.*, que o mesmo recai sobre a parte que invoca que as construções foram encetadas com uma das finalidades primordiais de obter uma vantagem fiscal indevida. Neste caso, não será suficiente invocar meras presunções, mas sim apresentar de forma clara e precisa perante as autoridades competentes que houve uma vantagem fiscal indevida, resultante da prática de determinados factos avaliados objetivamente.

Relativamente a este ponto, autores como KEMMEREN consideram que o critério da razoabilidade cria uma elevada incerteza jurídica para os contribuintes, pois fornece um grande poder discricionário às autoridades tributárias de julgar todos os comportamentos como abusivos, o que à luz da legislação europeia e segundo a jurisprudência do TJUE, se torna como inaceitável, dado que as normas deverão ser suficientemente claras, precisas e previsíveis, especialmente quando suscetíveis de provocar consequências desfavoráveis para os contribuintes – dado que, sem o cumprimento destes requisitos as normas gerais antiabuso não serão proporcionais face aos objetivos que pretendem alcançar³⁴². O que nos parece com a redação da norma do PPT é que existe uma abrangência tal que não será absoluta e inequivocamente necessário provar de forma irrefutável que um dos principais objetivos foi então a obtenção de uma vantagem fiscal, bastando que se possa razoavelmente concluir por tal nexos de causalidade, o que se traduz numa incerteza de tal forma gravosa que não encontramos redação semelhante desenvolvida no seio da União, nem no artigo 6.º da Diretiva ATAD nem no legado jurisprudencial do TJUE.

Outra grande diferença reside na consideração de um critério de artificialidade. Na norma do PPT, a única referência a um critério de artificialidade surge em sede de Comentário, o que implica que

³⁴² ERIC KEMMEREN, *op. cit.*, pág. 192.

determinados esquemas que possam não ser artificiais se enquadrem no escopo de aplicação da norma precisamente porque não existe um critério positivado na norma. Em nossa opinião³⁴³, figura-se como uma avaliação desproporcional e injusta face à finalidade prevista pelo projeto BEPS e, em concreto, pela ação 6, cujas medidas procuram assegurar que os agentes não se aproveitarão de tratados fiscais por forma a beneficiar injustamente dos mesmos.

Na perspetiva europeia, os residentes dos Estados-Membros podem livremente escolher o território que lhes seja fiscalmente mais vantajoso para conduzir as suas atividades, dado que em matéria de fiscalidade direta não existe harmonização fiscal. No entanto, esta liberdade de escolha poderá ser limitada se e na medida em que os esquemas conduzidos pelos contribuintes sejam artificiais. De facto, o Acórdão *Cadbury Schweppes*, determinou os casos em que as liberdades económicas fundamentais podem ser afastadas, *i. e.*, quando o contribuinte, através de esquemas artificiais, tem como objetivo principal contornar a aplicação de normas internas e pretenda evitar a tributação no Estado-Membro no qual se pretende estabelecer. Nestes casos, determinou o TJUE que a aplicação de disposições antiabuso é justificável, desde que comprovada com base em indicadores claros a serem apresentados pelas autoridades tributárias e que evidenciem as motivações fiscais como elemento-chave para o desenvolvimento de determinado esquema ou transação que não reflita a realidade económica³⁴⁴, e cuja avaliação seja realizada objetivamente, baseada em factos que tenham em consideração, por exemplo, a presença física de uma empresa em território fiscalmente mais atrativo, e em que medida a mesma possa, ou não, constituir uma empresa fachada (avaliando-se assim, a existência de um escritório físico, a presença de funcionários e equipamentos necessários para a prossecução da atividade)³⁴⁵. Adicionalmente, os *Danish Cases* exploram o conceito de artificialidade, e apresentam um conjunto de elementos-guia que permitem averiguar a existência de esquemas artificiais. Se através do preenchimento destes elementos as autoridades tributárias chegarem à conclusão de que a empresa é puramente fictícia, existindo apenas para efeitos fiscais mais benéficos para o contribuinte e sem substância económica, o esquema deverá ser considerado artificial³⁴⁶, não obstante existir a liberdade de estabelecimento, que poderá ser afastada no caso concreto.

Ademais, o TJUE sustentou que a restrição às liberdades fundamentais poderá ser possível nos casos em que seja necessário salvaguardar a repartição equilibrada do direito de tributar entre os

³⁴³ Baseados na reflexão apresentada por OLEKSANDR KORIAK, *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*, in *European Taxation*, Vol. 56, N.º 12, 2016, pág. 6.

³⁴⁴ Acórdão *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*, parágrafo n.º 78.

³⁴⁵ *Op. cit.*, parágrafo n.º 67.

³⁴⁶ *Op. cit.*, parágrafo n.º 68.

Estados-Membros. Veja-se, a título de exemplo, a decisão proferida no Oy AA, no qual o TJUE afirmou que uma disposição interna que não tenha sido especificamente desenhada para afastar a aplicação de vantagens fiscais perante esquemas artificiais, poderá ainda assim ser aplicável como medida preventiva face à elisão fiscal, tendo em consideração a necessidade de preservar o correto equilíbrio do poder de tributar entre os Estados-Membros³⁴⁷.

Por fim, da aplicação de ambas as normas são apresentadas formas diferentes de lidar com a problemática do planeamento fiscal abusivo. Ao passo que na norma do PPT a consequência passa pela negação dos benefícios de que o contribuinte se pretende prevalecer sem, contudo, fornecer qualquer orientação relativa à forma como os Estados deverão agir, na Diretiva ATAD a consequência passa primeiro pela desconsideração das construções, deixando aos Estados-Membros o cálculo da coleta nos termos do direito nacional.

A limitação presente na norma do PPT encerra um elevado grau de insegurança jurídica quer para o intérprete quer para o destinatário da norma. De facto, CHRISTIANA HJI PANAYI afirma que a norma do PPT se torna problemática e, até mesmo, incerta, pois no Acórdão *Itelcar*³⁴⁸ o TJUE determinou que as normas gerais antiabuso deverão ser claras, precisas e previsíveis o suficiente, caso contrário seriam normas desproporcionais³⁴⁹, perspetiva com a qual concordamos e consideramos como uma das principais questões que evidencia a incompatibilidade da norma do PPT com o Direito da União.

Assim, não obstante ambas as normas apresentarem um padrão não tão exigente como aquele que nós consideramos como o mais adequado para lidar com o abuso em direito fiscal, a referência à intenção abusiva é inexistente na norma do PPT ao passo que na regra geral antiabuso europeia temos presente a exigência da artificialidade. Parece-nos que o legislador europeu pretendeu mitigar o risco de considerar como abusivos comportamentos que não o sejam na realidade, risco esse que em contexto de projeto BEPS não se encontra mitigado.

A União utilizou uma técnica legislativa relativamente mais precisa e mais clara para o intérprete que aquela desenvolvida nos relatórios sobre o BEPS, nomeadamente no respeito pela certeza e segurança jurídica, não obstante ainda ter margem para melhorias, como temos vindo a assinalar. Tais diferenças no tratamento da mesma questão poderão estar relacionadas com o facto de

³⁴⁷ Acórdão do TJUE, de 18 de julho de 2007, Processo C-231/05. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62750&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

³⁴⁸ Acórdão do TJUE, de 3 de outubro de 2013 Processo C-282/12. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0282>.

³⁴⁹ CHRISTIANA HJI PANAYI, *The Compatibility of the OECD/G20...*, op. cit., pág. 109.

o Relatório Final sobre ação 6 surgir apenas como recomendação com caráter de *soft law*, ao passo que a Diretiva da União é vinculativa para os Estados-Membros e de transposição obrigatória.

