



Universidade do Porto

Faculdade de Direito

Vítor Hugo da Silva Fazendeiro

Paraísos Fiscais: Análise das Técnicas de Utilização e Medidas de Combate à Evasão
Fiscal à luz do Direito Fiscal Português

Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Económicas

Trabalho realizado sob a orientação de

Prof. Dra. Glória Teixeira

Data

31 de Julho de 2011

Abstracto

Os cidadãos têm, nos termos do art. 103.º da Constituição da República Portuguesa, um dever fundamental de pagar impostos, traduzido no dever de sustentar economicamente a comunidade em que se inserem. Isso não implica que os cidadãos não dispõem da liberdade para planear fiscalmente as suas actividades de modo a limitar o montante da sua dívida fiscal. O fenómeno da globalização, processo pelo qual ficou conhecido o movimento de integração global das economias mundiais, alterou o equilíbrio entre aquele dever e este direito ao facilitar a redução da tributação das empresas multinacionais envolvidas em práticas de elisão fiscal internacional. Trata-se de evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas através de actos ou conjunto de actos que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica menos favorável ou produzem a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica mais favorável. De facto, os paraísos fiscais, apresentando baixas ou nulas de tributação e associados à ausência de troca de informações e falta de transparência, oferecem fortes estímulos à poupança fiscal, pelo que, as empresas, visando a redução dos seus custos, incluindo os seus custos fiscais, envolvem-se em práticas de elisão fiscal internacional. Por conseguinte, as situações em que o imposto devido não é pago vêm aumentando, o que coloca, com cada vez maior acuidade, o problema da sustentabilidade do Estado Social. Para evadirem-se ao pagamento do imposto, as empresas utilizam um conjunto de técnicas pelas quais conseguem diminuir o montante de imposto a pagar. Ao longo da nossa exposição analisaremos quatro dessas técnicas – o uso dos preços de transferência, de sociedades-base, a subcapitalização e a prática do *treaty shopping*. O uso destas técnicas tem por objectivo ora a distribuição do rendimento entre territórios fiscais distintos, ora a acumulação do rendimento num território fiscalmente mais favorável, permitindo o diferimento da tributação, ora ainda a transferência do rendimento de um ordenamento para um outro que lhe conceda um tratamento fiscal mais favorável.

Naturalmente, os Estados visados por este tipo de planeamento fiscal agressivo não permanecem indiferentes, procurando prevenir-se através da consagração de medidas anti-abuso. O legislador português, atento à evolução dos trabalhos das organizações internacionais no desenvolvimento de medidas anti-abuso destinadas a combater o fenómeno da elisão fiscal, defende também a integridade do seu sistema fiscal.

O art. 38.º da Lei Geral Tributária consagra uma cláusula geral anti-abuso, segundo a qual serão desconsiderados os efeitos fiscais dos negócios principal ou essencialmente, por meios artificiosos e com abuso das formas jurídicas, dirigidos à obtenção de uma vantagem fiscal. Por outro lado, no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, encontramos um conjunto de normas anti-abuso específicas que visam combater aqueles comportamentos específicos potencialmente elisivos através da criação de presunções ilidíveis, inversões do ónus da prova ou desconsideração de certos custos.

Abstract

Under article 103 of the Portuguese Republic Constitution, all citizens ought to pay taxes in order to sustain the community they are part of. However, that does not imply that they aren't able to structure their business so as to limit their tax liability. The phenomenon of globalization, known as the movement of global integration of the world economies, altered the equilibrium between that duty and this right by facilitating the reduction of taxation of multinational companies undertaking tax evasion activities. Accordingly, multinational companies seek to avoid the applicability of a certain tax rule or a set of tax rules by aiming to preclude the birth of the chargeable event in a less favourable tax jurisdiction or transferring the rise of that event to another tax jurisdiction more favourable to the taxable person. In fact, tax havens known as no or low tax jurisdictions, as well as lacking exchange of information procedures and also lacking transparency provide incentives to companies that seek tax savings. Thus, companies seeking the reduction of their costs, including their tax costs, resort to low tax jurisdictions in order to escape the tax normally payable. Consequently, instances when payable taxable is not paid at all are increasing; as a result, tax revenues wane, threatening the sustainability of the Welfare State. In order to circumvent national tax legislation, companies use a set of techniques to reduce their taxable income. Throughout our report, we will analyze four of these techniques – transfer pricing, base companies, thin capitalisation and treaty shopping. The purpose of these techniques is to distribute the income between different tax territories, or accumulate the income in a more favourable tax

jurisdiction allowing the deferral of taxation, or yet to transfer the income from one jurisdiction to another so as the latter provides a more favourable tax treatment.