Neste sentido, concluímos pelo aperfeiçoamento necessário da norma do PPT, pois a influência que detém sobre a legislação europeia e nacional será determinante para o sucesso dessas disposições gerais antiabuso. Não obstante, note-se que a partir do momento em que no a própria União estabelece no Considerando n.º 11 da Diretiva que as regras gerais antiabuso deverão ser uniformemente aplicáveis em situações nacionais, no interior da União e em relação a países terceiros, por forma a que o âmbito de aplicação e resultados não sejam diferentes em situações nacionais e transfronteiriças, não obstante as melhorias que a própria União possa produzir na avaliação do abuso em direito fiscal, a questão da articulação da Diretiva com a norma do PPT deixa de constituir uma problemática, pois esta última consta unicamente como uma mera recomendação de *soft law* ao passo que a Diretiva apresenta caráter vinculativo, desde que em causa esteja uma relação entre Estados-Membros ou entre um Estado-Membro e um país terceiro e da qual possa ser suscitada a existência de um esquema abusivo.

Isto quer dizer que o objetivo passa por permitir a máxima liberdade possível de circulação – de bens, serviços, capital e trabalhadores – que apenas deverá ser restringida se e na medida em que seja conduzida por esquemas artificiais, com vista à obtenção de vantagens fiscais ilegítimas. Em nossa opinião, como já havíamos frisado, o aperfeiçoamento que deverá ser realizado será ao nível da essencialidade da artificialidade da conduta, e não que a mesma conste entre uma das finalidades principais para a realização de determinado esquema, construção ou facto.

3. Repercussão dos trabalhos da OCDE e UE no processo de produção legislativa interna dos Estados: concretamente, na cláusula geral antiabuso nacional

Não obstante estarmos no âmbito de planos distintos, a realidade é que o projeto BEPS detém bastante influência na produção de disposições gerais antiabuso não só no seio da União, como em termos de legislação antiabuso interna.

De acordo com ANA PAULA DOURADO, a integração no processo de produção de legislação europeia, com as devidas adaptações, do espírito do projeto BEPS para uma posterior adoção pelos Estados-Membros torna-se uma solução mais prudente que a consagração unilateral de medidas

antiabuso³⁵⁰. Essa adoção unilateral de medidas tem sido verificada em alguns Estados, essencialmente por duas vias, ou seja, a) através da produção de legislação diretamente baseada nos relatórios BEPS, ou b) através da aplicação das conclusões desenvolvidas pela OCDE nos relatórios, transpondo-as para o caso concreto através da interpretação dos mecanismos legais antiabuso internos com base nas ações que compõem o plano BEPS, sem qualquer tipo de filtragem³⁵¹.

Não obstante, esta problemática tende a ser bastante atenuada nomeadamente no seio da União, na medida em que, como vimos, os Estados-Membros se viram na obrigação de transpor a Diretiva ATAD. Embora surja uma certa margem para os Estados-Membros introduzirem ligeiras adaptações face à realidade dos respetivos ordenamentos, existe um conjunto de requisitos comuns previstos na própria regra geral antiabuso e os quais terão de ser respeitados e corretamente transpostos. Neste sentido, a tarefa do legislador nacional encontra-se em certa medida facilitada pois a norma doméstica, à partida, terá indicações e contornos mais bem definidos sobre o abuso em direito fiscal que aqueles que constam na norma do PPT.

Olhando para a CGAA nacional e a sua ligação com as normas gerais antiabuso europeia e internacional, as alterações que a mesma sofreu foram no sentido de melhor se compatibilizar com a Diretiva transposta para o ordenamento jurídico nacional, pelo que não encontramos qualquer problemática no que concerne à articulação da mesma com o direito da União, apenas com a norma do PPT quanto ao requisito de artificialidade e ónus da prova.

De facto, considerando a CGAA atualmente em vigor e o respetivo procedimento de implementação, verificamos que a questão do ónus da prova não contém qualquer presunção de abuso. Nos termos do artigo 63.º do CPPT a fundamentação do projeto e da decisão de aplicação da disposição antiabuso no plano nacional depende não só de uma descrição das construções que foram realizadas com abuso de formas jurídicas ou não foram realizadas por razões comerciais válidas que reflitam a substância económica, como inclusive se torna exigível a demonstração de que essas mesmas construções tiveram como finalidade principal ou uma das finalidades principais a obtenção de uma vantagem fiscal não conforme com o direito fiscal aplicável, assim como a identificação dos negócios que correspondam à substância ou realidade económica e quais as normas de incidência que lhes seriam aplicáveis, tudo a ser demonstrado pela própria AT após a realização de procedimento de

³⁵⁰ ANA PAULA DOURADO, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead BEPS?*, in *Intertax*, vol. 6, 2016, pág. 440.

³⁵¹ WOLFGANG SCHÖN e PHILIP BAKER, *Introduction to the Special Issue on the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan and European Union Law – The BEPS Action Plan in the light of EU Law*, in *British Tax Review*, volume 3, 2015, pág. 277.

inspeção tributária dirigido ao beneficiário do rendimento e ao substituto tributário (em caso de substituição tributária), e de audição prévia do contribuinte.

Este raciocínio leva-nos a concluir que os Estados-Membros não podem simplesmente interpretar a sua norma geral antiabuso à luz da disposição do PPT sem, antes de mais, aplicarem os preceitos desenvolvidos na Diretiva ATAD. Assim, mesmo para os Estados-Membros que continham regras gerais antiabuso em momento prévio à consagração da Diretiva ATAD, ocorrerá o processo normal de transposição, dado que o objetivo se traduz na missão de uniformizar o padrão de abuso no seio europeu, não obstante a possibilidade de os Estados-Membros poderem adotar critérios mais rigorosos, desde que cumpram com o carácter mínimo previsto da Diretiva.

Dado a inexistência de harmonização no que respeita ao abuso no seio da tributação direta, consideramos que a Diretiva ATAD e a nova regra geral antiabuso serão um contributo importante para uma maior consistência e clareza do conceito, através da adoção de critérios mínimos comuns e mais uniformizados, ao contrário do que sucedia em momento anterior em que o abuso era apenas tratado a nível jurisprudencial. E tal uniformização também se encontra reforçada pelo facto de estarmos perante uma Diretiva, instrumento que ao contrariamente ao Regulamento, não possui efeito direito, pelo que não existe o risco de divergência de instrumentos legais comunitários e internos a vigorar ao mesmo tempo, sobre a mesma temática. As diretivas dependem da transposição das mesmas para os ordenamentos internos dos Estados-Membros, o que se revela um trabalho mais cauteloso, dado ser necessário que todos os ordenamentos se encontrem em sintonia quanto ao padrão a ser adotado, de forma gradual³⁵².

Assim, a principal dificuldade reside para os Estados cujos ordenamentos internos não prevejam qualquer disposição antiabuso, ou para aqueles Estados que não apliquem qualquer disposição antiabuso nos seus tratados fiscais. A norma do PPT tem carácter instrumental face aos Estados que apresentem normas antiabuso nas suas legislações domésticas, e complementar para os Estados que, por não estarem munidos com tal ferramenta, se poderão basear no princípio orientador previsto na ação 6 do projeto BEPS. Contudo, a adoção de uma norma baseada nos contornos do PPT poderá resultar na não uniformização de normas gerais antiabuso, pelo facto dos contornos serem pouco específicos, facultativos e pouco exigíveis, para além que se corre o risco de aplicar a norma a

³⁵² Prova disso é a própria Diretiva, que no n.º 1 do artigo 11.º estipula que os Estados-Membros devem adotar e publicar a mesma até 31 de dezembro de 2018, sendo as mesmas aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2019, sendo que posteriormente no n.º 5 do mesmo artigo derroga o anteriormente estipulado para que os Estados-Membros adotem e publiquem as referidas disposições até 31 de dezembro de 2019, sendo as mesmas aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2020.

situações que não sejam verdadeiramente abusivas, dado a inexistência de um conceito de artificialidade da conduta.

Em setembro de 2014, a OCDE publicou o Relatório Final da ação 15, do qual consta o desenvolvimento de um instrumento multilateral, com o objetivo de analisar questões relacionadas com alterações eficientes aos tratados fiscais celebrados pelos Estados, nomeadamente as convenções sobre dupla tributação, por forma a implementar as medidas identificadas no decurso dos trabalhos do projeto BEPS, dos quais se inclui a adoção de uma norma PPT. No entanto, o movimento global de incorporação de normas gerais antiabuso nos diferentes ordenamentos não é realizada de uma forma totalmente harmonizada. Não existe consenso internacional quanto à forma e efeitos da norma antiabuso, pelo que a introdução do *Principal Purpose Test* poderá levantar problemas de compatibilidade com o direito interno dos Estados³⁵³.

Na ação 6 do BEPS a OCDE sublinhou que a norma do PPT poderia não ser apropriada para todos os Estados dado que estes poderiam já ter implementadas medidas mais eficazes no combate a estruturas abusivas, ou poderiam já ter desenvolvido ferramentas ao nível da jurisprudência de resistência ao abuso, tais como a formulação do requisito da substância económica ou a *substance over form*. Independentemente do caminho escolhido, a OCDE frisou que os instrumentos nacionais poderiam tornar desnecessária a inclusão de uma norma geral antiabuso como a desenvolvida pela OCDE na ação 6, e posteriormente introduzida na Convenção Multilateral no artigo 7.º, n.º 1.

De acordo com VIKRAM CHAND, para que as normas gerais antiabuso desenvolvidas no plano nacional não sejam incompatíveis com a norma do PPT, o tratado fiscal celebrado pelos Estados deverá fornecer um dos seguintes critérios: a) previsão da sobreposição da norma interna em detrimento da norma do PPT³⁵⁴, b) referência à interpretação de qualquer elemento da norma internacional à luz de definições fornecidas pelo direito nacional, ou c) permissão para que a norma geral antiabuso nacional possa negar os benefícios expressos no tratado, se tal procedimento estiver de acordo com os princípios internacionais e/ou a jurisprudência nacional³⁵⁵.

Assim, a implementação da norma do PPT pode e irá exigir que, em determinadas circunstâncias, a legislação interna dos Estados contratantes seja levada em consideração, até porque

³⁵³ GUILHERME NEVES DE PAIVA NAVARRO, *A Critical Analysis of the Principal Purpose Test Rule's Core Features and Its Practical Applicability*, in *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n.º 07, IBDT, Brasil, 2020, pág. 176.

³⁵⁴ Sendo que, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao abrigo do princípio *pacta sunt servanda*, os Estados Contratantes deverão cumprir o tratado que acordaram de boa fé, sendo que um dos Estados Contratantes não poderá invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado nos termos do artigo 27.º. Não obstante, existe a possibilidade e os Estados reverem e modificarem os seus tratados por acordo entre as Partes, nos termos do artigo 39.º e seguintes.

³⁵⁵ VIKRAM CHAND, *The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*, in *International Taxation*, vol. 12, 2015, pág. 486.

a norma apresenta apenas um caráter mínimo de padrões a serem implementados, e a ação dos Estados poderá ir para além desse limiar.

Há que distinguir normas gerais antiabuso domésticas que negam benefícios previstos em tratados quando o contribuinte se envolve em transações ou esquemas através dos quais pretende obter benefícios previstos nesses tratados indevidamente, das normas que pretendem combater o abuso apenas numa perspetiva nacional – sendo que neste caso consideramos estarmos apenas perante abuso de direito fiscal à escala nacional, o que, por sua vez, será tratado apenas na esfera interna dos Estados³⁵⁶.

No contexto de normas gerais antiabuso nacionais que possam negar a atribuição de benefícios previstos em tratados fiscais, as mesmas não entrarão em conflito com a norma do PPT quando os aspetos principais de ambas as normas estejam em conformidade com o desenho construído pela OCDE na ação 6³⁵⁷. No entanto, somos da opinião³⁵⁸ que quando um determinado tratado fiscal autoriza um Estado a aplicar disposições internas antiabuso, as mesmas deverão servir como instrumento de auxílio à interpretação de termos indefinidos previstos nos tratados. Assim, as normas antiabuso internas não deverão ser utilizadas para combater o abuso de tratados, precisamente porque resultam da adoção unilateral de uma disposição interna, ou resultam, no caso nacional, da transposição de uma regra prevista numa Diretiva publicada pela União Europeia, tendo, portanto, âmbitos distintos de aplicação.

Dito de outra forma, o abuso de tratados apenas deverá ser neutralizado à luz de disposições previstas em tratados, como acontece com a norma do PPT. A consagração de tais normas, quando incorporadas em tratados fiscais, exteriorizam as intenções comuns dos contratantes³⁵⁹, devendo assim as disposições internas antiabuso surgir como instrumento de mero de auxílio à interpretação de termos indefinidos previstos nos tratados.

Assim, por forma a procurar fornecer resposta aos casos em que os Estados não haviam incluído nos seus tratados disposições de combate ao abuso de tratados como é o caso da norma do PPT, a OCDE desenvolveu a ação 15, através da qual se prevê a assinatura e ratificação, aceitação ou aprovação de um Instrumento Multilateral que, entre as várias medidas, prevê a introdução nos tratados fiscais – prévia e futuramente celebrados pelos Estados Contratantes – da norma do PPT,

³⁵⁶ Não obstante a influência que a norma internacional e a norma europeia antiabuso possam deter sobre a norma puramente nacional.

³⁵⁷ OCDE, *Preventing the Granting of Treaty...*, *op. cit.*, pág. 70.

³⁵⁸ Baseados na exposição de VIKRAM CHAND, que defende o caráter meramente interpretativo de conceitos indefinidos de disposições de tratados fiscais. Cfr. *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, in *Intertax*, Vol. 48, 2018.

³⁵⁹ VIKRAM CHAND, *The Interaction of...*, *op. cit.*, pág. 122.

mais concretamente no n.º 1 do artigo 7.º do presente instrumento. A partir do momento em que os Estados assinam o instrumento multilateral, a norma do PPT apresenta caráter vinculativo perante os Estados que decidam celebrar tratados destinados a prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros.

4. A introdução da norma do PPT no Instrumento Multilateral: um caminho para a efetividade da mesma?

4.1. A Convenção Multilateral – em especial, a norma do PPT introduzida como medida vinculativa de combate à erosão da base tributária e transferência de lucros

A OCDE e o G20 desenvolveram na ação 15 um Instrumento Multilateral, suscetível de auxiliar os Estados interessados a alterarem os tratados fiscais por si celebrados em conformidade com as orientações vertidas no Plano de Ação BEPS. O objetivo deste instrumento consiste, assim, numa modificação célere e coordenada dos tratados fiscais numa escala mundial³⁶⁰.