In the light of the preceding considerations, countries affected by this kind of aggressive tax planning are aware of its harmful effects and seek to defend its taxable base by drafting anti-avoidance measures. The Portuguese legislator, bolstered by the work of international organizations in the framing of anti-abuse measures destined to counter tax evasion, also safeguards the integrity of its tax system.

Article 38 of the General Tax Law establishes a general anti-avoidance rule, according to which the tax effects of those artificial arrangements mainly directed to obtaining a tax advantage will be disregarded. On the other hand, the Corporate Income Tax Code sets specific anti-avoidance provisions aiming to tackle potentially artificial arrangements by creating refutable presumptions, inverting the burden of proof or disregarding certain costs.

Prefácio

É tão incontornável que se torna quase um lugar-comum. Aos meus pais devo a oportunidade de ao longo de um ano me ter dedicado à realização de uma dissertação de mestrado, oportunidade que a vida nunca lhes proporcionou, mas que a mim me foi concedida e que espero apenas a ter devidamente aproveitado. Essa seria, sem dúvida, a maior das retribuições e a mais justa das homenagens.

Como não poderia deixar de ser queria também agradecer especialmente à Professora Dra. Glória Teixeira pela sua amabilidade, pela sua disponibilidade e pela sua orientação ao longo de todos estes meses, sendo certo que sem a sua preciosa contribuição todo este trabalho não teria sido possível. O mesmo agradecimento gostaria de estender ao Sr. Doutor João Paulo Guimarães, pelas suas críticas assertivas que muito contribuíram para o aperfeiçoamento do trabalho.

Índice

Introdução.....	10
Parte I – Enquadramento	
Introdução.....	14
1. Jusfundamentalismo e Deveres.....	15
2. O Dever Fundamental de Pagar Impostos.....	19
3. O Princípio da Liberdade de Gestão Fiscal.....	23
4. A Sustentabilidade do Estado Social em concorrência fiscal.....	26
5. O Conceito de Paraíso Fiscal.....	28
Parte II – Formas de Utilização de Paraísos Fiscais	
Considerações Preliminares – Os Custos de Utilização.....	32
1. Os Preços de Transferência.....	32
2. Sociedades de Base.....	37
3. O <i>Treaty-shopping</i>	40
4. Subcapitalização.....	43
Parte III – As medidas de combate à Evasão Fiscal	
1. A Cláusula Geral Anti-Abuso.....	52
1.1 A Interpretação das normas fiscais: as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e a fraude à lei.....	57
1.2 Os requisitos do art. 38.º, n.º 2 da LGT.....	66
1.3 O Abuso do Direito como Princípio Geral de Direito Comunitário na Jurisprudência do TJCE.....	71
2. As Cláusulas Anti-Abuso Específicas.....	75
2.1 O Artigo 63.º do CIRC: os preços de transferência.....	75
2.1.1 Os Métodos de Determinação dos Preços de Transferência.....	79
2.1.2 A Documentação e o Ónus da Prova.....	85
2.1.3 A Fiscalização da Administração Fiscal e o Ajustamento Primário, o Ajustamento Correlativo e o Ajustamento Secundário.....	89
2.1.4 O Princípio da Plena Concorrência na Jurisprudência do TJCE...	96

2.2 O Artigo 65.º do CIRC: os pagamentos a entidades não residentes sujeitas a regime fiscal privilegiado.....	102
2.3 O Artigo 66.º do CIRC: a imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (as <i>controlled foreign companies</i>).....	104
2.3.1. A <i>Ratio</i> da Legislação sobre <i>Controlled Foreign Companies</i>	104
2.3.2. Os Requisitos do art. 66.º do CIRC.....	105
2.3.3. A compatibilidade da Legislação sobre <i>Controlled Foreign Companies</i> com o Direito Comunitário na Jurisprudência do TJCE.....	114
2.4 O Artigo 67.º CIRC: a subcapitalização.....	118
2.4.1. Os Requisitos do art. 67.º do CIRC.....	119
2.4.2. A Compatibilidade das Normas de Subcapitalização com o Direito Comunitário na Jurisprudência do TJCE.....	123
2.5 A Reacção do Estado Português à Prática do <i>Treaty Shopping</i>	127
Referências Bibliográficas.....	135