A consagração deste Instrumento Multilateral coexiste com as Convenções para Eliminar a Dupla Tributação (e os demais tratados em matéria fiscal), modificando a aplicação das mesmas de acordo com o princípio “*lex posterior derogat legi priori*”³⁶¹, e incorpora algumas medidas desenvolvidas no Plano de Ação BEPS, nomeadamente as que concernem ao abuso de tratados. Esta nova convenção tem como características a flexibilidade, pois permite aos Estados acomodar as diferentes escolhas de política fiscal como especificar quais os tratados abrangidos pela mesma, escolher a forma de cumprimento dos padrões mínimos – nos quais se insere o *Principal Purpose Test* –, e apresentar reservas relativamente às disposições que figurem como alternativas ou opcionais. Para além de ser um instrumento flexível, figura-se como mais transparente, pois aos Estados incumbe a tarefa de notificar os outros Estados contratantes das suas reservas e opções, e, por fim, aparenta fornecer uma maior segurança jurídica, pois os Estados contratantes notificam os restantes Estados contratantes das disposições abrangidas e que serão modificadas à luz deste Instrumento Multilateral³⁶².

³⁶⁰ OCDE/G20, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, op. cit., pág. 25.

³⁶¹ Com base no n.º 3 do artigo 30.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

³⁶² ANA PAULA DOURADO, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, in *Intertax*, Vol. 46, 2018, pág. 2.

Assim, apresenta-se como um mecanismo efetivo suscetível de implementar as mudanças acordadas no projeto BEPS de forma coordenada e eficiente em toda a rede de tratados existentes, procurando evitar a dupla tributação³⁶³, substituindo a renegociação de um vasto número de tratados bilaterais, bastando que os Estados contratantes concordem com a adoção e implementação deste instrumento.

Ora, o PPT previsto no Instrumento Multilateral, mais concretamente no n.º 1 do artigo 7.º baseia-se no princípio guiador desenvolvido pela ação 6 do projeto BEPS. Da redação da norma, constatamos que verte, na sua totalidade, os trabalhos que foram desenvolvidos já na norma do PPT da ação 6, pelo que não se afigura qualquer alteração face aos pressupostos anteriormente analisados. Mais uma vez, o âmbito de aplicação da regra é circunscrito ao respetivo tratado, dado que a norma se refere ao benefício concedido nos termos da Convenção fiscal abrangida, pelo que os benefícios fiscais concedidos ao abrigo de legislação tributária interna não fazem parte da equação, não podendo ser negados com base na invocação da presente norma – logo, não se aplicando também a qualquer outro tratado fiscal ou legislação europeia.

Note-se que, a partir do momento em que os Estados contratantes depositem o instrumento de aceitação ou ratificação da Convenção Multilateral para a aplicação de medidas relativas às Convenções Fiscais destinadas a prevenir a erosão da base tributária e transferência de lucros, a norma do PPT torna-se vinculativa, precisamente por ser um dos setores nos quais não será possível aos Estados formularem reservas totais ou parciais aquando da adoção destes novos regimes. No caso português, sendo que a 28 de fevereiro de 2020 foi depositado junto da OCDE o instrumento de ratificação da Convenção Multilateral, a mesma entrou em vigor a 1 de junho de 2020, produzindo-se os respetivos efeitos nas Convenções para Evitar a Dupla Tributação celebradas por Portugal a partir de 1 de janeiro de 2021.

Neste sentido, consideramos que em termos gerais, o Instrumento Multilateral procura fornecer uma abordagem multilateral há já bastante tempo esperada e necessária, no entanto continua a apresentar bastantes reservas na coordenação das regras fiscais internacionais, nomeadamente no combate ao abuso. Isto porque continua, ainda assim, a conceder uma certa flexibilidade para os Estados aderirem ao mesmo, o que acarreta a consequência de poder nunca vir a ser implementado por determinados Estados. Assim, não fica assegurado que os Estados estarão todos em pé de igualdade nas medidas de combate ao fenómeno BEPS.

³⁶³ OCDE/G20, *Developing...*, *op. cit.*, pág. 32.

Concretamente no que respeita à norma do PPT, a mesma continua a configurar como um instrumento que aparenta atribuir ferramentas poderosas e discricionárias às administrações tributárias na avaliação do elemento subjetivo, apresentando ao mesmo tempo uma desproporção face às exigências sentidas pelos contribuintes quanto ao ónus da prova.

Em nossa perspetiva, e tendo em consideração que a norma do PPT é uma ferramenta fulcral para o combate ao abuso de tratados fiscais – considerando que passamos de um princípio meramente orientador para um instrumento legislativo, e dado que as normas específicas antiabuso não são capazes de se aplicar a todos os comportamentos abusivos, visto que não nos parece ser possível que o legislador consiga objetivar todos os factos e circunstâncias e que os mesmos caibam no escopo de aplicação de tais normas – a mesma deveria, ainda assim, a fim de reduzir os níveis de incerteza e insegurança jurídica, conter critérios mais rigorosos e procedimentos mais objetivos por forma a elidir o carácter presuntivo invocado pelas autoridades tributárias.

Sumariamente, o facto de a OCDE apresentar uma norma com um escopo demasiado abrangente, com recurso a conceitos indeterminados sem uma densificação dos mesmos, a inexistência de um critério de artificialidade e a inexigibilidade da essencialidade da finalidade principal, são alguns dos obstáculos que encontramos e que nos levam a determinar que a norma do PPT não é efetiva. E esta não efetividade permanece com a introdução do Instrumento Multilateral, que quando e se acordado, apresentará carácter vinculativo. Não só não teremos um critério de artificialidade que continua a não estar positivado na norma, como a configuração da finalidade fiscal como um entre os vários objetivos principais que o esquema possa apresentar leva potencialmente a que esquemas de planeamento fiscal genuíno, praticado dentro da legalidade e não à margem desta, sejam abarcadas pela norma do PPT, levando ao desenvolvimento de um contencioso incerto, prolongado e, por vezes, desnecessário.

À luz de todas as considerações *supra* referidas, não obstante considerarmos um passo fulcral no combate ao planeamento fiscal abusivo, permanece a incerteza quanto à utilidade, na prática, da norma do PPT. Se por um lado o objetivo consistia na produção de resultados imediatos para os contribuintes – no sentido em que estes procuraram estruturar os seus negócios de forma mais cautelosa, considerando a existência de tal norma nos tratados fiscais aplicáveis – por outro lado, o facto de os Estados não serem obrigados a implementar a norma do PPT, nem a adotar a Convenção Multilateral, permite que possam beneficiar, ao abrigo da concorrência fiscal, com jurisdições cuja tecnicidade para o tratamento de questões relacionadas com o planeamento fiscal abusivo é débil. A

adicionar a este facto, e sendo a norma do PPT de cariz bastante genérico, a norma poderá ser interpretada de variadas formas pelos tribunais dos Estados contratantes. A norma surgiu com o efeito de negar benefícios previstos em tratados fiscais se todos os requisitos da norma se encontrassem preenchidos; em todo o caso, não é claro, pela leitura da mesma, a forma como os Estados deverão interpretar os seus conceitos indeterminados.

Em suma, os problemas apontados à norma do PPT resultam, em nossa consideração, na sua não efetividade. E a norma é não efetiva não só pelas debilidades referidas, mas também pelo facto de que a sua eficiência e eficácia depende, em grande medida, da forma como a mesma será aplicável pelos diferentes tribunais das diferentes jurisdições – não só no que respeita à própria conceção de abuso, como pelo facto de as autoridades tributárias deterem um elevado poder discricionário.

Assim, a incerteza permanece no panorama fiscal internacional. Se *ab initio* a norma do PPT se apresentava como insuficiente no combate ao planeamento fiscal abusivo, surgiu, ainda assim, oportunidade para a apresentação de progressos significativos em termos de critérios mais bem definidos e que contribuíssem para uma certa harmonização legislativa, por via do Instrumento Multilateral. Como vimos, acabou por não acontecer. Ademais, esta oportunidade poderia ter sido aproveitada não só para estabelecer critérios mais rigorosos quanto à distinção entre condutas abusivas de condutas que preenchem razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica, i.e., não abusivas, como também para se conceber uma norma geral antiabuso menos lesiva para os contribuintes, garantindo a tão expectável previsibilidade das normas de carácter geral em matéria de abuso, e contribuir para um equilíbrio nas pretensões das partes em litígio – contribuinte e autoridades tributárias.

4.2. Uma proposta de alteração da norma do PPT

Na procura da efetividade da norma do PPT, a solução passa por, na esteira de MICHAEL LANG, definir limites mais restritivos à sua aplicação, considerando assim alterações à formulação da norma para que a mesma se refira *unicamente* à motivação fiscal principal ou essencial, eliminando quaisquer questões relacionadas com a diferenciação entre motivos principais e secundários, contribuindo ao mesmo tempo para que o poder discricionário das autoridades tributárias seja reduzido

ao ponto de não poderem simplesmente assumir que todos os comportamentos do contribuinte possam ser considerados como abusivos³⁶⁴.

Ademais, a substituição do critério de razoabilidade, invocado pelas autoridades tributárias na determinação da obtenção dos benefícios fiscais que consubstanciem apenas entre uma das finalidades principais pela determinação de que a obtenção de benefícios fiscais consubstancia o principal objetivo para o desenrolar de terminado esquema ou transação³⁶⁵ – torna-se imperativa. Uma medida a implementar será a concretização no texto da norma do critério de artificialidade da conduta.

Neste sentido, consideramos possível reformular o texto da norma do PPT melhorando o seu âmbito de aplicação, critérios de avaliação de artificialidade e ónus da prova. Somos defensores de que da norma deverão constar os seguintes elementos: a) a desconsideração por parte dos Estados de esquemas ou transações que tenham como finalidade principal ou essencial a obtenção de uma vantagem fiscal, face à obtenção de outras vantagens de cariz não fiscal, b) que essa mesma vantagem tenha sido obtida com recurso a esquemas ou transações de cariz puramente artificial – concretizando-se no que reside a artificialidade³⁶⁶ – e que contrariem o espírito das disposições relevantes do tratado fiscal, c) que a avaliação dessa artificialidade possa ser apurada com base em factos e circunstâncias concretos, trazidos à colação pelas autoridades tributárias, d) que da prossecução de tais esquemas ou transações resulte a vantagem indevida, e que a mesma possa ser negada ao abrigo das disposições relevantes do tratado, mas apenas e unicamente quando avaliados todos os factos e circunstâncias se possa concluir, sem margem para qualquer outra apreciação, que a vantagem fiscal não seria obtida sem a prossecução de tais esquemas ou transações de cariz artificial, e) que a vantagem fiscal indevida seja desconsiderada da equação, mas apenas esta, não se pronunciando quanto às restantes vantagens de cariz não fiscal.

Ora, não pretendemos com a nossa proposta transmitir uma imagem de certo rigor ou demasiada ambição. O nosso objetivo apenas se resume ao aprimoramento dos critérios de averiguação de condutas abusivas, por forma a que o caos fiscal em que nos encontramos até ao presente momento possa ser mitigado de forma mais eficiente e eficaz. Só assim é que de facto conseguiremos discernir os comportamentos *extra legem* de comportamentos *intra legem* e contribuir para um sentimento generalizado de segurança e certeza jurídica.

³⁶⁴ MICHAEL LANG, *BEPS Action 6: Introducing...*, *op. cit.*, pág. 659.

³⁶⁵ SLOBODANKA KOLUNDZIJA, *OECD Minimum Standard*, *op. cit.*, pág. 365.

³⁶⁶ Tendo por base os trabalhos desenvolvidos pelo TJUE, essencialmente.

CONCLUSÃO

No atual contexto político e económico que vivemos, é estritamente indispensável garantir que o imposto seja pago no país onde o valor tributável e os lucros são gerados. A fragilidade económica sentida exige uma resposta quase imediata face às dificuldades financeiras. O Estado procura, por um lado, angariar receita fiscal por forma a satisfazer as necessidades de Interesse público, missão que por vezes resulta no aumento sucessivo de impostos. Por outro lado, os contribuintes procuram desvirtuar-se da obrigação do pagamento de impostos, pelo que tendem a procurar formas de minimizar a carga fiscal suportada, procurando obter vantagens. Para tal, torna-se urgente erguer a confiança nos sistemas fiscais, fornecendo aos Estados mecanismos eficazes no combate ao planeamento fiscal abusivo, quer seja numa perspetiva global, regional ou nacional.

A elisão fiscal apresenta uma dimensão universal de tal forma prejudicial, que não se pode ignorar os efeitos que a mesma provoca no equilíbrio entre as pretensões dos Estados e dos contribuintes. Em nossa opinião, o legislador que pretenda combater comportamentos abusivos terá de estatuir esses mesmos comportamentos com base no carácter artificial dos mesmos. Será necessário, assim, que o elemento normativo detenha uma presença obrigatória nas disposições antiabuso, materializado no critério de artificialidade da conduta. Essa mesma artificialidade, por ser um conceito indeterminado, carece de interpretação e densificação na própria norma.

Os comportamentos elisivos através do qual um contribuinte pode, sem violar diretamente a lei, adotar comportamentos com a finalidade essencial ou principal de contornar a lei fiscal, não será algo intencionalmente criado pelo legislador. Ainda assim, cabe ao legislador adotar medidas diretas de prevenção e combate a estas práticas. O planeamento fiscal, por si só, não é proibido por lei, pois promove a autonomia da vontade dos contribuintes de gerir a sua vida privada, desde que dentro da legalidade. Contudo as operações estruturadas cuja base principal é a redução ou eliminação do montante de impostos a pagar, de forma propositada, consubstancia um verdadeiro perigo para a subsistência do sistema fiscal.

Em contexto internacional, a OCDE e o G20 elaboraram um Plano de Ação como resposta ao fenómeno de erosão da base tributável e transferência de lucros, no qual desenvolveram uma norma geral antiabuso com base num teste de averiguação de esquemas abusivos, sem, contudo, se encontrar positivado na norma qualquer critério de artificialidade da conduta. Apesar da não previsão de tal mecanismo de destrição entre comportamentos legítimos de comportamentos abusivos,

constatamos que houve uma evolução na passagem de um princípio meramente orientador de combate ao abuso, para a consagração de uma norma num instrumento como a CMOCDE.

Já ao nível da União Europeia, denota-se um esforço meritório no combate a práticas elisivas e que impactuam diretamente no funcionamento do mercado interno, precisamente através da inclusão e densificação do requisito da artificialidade, vertido no artigo 6.º da Diretiva ATAD.

Apesar do padrão de essencialidade da motivação elisiva se apresentar como menos rigoroso na regra geral antiabuso da Diretiva ATAD face ao desenvolvimento jurisprudencial pelo TJUE, vertido em alguns acórdãos, ainda assim consideramos que a Diretiva fornece uma maior segurança jurídica aos destinatários das normas.

Os trabalhos desenvolvidos no seio da União são mais completos e mais eficazes na tarefa de acautelar a perda de receita fiscal dos Estados, sendo aqui precisamente que reside a diferença entre a redação e efeitos práticos de ambas as normas.