Lista de Figuras e Tabelas

Figura I – A Utilização de Sociedades <i>Holding</i> – Distribuição de Dividendos.....	39
Figura II – O Uso Impróprio dos Tratados.....	42
Figura III – O Financiamento das Sociedades através de Capital Próprio e Capital Alheio.....	49
Figura IV – O Ajustamento Secundário nos Preços de Transferência.....	95

Lista de Abreviaturas

AStG	- Aussensteuergesetz
ATI	- Acordos para Troca de Informação em Matéria Fiscal
BMJ	- Boletim do Ministério da Justiça
BTR	- British Tax Review
BVerfG	- Bundesverfassungsgericht. Tribunal Constitucional Alemão
CDT	- Convenções para Evitar a Dupla Tributação
CIRC	- Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRS	- Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Singulares
CPA	- Código de Procedimento Administrativo
CPPT	- Código de Processo e Procedimento Tributário
CRP	- Constituição da República Portuguesa
CCTF	- Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal
CTF	- Ciência e Técnica Fiscal
IBFD	- International Bureau of Fiscal Documentation
LGT	- Lei Geral Tributária
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RDFHP	- Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica
RFPDF	- Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal
RGIT	- Regime Geral das Infracções Tributárias
ROA	- Revista da Ordem dos Advogados
STA	- Supremo Tribunal Administrativo
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
TC	- Tribunal Constitucional
TCE	- Tratado das Comunidades Europeias
TJCE	- Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Introdução

O art. 103.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra um dever fundamental de pagar impostos. Porque toda a comunidade humana, nomeadamente aquela organizada em torno dos ideais do Estado Social de Direito, se ancora inevitavelmente num conjunto de deveres, o art. 103.º da CRP consagra o dever fundamental de pagar impostos, segundo o qual o imposto constitui o contributo económico indispensável de todos os cidadãos para a manutenção daquela mesma comunidade organizada. Trata-se do reconhecimento da outra face dos direitos – que eles implicam custos e que para a sua realização, é necessário que se cumpram determinados deveres.

Certamente que o dever fundamental de pagar impostos não implica que não reconheçamos a existência de um princípio de liberdade de gestão fiscal, traduzido no direito do contribuinte escolher a estrutura da sua actividade de forma a limitar a sua dívida fiscal. Nem o poderia ser de outro modo: de facto, a lei fiscal não pode criar um qualquer obstáculo à autonomia privada dos indivíduos, impedindo-os de buscar a prossecução dos seus fins. No âmbito de uma economia de mercado, a actividade económica deve ser, sobretudo, empreendida pelos indivíduos: logo, no respeito pela iniciativa privada, as limitações à liberdade devem ser tão reduzidas quanto possível. Os contribuintes, no entanto, aproveitam-se de um modo cada vez mais agressivo do princípio da liberdade de gestão fiscal, procedendo não ao seu legítimo planeamento fiscal, mas resvalando para situações de evasão fiscal.

Se por um lado, os Estados cujo modelo de desenvolvimento se inspira em torno do Estado Social de Direito cujo recorte, por contraponto ao Estado Liberal, obriga a uma expansão e intensificação das fronteiras de tributação para fazer face às alargadas necessidades de financiamento que lhe são impostas pelo cumprimento das funções que lhe são atribuídas, outros há que, conscientes da sua importância marginal no seio da economia mundial, afrouxam os níveis de tributação, colocando-se deliberadamente como jurisdições de baixa ou nula fiscalidade.

Enquanto as economias permaneceram essencialmente fechadas, os efeitos da evasão fiscal sobre os sistemas fiscais nacionais eram limitados. Todavia, a globalização alterou o relacionamento entre os sistemas fiscais através da eliminação

das barreiras que obstavam ao comércio internacional. O impacto foi particularmente sentido nas actividades ditas móveis que adquiriram uma nova capacidade de deslocalização. Uma vez que as empresas multinacionais são constituídas por uma sociedade-mãe e diversas filiais distribuídas por diferentes Estados o processo produtivo é repartido, abrindo novas perspectivas de planeamento fiscal às empresas pela exploração das debilidades da interacção de dois ou mais sistemas fiscais. Neste sentido, o elemento fiscal ganhou uma nova importância: na verdade, os custos fiscais estão entre os principais encargos das empresas. A apertada concorrência internacional obriga a que as empresas procurem reduzir os seus custos, incluindo os seus custos fiscais, e maximizar os seus lucros. Em suma – os efeitos da evasão fiscal foram profundamente alterados pela globalização: de um problema inicialmente circunscrito, ela tornou-se um problema emergente global.

Os paraísos fiscais caracterizados pelo seu regime fiscal favorável em sede de impostos sobre o rendimento, aliado à ausência de uma troca efectiva de informações e de transparência, constituem então na nova ordem económica mundial um instrumento fundamental através do qual as empresas multinacionais procuram reduzir os seus encargos fiscais, furtando-se ao pagamento de impostos em jurisdições de elevada fiscalidade, mobilizando-os, antes, para territórios fiscalmente mais favoráveis.

Os efeitos junto dos países de elevada fiscalidade, aqueles associados ao Estado Social de Direito, não tardaram a ser sentidos – uma progressiva deslocalização dos rendimentos das empresas e do rendimento do capital que, atenta a sua natureza móvel, se transferiram para os paraísos fiscais onde poderiam usufruir de consideráveis poupanças fiscais. Numa primeira fase, reagindo contra a deslocalização dos rendimentos das suas jurisdições para outras fiscalmente mais favoráveis, os Estados afectados diminuíram as suas taxas de imposto, alargando, contudo, as suas bases tributáveis de maneira a preservar a integridade fiscal dos seus sistemas, buscando um saudável equilíbrio entre a defesa do seu sistema fiscal e a manutenção de um clima económico atractivo para o investimento.

O que vimos assistindo, porém, é a uma verdadeira concorrência fiscal entre os Estados, traduzida pela expressão anglo-saxónica “*race to the bottom*” que pretende caracterizar a descida abrupta nas taxas nominais de imposto que se vem verificando. Se, num primeiro momento, essa concorrência foi vista por alguns como benéfica, não demorou a que ela fosse, mais tarde, rotulada de prejudicial face à perturbação que se

estabelece nos poderes tributários de cada Estado: com efeito, não pode ser tida como benéfica a acção concorrente de um Estado que pretenda abusivamente atrair rendimentos para o seu território que pertençam à soberania fiscal do outro Estado, estimulando a evasão fiscal. As empresas acossadas por uma concorrência internacional cada vez mais agressiva aproveitaram as possibilidades concedidas pela globalização e a disponibilização de determinadas jurisdições como territórios de baixa ou nula fiscalidade, reduzindo progressivamente as taxas de imposto a pagar. Por conseguinte, as situações de evasão fiscal estão a aumentar.

Logicamente, os Estados não permanecem indiferentes à erosão da sua base tributável, assistindo passivamente a que outros Estados possibilitem aos seus cidadãos vias pelas quais possam escapar à alçada fiscal da sua legislação fiscal. O que significa que os Estados procuram acautelar-se contra aquelas acções que visam a evasão fiscal. Uma das possibilidades de reagir a esta prática é a consagração de instrumentos gerais como a cláusula geral-anti-abuso cujo objectivo é combater aqueles esquemas puramente artificiais que, embora não afrontando directamente a letra da lei, se destinam a frustrar a intenção nela contida. Outra hipótese consiste no estabelecimento de regras que visam combater comportamentos específicos de evasão fiscal, situações que pelo especial risco que envolvem, o legislador classifica como potencialmente suspeitas e, portanto, elisivas. Também o legislador português não permanece indiferente aos efeitos nocivos da evasão fiscal. Socorrendo-se dos trabalhos das organizações internacionais, e em particular da OCDE na matéria, o ordenamento jurídico-tributário português consagra um conjunto de medidas destinadas a combater a evasão fiscal. De facto, no art. 38.º da Lei Geral Tributária (LGT) consagra uma cláusula geral anti-abusiva e em diversas disposições do Código sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC) firma diversas normas anti-abuso específicas, destinadas a combater particulares comportamentos potencialmente elisivos.

É, pois, neste contexto, que se insere o tema que iremos tratar – Os Paraísos Fiscais: Análise das Técnicas de Utilização e Medidas de Combate à Evasão Fiscal à luz do Direito Fiscal Português. Trata-se, pois, de enquadrar o papel dos paraísos fiscais na presente conjuntura, identificar as repercussões da sua utilização crescente sobre o Estado Social, definir as técnicas pelas quais o contribuinte pratica a evasão fiscal e averiguar da capacidade de resposta do sistema fiscal português em combater

adequadamente essas práticas, tendo sempre presente a lição da jurisprudência comunitária. São estas as questões que marcam o nosso estudo.