No plano nacional, em consequência da transposição da Diretiva ATAD, a CGAA sofreu alterações. Por forma a se compatibilizar com os trabalhos da União, passa a determinar que para a averiguação de condutas abusivas a vantagem fiscal terá de ser a principal ou, pelo menos, uma das principais por detrás de determinado esquema, abandonando a tese de que a mesma teria de consistir na finalidade única ou principal. Apesar deste limiar baixo, o legislador trouxe duas inovações, entre uma das quais encaramos como uma preocupação com a posição do contribuinte, ao determinar a obrigatoriedade de apresentação de reclamação graciosa em momento prévio ao recurso à impugnação judicial – permitindo, assim, uma análise em sede administrativa dos factos trazidos à colação pela AT – e outra inovação, encaramos como uma ilegalidade no que refere à majoração em 15 pontos percentuais dos juros compensatórios, dado que a lei não prevê qualquer fundamento para o agravamento da taxa legal prevista, o que coloca o contribuinte, por fim, numa posição desfavorável e claramente injusta, ilegal.

Os tribunais dos Estados-Membros, e até mesmo de outros Estados que não estejam inseridos em qualquer união ou organização como acontece com a União Europeia, não se devem basear exclusivamente nas ações desenvolvidas pela OCDE e o G20 para interpretar e aplicarem as suas disposições internas antiabuso. Não só porque se aplicam a âmbitos distintos, mas porque cabe ao legislador interno compreender se tais recomendações encontram disparidades com as suas normas internas, assim como devem procurar analisar se tais recomendações se compatibilizam com o

ordenamento jurídico regional em que o mesmo se insere – neste caso, a União Europeia, ou qualquer outro que se baseie numa união económica.

Uma norma geral antiabuso uniforme será sempre preferível à existência de diversas normas internas descoordenadas, se o objetivo é comum a todos os ordenamentos: o combate ao abuso em matéria fiscal. Para tal, o padrão mínimo de proteção das bases fiscais dos Estados deverá ser assegurado e implementado entre todos os Estados. Através do estabelecimento de uma norma de carácter geral, mas com contornos precisos, promove-se a segurança jurídica dos contribuintes que serão alertados sobre os esquemas ou comportamentos que deverão evitar pois mesmo que não sejam ilegais, são reprováveis pelo sistema jurídico, evitando assim que toda a sua fatura fiscal tenha que ser recalculada por virtude de tais atos que contrariam o espírito das disposições fiscais aplicáveis ao caso concreto.

Se a globalização impôs a que fossem introduzidos mecanismos de combate ao planeamento fiscal abusivo, torna-se também necessário o constante acompanhamento da evolução do sistema fiscal internacional, por forma a compatibilizar as normas existentes com a própria realidade.

A influência do projeto BEPS é importante por condensar um conjunto de medidas que se apresentam como uma mais-valia para identificar os problemas sentidos à margem fiscal universal.

Por fim, cumpre-nos responder a uma das questões primordiais do nosso tema de dissertação, e a qual já adiantamos o nosso raciocínio em momento anterior: é o PPT um instrumento efetivo no combate ao abuso em direito fiscal? Em nossa humilde opinião, não vemos como possa ser um instrumento efetivo.

Em primeiro lugar, não fornece qualquer sentimento de certeza e segurança jurídica, nem tão pouco de previsibilidade, características que deveriam ser a tônica daquele que é um dos instrumentos mais importantes para o combate ao abuso em fiscalidade – uma norma geral antiabuso.

A ambiguidade do texto da norma do PPT, resultado da falta de definições e contornos mais precisos culmina em interpretações e aplicações disformes do que deva configurar como práticas abusivas. De acordo com GOMES, devido ao foco no esquema ou transação em si, o PPT poderá ser aplicado em detrimento de um contribuinte ou terceiro que reclame benefícios legítimos previstos em tratados, dado que a própria norma é suscetível de uma interpretação pouco precisa³⁶⁷. Assim, não é

³⁶⁷ MARCUS LIVIUS GOMES, *The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument*, in *Intertax*, vol. 47, n.º 1, 2019, pág. 79.

possível distinguir comportamentos de cariz abusivo de outros que figurem como perfeitamente legítimos.

Na opinião do autor, a falta de clareza na definição de conceitos centrais como os que constam na norma do PPT é reflexo da incapacidade dos legisladores de acompanharem o ritmo das estruturas fiscais modernas. Considera que o PPT foi desenhado propositadamente como uma norma de amplitude bastante alargada, por forma a evitar a constante necessidade de provocar alterações às suas definições. Há autores que entendem que os criadores do projeto BEPS se possam ter inspirado pelo espectro abrangente de algumas disposições antiabuso internas³⁶⁸. Contudo, a principal diferença é que as disposições internas antiabuso são agregadas num sistema composto por garantias processuais e orientações interpretativas constantes, por forma a acompanhar a evolução dos tempos e dos comportamentos. Consequentemente, é possível argumentar que o PPT carece desta componente vital de adaptação e acompanhamento às novas realidades fiscais³⁶⁹.

Em segundo lugar, a norma apresenta uma *provisão* ou seja, uma exceção à regra na própria regra. Esta técnica de redação salienta a ideia que já havíamos sustentado em momento anterior, de que o ónus da prova recai sobre o contribuinte, que apenas poderá ser afastado se conseguir comprovar que as presunções trazidas à colação pelas autoridades tributárias não se verificam no caso concreto. Como tivemos oportunidade de constatar, por vezes poderá ser uma tarefa bastante complexa a de procurar provar comportamentos que, em primeira instância, não foram comprovados, mas meramente supostos.

Numa última consideração, a inexistência de um critério de artificialidade deixa cair por terra qualquer esperança de que, através da consagração de uma norma geral antiabuso como a do PPT, seja possível compreender de forma clara a diferença entre um comportamento de planeamento fiscal legítimo, de um comportamento fiscal abusivo. Na verdade, o problema do PPT e do combate ao abuso em direito fiscal reside precisamente no facto de conceitos basilares como “abuso”, “planeamento fiscal lícito e ilegítimo”, “artificialidade” e, até mesmo, “finalidades principais” não se encontrarem desenvolvidos de forma mais incisiva pela doutrina e, até mesmo, previstos na legislação.

Creemos, portanto, que o PPT não é um instrumento efetivo, não porque os Estados não sejam capazes de reconhecer as suas falhas e apontar caminhos para o seu aprimoramento, mas porque não estão a ser reunidos os esforços necessários para que o mesmo seja um dos temas centrais de debate

³⁶⁸ CRAIG ELLIFFE, *The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Blind Them All?*, in *World Tax Journal*, vol. 11, n.º 1, 2019, pág. 14.

³⁶⁹ IAN ZAHRA, *The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 2*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 12.

dos criadores do projeto BEPS. Em nossa opinião, de nada serve reconhecer as falhas se em nada se faz para as procurar corrigir, pelo que, até o abuso em direito fiscal se tornar novamente um dos temas principais de discussão pelos vários legisladores internacionais e operadores económicos, continuaremos a ver um crescente aumento da incerteza e falta de coesão do sistema fiscal internacional.

Não obstante considerarmos não ser um instrumento efetivo, não nos poderemos esquecer que as normas antiabuso também poderão ser de cariz específico, dirigidas a combater situações específicas de abuso, devidamente identificadas nas normas fiscais. Pelo que, identificadas que estejam algumas condutas abusivas, a norma geral apenas opera em *ultima ratio*, não obstante ser de extrema importância pois procura abranger um leque menos restrito de situações que as próprias normas específicas antiabuso.

Em suma, procura pela coordenação e a implementação de mudanças no sistema de tratados fiscais internacionais deve ser promovida pela OCDE e pelo G20, autores do projeto BEPS, contudo, terão de caminhar no sentido de não criar medidas que, no final, poderão gerar problemas de interpretação, disparidades, conflitos judiciais e colocar em risco a certeza e segurança jurídica dos contribuintes – o que, em suma, poderá levar a aplicar um tratamento diferente para situações semelhantes.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 1992, Edições Almedina.