Parte I

Enquadramento

“Quem poderá ousar chamar-se filósofo sem nunca ter ministrado preceitos alguns sobre os deveres?”
Cícero, *De Officiis*

“Na verdade, não deve o interesse particular ser menosprezado e banido, mas sim conservado em concordância com o interesse geral para que, assim, um e outro sejam assegurados. O indivíduo que pelos deveres está subordinado, no cumprimento deles como cidadão obtém a protecção da sua pessoa e da sua propriedade, o respeito pelo seu bem particular e a satisfação da sua essência substancial, a consciência e o orgulho de ser membro de um todo. No cumprimento do dever com a forma de prestação de serviço para o Estado, assegura também a sua conservação e subsistência”.

Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*

Introdução

Ao raiar do século, o Estado Social de Direito cuja fundação remonta ao período do pós-guerra e que se solidificou ao longo do século XX parece ameaçado por uma crise de sustentabilidade. E uma crise de sustentabilidade que advém, precisamente, do Estado Fiscal como suporte económico do Estado Social. O Estado Fiscal que serve de base à concretização do Estado Social expande e intensifica a tributação de modo a obter as receitas necessárias ao financiamento das despesas que, tendo em conta o alargamento das funções do Estado bem para além daquilo que era advogado nos tempos do Estado Liberal, são necessariamente mais vastas.

Ora, os Paraísos Fiscais caracterizando-se por jurisdições fiscais que optam por uma tributação nula ou reduzida sobre os rendimentos passaram a constituir um instrumento fundamental do planeamento fiscal internacional através do qual os

contribuintes reduzem o montante de imposto a pagar nos seus países de residência, caracterizados pela sua alta tributação, colocando em causa, através de uma concorrência fiscal prejudicial, a sustentabilidade dos sistemas fiscais do Estado Social.

Um conflito que tem verdadeira origem na tensão que se estabelece entre o dever fundamental de pagar impostos, traduzido no contributo indispensável de cada cidadão para a manutenção de uma comunidade organizada, e o princípio da liberdade de gestão fiscal, que consiste no reconhecimento de que os indivíduos podem proceder ao planeamento fiscal da sua vida, operando dentro do quadro jurídico existente (*tax planning*) ou, até mesmo, guiando-se por critérios de evitação do imposto (*tax avoidance*). Ou, se quisermos, um conflito que tem origem nos valores que subjazem a cada um destes eixos: a igualdade fiscal e a justiça no que respeita ao dever fundamental de pagar impostos, a segurança jurídica e o princípio da legalidade quanto ao princípio da liberdade de gestão fiscal.

Aqui divergimos da opinião sustentada pelo Professor CASALTA NABAIS¹, que encontra no esquecimento do tema dos deveres, em particular na Constituição da República Portuguesa, a primeira manifestação deste problema da sustentabilidade do Estado Social, apelidando mesmo a valorização pela Constituição dos direitos fundamentais de um verdadeiro estado de «jufundamentalismo»². E é por esta questão que iniciaremos a nossa exposição.

1. Jusfundamentalismo e Deveres

A história do constitucionalismo moderno é a história da aquisição de direitos fundamentais: são duas realidades indissociáveis³; é a história do triunfo das

¹ NABAIS, CASALTA, *Estudos de Direito Fiscal*, 2005, Coimbra, p. 10 e segs.

² NABAIS, CASALTA, *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, 2007, Coimbra, p. 88.

³ V. SCHMITT, CARL, [trad. De Francisco Ayala] *Teoría de la Constitución*, 3.^a ed., 1996, Madrid, p. 167 e segs.; MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 7.^a ed., 2003, Coimbra, p. 76 e 77; ANDRADE, VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., 2001, Coimbra, p. 49 e segs.; , CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., 2003, Coimbra, p. 377 e segs.; SÁNCHEZ, JOSÉ ACOSTA, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, 1998, Madrid, p. 177 e 178; CERRI, AUGUSTO, *Corso di Giustizia Costituzionale, Quarta Edizione*, 2004, Milão, p. 42 e segs.; GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 2005, Coimbra, p. 1007 e segs.; CUNHA, PAULO FERREIRA DA, *Teoria da Constituição*, II, 2000, Lisboa, p. 262 e segs.; ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *A Estruturação do Sistema de Direitos Liberdades e Garantias*, Vol. I, 2006, Coimbra, p. 315 e segs.; CENZANO, JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ, *El Orden Público como Limite al Ejercicio de los Derechos*

Revoluções Liberais do século XVIII; é a história do triunfo da institucionalização do Estado Constitucional, Representativo e de Direito sobre o Estado Absoluto. No seu gérmen – a luta pela conquista de direitos fundamentais universais a todos os homens e a abolição de um direito de castas e privilégios.