ASCENSÃO, Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Edição Refundida, Edições Almedina, 2005.

BARGHAVA, Ansh, *The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance*, in *Preventing Treaty Abuse*, Linde, Blum/Seiler (Eds), 2016.

BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4.^a edição, Oxford, Oxford University Press, 2013.

BERGMANS, Ashley, *The Principal Purpose Test: Comparison with EU-GAAR Initiatives*, in *Preventing Treaty Abuse*, Blum/Seiler (Eds.), Linde, 2016.

BROE, Luc De, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series, Volume 14, 2008.
_____, *Tax Treaty and the EU Law aspects of LOB and the PPT provision proposed by BEPS Action 6*, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy*, Robert Danon (Ed.), 2016.

CAMPOS, Diogo Leite De, COSTA, João Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Coimbra, Edições Almedina, 2008.

CARDOSO, Pedro Menezes, *Os desafios da “maioridade” da cláusula geral anti-abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*, Lisboa, AAFDL, 2017.

CHAND, Vikram, *The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*, in *International Taxation*, Vol. 12, N.º 39, 2015.

COLLET Martin, *Droit fiscal*, 1.^a edição, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

_____, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva, COM(2016) 24 final, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

_____, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação eficaz e maior transparência fiscal na UE, COM(2016) 23 final, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra, Edições Almedina, 2009.

_____, *A Cláusula Geral Anti Abuso no CAAD: a insustentabilidade de uma Jurisprudência Contraditória*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, 2015.

_____, *Cahiers de droit fiscal international*, International Fiscal Association, Seoul, 2018, pág. 625.

_____, *E assim começou a história... a aplicação jurisprudencial da cláusula geral anti-abuso, anotação ao ACTCA-S P n.º 4255/10 (rel: José Correia), de 15/02/2011*, in *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 44, 2010.

DIAS, Artur Jorge Barroso, *Direito fundamental ao planeamento fiscal: Medidas de reação utilizadas pela Administração tributária no combate à evasão e fraude fiscal*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2013.

DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, 2018.

_____, *Are We Compatible? On Multilateral Tax Coordination*, in *Intertax*, Vol. 46, 2018.

_____, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Direta*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

_____, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead BEPS?*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 6/7, 2016.

ELLIFFE, Craig, *The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Blind Them All?*, in *World Tax Journal*, Volume 11, N.º 1, IBFD, 2019.

FEIO, Diogo, *Cláusula geral anti-abuso: antes e depois. Conceitos em construção*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 29, julho/setembro 2020, CEJUR.

FERNANDES, Filipe João Saraiva, *A decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, Braga, 2012. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

FERREIRA, Eduardo Paz, *Inspeção Tributária e Justiça Social*, in BARROSO, Nuno, FALCÃO, Pedro Marinho, *Desafios Tributários*, Porto, Vida Económica, 2015.

FURLAN, ANDERSON, *Planeamento Fiscal em Portugal*, in *Estudos em Memória do Prof. Dr. J. L. Saldanha Sanches*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

GOMES Marcus Livius, *The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument*, in *Intertax*, vol. 47, n.º 1, 2019.

GÓMEZ, Carlos Contreras, *Planificación Fiscal. Principios, metodología y aplicaciones*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016.

GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo A. Hernández, *Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)*, in *European Taxation*, vol. 59, n.º 9, 2019.

GUNAWAN, Chamelia, *Policy Considerations when Concluding a Tax Treaty in a Post-BEPS World*, in *Preventing Treaty Abuse*, Linde Verlag, Blum/Seiler (Eds.), 2016.

KEMMEREN, Eric, *Where is EU law in the OECD BEPS Discussion?*, in *EC Tax Review*, vol. 23, 2014.

KOLUNDZIJA, Slobodanka, *OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT*, in *Preventing Treaty Abuse*, Linde, BLUM/SEILER (Eds.), 2016.

KORIAK, Oleksandr, *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*, in *European Taxation*, Vol. 56, N.º 12, 2016.

KUZNIACKI, Blazej, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Implementation*, in *World Tax Journal*, vol. 10, n.º 2, 2018.

LANG, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, in *Tax Notes International*, 2014.

LEITÃO, Luís Menezes, *Evasão e Fraude Fiscal Internacional*, in *Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, Edições Almedina, 1999.

_____, *O controle e combate às práticas tributárias nocivas*, in *Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, 2007, pág. 87.

LOBO, Carlos, *“BEPS... A redefinição da política fiscal internacional global?”*, in *Fiscalidade(s) na vanguarda do pensamento, 2 anos, 104 reflexões*, Coleção E&Y, Coimbra, Edições Almedina, 2015.

MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira Da, *Curso de Direito Tributário*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

METZGER, Axel, *Abuse of law in EU Private Law*, in FERIA, Rita de La, VOGENAUER, Stefan, *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford, Hart Publishing, 2011.

MOLINA, Francisvo Javier, *DTCs and Double Non-Taxation*, in *Preventing Treaty Abuse, Preventing Treaty Abuse*, Linde Verlag, Blum/Seiler (Eds.), 2016.

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.^a edição, Coimbra, Edições Almedina, 2010.

_____, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 2004.

NAVARRO, Aitor, PARADA, Leopoldo, SCHWARZ, Paloma, *The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts*, in *EC Tax Review*, Vol. 25, N.º 3, 2016.

NAVARRO, Guilherme Neves De Paiva, *A Critical Analysis of the Principal Purpose Test Rule's Core Features and Its Practical Applicability*, in *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n.º 07, IBDT, Brasil, 2020.

NEGREIROS, Maria Fernanda Trigo De, *A evasão legítima e o abuso de direito no sistema jurídico português*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 151, 1971.

NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Abuso de Direito em Fiscalidade Directa – A Emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

NUNES, Gonçalo Avelãs, *A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em Sede Fiscal – Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária – à luz dos princípios constitucionais do Direito Fiscal*, *Revista Fiscalidade*, n.º 3, ISG, 2000.

OCDE, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, OECD Publishing, 1987.

_____, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, 1998. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

_____, *Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977*, OECD Publishing, 1997. Disponível em <http://doi.org/10.1787/9789264055919-en>.

_____, *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 1992*, OECD Publishing, 1992. Disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-1992-en.

_____, *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2003*, OECD Publishing, 2003. Disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en.

_____, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, 2017. Disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

OCDE/G20, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, OECD Publishing, 2013. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

_____, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

_____, *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

_____, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

_____, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

_____, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.

_____, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

_____, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

_____, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>.

_____, *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241343-en>.

_____, *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en>.

_____, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>.

_____, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>.

_____, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report*, Paris, OECD Publishing, 2015. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>.

_____, *OECD Secretary-General report to the G20 leaders, Brisbane, 2014*. Disponível em https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/OECD_secretary-generals_report_tax_matters.pdf

OLIVEIRA, António Fernandes De, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

PEREIRA, Manuel Henriques De Freitas, *Fiscalidade*, 6.^a edição, Edições Almedina, 2018.

PETKEVICA, Julija, *Tax Treaty Shopping – Perspectives from Latvia*, Doing Business in Europe Series, 2006.

PIANTAVIGNA PAOLO, *Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies*, World Tax Journal, 2017.

PINETZ, Erik, *Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse*, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, Lang/Pistone/Rust/Schuch/Staringer (Eds.), Linde, 2016.

PIRES, José Maria Fernandes, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, 2015, Edições Almedina.

PRATS, Francisco Alfredo Garcia, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, in *Essays in International and European Tax Law*, ed. G. Bizioli Jovene, Itália, 2010.

_____, Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e evasão fiscais, de 12 dezembro 2013, COM(2012)722 final, Bruxelas. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

_____, Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM(2016) 26 final, de 28 de janeiro de 2016, <https://eur-lex.europa.eu/>.

_____, Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, COM/2016/25 final - 2016/010 (CNS), de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

_____, Recomendação da Comissão sobre a aplicação de medidas contra o abuso de tratados fiscais, C(2016) 271 final, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em <https://ec.europa.eu/>.

_____, Recomendação da Comissão sobre planeamento fiscal agressivo, C(2012) 8806 final, de 6 de dezembro de 2012. Disponível em <https://ec.europa.eu/>.

REIMER, Ekkehart e RUST, Alexander, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.^a edição, Países Baixos, Kluwer Law International, 2015, in DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.^a edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, 2018.

RIBEIRO, João Sérgio, “*Treaty Abuse and BEPS*”, in *International Taxation: New Challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017.

_____, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2.ª edição, Edições Almedina, 2018.

ROCHA Joaquim Freitas Da, *Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito livre planificação fiscal*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Edições Almedina, 2012.

ROSENBLATT, Paulo e TRON, Manuel E., *General Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 103, International Fiscal Association, Seoul, 2018.

SANCHES, J. L. Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

_____, *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

SCHÖN, Wolfgang e BAKER, Philip, *Introduction to the Special Issue on the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan and European Union Law – The BEPS Action Plan in the light of EU Law*, in *British Tax Review*, volume 3, 2015.

SILVA Germano Marques Da, *Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*. Disponível em www.afp.pt.

SILVA, João Nuno Calvão Da, *Elisão fiscal e cláusula geral-anti abuso*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, 2006.

TARAMOUNTAS, Konstantinos, *The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application*, in *Intertax*, vol. 47, n.º 11, Países Baixos, Kluwer Law International, 2019.

TAVARES, Tomás Cantista, *Nova redação e novo contencioso da cláusula geral anti-abuso no direito fiscal: art. 38.º da LGT e art. 63.º do CPPT*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, julho/setembro 2020, CEJUR.

USDT, *Technical Explanation of the U. S. Model Tax Treaty of September 1996*. Disponível em <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/usmtech.pdf>.

VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Edições Almedina, 2015.

VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, *O Princípio da Proibição do Abuso no Sistema Comum do IVA (caso Halifax)*, Fiscalidade n.º 25, Edição do Instituto Superior de Gestão, janeiro – março 2006.

VILELA, Hélder, *A Proposta da Acção 6 do Plano BEPS da OCDE: Problemas de Compatibilidade com o Direito da União*, in *Estudos de Doutoramento & Mestrado*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

VOGEL, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 3.ª edição, 1997.

VOGENAUER, Stefan, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in VOGENAUER, Stefan, FERIA, Rita De La, *Prohibition of Abuse of Law, A New General Principle of EU Law?*, in *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, Hart Publishing, 2011.

WEEGHEL, Stef Van, *A Deconstruction of the Principal Purpose Test*, in *World Tax Journal*, Vol. 11, Issue 1, 2019.

_____, *The Improper Use of Tax Treaties – With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, in *Series on International Taxation*, Kluwer Law International, Haia, 1998.

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2009.

ZAHRA, Ian, *The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 3, n.º 11, 2019.

_____, *The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 2*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 12.

JURISPRUDÊNCIA

Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de dezembro de 1974, *Van Binsbergen*, Processo C-33/74. Acedido a 09-02-2020. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de julho de 1997, *Leur-Bloem*, Processo C-28/95. Acedido a 11-02-2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de março de 1999, *Centros*, Processo C-212/97. Acedido a 20-01-2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2000, *Emsland-Stärke*, Processo C-110/99. Acedido a 11-02-2020. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2006, *Halifax*, Processo C-255/02. Acedido a 10-02-2020. Disponível para consulta em <http://curia.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, Processo C-196/04. Acedido a 10-02-2020. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2007, *Thin Cap*, Processo C-524/04. Acedido a 11-02-2020. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2007, *Kofoed*, Processo C-321/05. Acedido a 02-01-2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2007, *Oy AA*, Processo C-231/05. Acedido a 12-02-2020. Disponível em <http://curia.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2008, *Part Service*, Processo C-425/06. Acedido a 02-01-2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de dezembro de 2010, *Weald Leasing*, Processo C-103/09. Acedido a 02-03-2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de novembro de 2011, *Foggia*, Processo C-126/10. Acedido a 20-03-2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2012, *SIAT*, Processo C-318/10. Acedido a 23-03-2020. Disponível em <http://curia.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de outubro de 2013, *Itelcar*, Processo C-282/12. Disponível em <http://curia.europa.eu/>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de fevereiro de 2019, *C Danmark*, Processos apensos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16. Acedido a 10-02-2021. Disponível em www.curiaeuropa.eu/.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de fevereiro de 2019, *T Danmark*, Processos apensos C-116/16 e C-117/16. Acedido a 10-02-2021. Disponível em www.curiaeuropa.eu/.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de julho de 2019, *Kuršu zeme*, Processo C-273/18. Acedido a 01-02-2021. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Nacional

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 18 de outubro de 2018. Processo n.º 00917/13.3BECBR, 2.ª secção. Acedido a 03.01.2020. Disponível em <http://dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14 de fevereiro de 2012, 2.º juízo, Processo n.º 05104/11, 2.º juízo. Acedido a 02-01-2020. Disponível em <http://dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 04255/10. Relator José Correia. Disponível em <http://dgsi.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 123/2012-T, de 09 de maio 2013. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 124/2012-T, de 6 de junho de 2013. Acedido a 28-12-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 138/2012-T, de 12 de julho de 2013. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 43/2013-T, de 26 novembro de 2013. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 196/2013-T, de 31 de julho de 2014. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 208/2014-T, de 22 de julho de 2014. Acedido a 20-12-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 234/2014-T, de 16 de setembro de 2014. Acedido a 20-12-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 305/2013-T, de 18 de setembro de 2014. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 264/2014-T, de 7 de outubro de 2014. Acedido a 11-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 70/2013-T, de 4 de novembro de 2014. Acedido a 20-12-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 299/2014-T, de 14 de novembro de 2014. Acedido a 15-12-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 320/2014-T, de 26 de novembro de 2014. Acedido a 15-12-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 420/2014-T, de 31 de dezembro de 2014. Acedido a 02-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 315/2014-T, de 11 de abril de 2015. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral processo n.º 162/2017-T, de 14 de novembro de 2017. Acedido a 15-10-2020. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 788/2019-T, de 17 de outubro de 2019. Acedido a 11-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral, Processo n.º 165/2019-T, de 18 de novembro de 2019. Acedido a 10-01-2021. Disponível em <http://www.caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 258/2020-T, de 23 de dezembro de 2020. Acedido a 11-01-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

Decisão Arbitral n.º 142/2020-T, de 28 de janeiro de 2021. Acedido a 10-02-2021. Disponível em <https://caad.org.pt/>.

LEGISLAÇÃO

Europeia

Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do IVA, que altera a Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros, respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro, e que alterou a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de países da EU diferentes. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, e que altera a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011 no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>

Nacional

Constituição da República Portuguesa, Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976. Disponível em <https://dre.pt/>.

Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, versão atualizada pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março. Acedido a 09-01-2020. Disponível em <http://pgdlisboa.pt/>.

Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro, versão mais recente introduzida pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março. Acedido a 09-01-2020. Disponível em <http://pgdlisboa.pt/>.

Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro. Revogado. Disponível em <http://dre.pt/>.