É, pois, por este motivo, que se diz – a história do constitucionalismo é a história da aquisição de direitos fundamentais. Pois o Estado Constitucional é aquele assente numa Constituição: e a Constituição visa o estabelecimento da relação do Estado com os cidadãos e a limitação do seu poder: e da relação do Estado com os cidadãos resulta a atribuição a estes de direitos fundamentais pela simples decorrência de serem homens. É esta a concepção jusracionalista: o Estado apenas se limita a declarar os direitos fundamentais e não a criá-los, uma vez que estes são a decorrência da natureza humana. Um sistema cujo âmago se encontra bem nítido e visível nas declarações de direitos setecentistas⁴.

O movimento constitucional é, por isso, o claro espelhar do desenrolar da sua história – a conquista de direitos depois do absolutismo, do arbítrio e da opressão: a Constituição almejava ser uma garantia: uma garantia da liberdade e dos direitos do homem diante do poder.

Querer extrair da história outra coisa que não estes factos seria trair a lição que ela nos pretende ensinar. Mas representará isto – a conquista de direitos fundamentais – um completo esquecimento e desprezo do movimento constitucionalista, sobretudo o das Constituições identificadas com o Estado Social de Direito, pela matéria dos deveres? Decerto não será assim: na verdade, a atribuição de posições jurídicas activas de vantagem aos cidadãos em relação ao Estado seria uma concepção insuficiente e estreita, uma vez que os cidadãos são também titulares e detentores de situações jurídicas passivas. E esta não é, aliás, uma ideia ausente e omissa das próprias declarações de direitos setecentistas⁵.

y *Libertades*, 2002, Madrid, p. 35 e segs; CALLEJÓN, FRANCISCO BALAGUER [coord.], *Derecho Constitucional*, Volumen II, 1999, Madrid, p. 29 e segs.

⁴ A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia estabelece logo no seu artigo 1.º que “todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o direito à vida e à liberdade, tal como os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar obter a felicidade e a segurança”. Ou como estabelece o preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, trata-se de positivar numa letra firme e concreta “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” – sem esta positivação os direitos do homem não são mais do que aspirações idealistas permanecendo, eternamente, um mero arbítrio do poder.

⁵ Com efeito, logo na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, no seu artigo 15.º se faz menção que “no free government, or the blessings of liberty, can be preserved to any people but by a firm

Para que a sociedade ou o Estado existam têm de haver deveres pois o homem não existe isoladamente nem tão-pouco a sua liberdade é absoluta. Tal como a concepção jusracionalista dos direitos fundamentais, poderíamos partir de um postulado semelhante para o estabelecimento de deveres: da condição de homem devem decorrer deveres que expressem as relações dos homens entre si. De outro modo, como seria possível a vida em comunidade? Assim se afirma a indispensabilidade da afirmação de deveres fundamentais do homem «que decorrem da aceitação de todos os homens, pelo facto de o serem, de um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem»⁶.

Não devemos, portanto, deslocar o constitucionalismo da sua esfera natural de movimento; porém, por outro lado, não devemos ser estreitos na nossa análise, recusando a existência de deveres. Para explicar devidamente a ausência de um elenco de deveres paralelo ao elenco de direitos nas Constituições do Estado Social de Direito devemos, uma vez mais, recuar no tempo e recorrer à lição da história. E assim retrocedemos ao tempo do ideário nacional-socialista e comunista e às suas concepções quanto aos direitos fundamentais. No sistema constitucional nacional-socialista, o homem surge privado de direitos fundamentais, não existindo senão dentro da comunidade e como seu membro. Da mesma forma, na concepção comunista, os direitos fundamentais aparecem subordinados aos deveres fundamentais: os direitos dos cidadãos são simultaneamente deveres que devem ser activamente exercidos politicamente, socialmente e culturalmente para que a sociedade socialista progrida⁷. Este entendimento dos direitos e dos deveres fundamentais teve consequências nefastas pois conduziu à valorização numa posição mais elevada dos deveres em relação aos direitos, tornando-os subordinados ao Poder. Em ambas as concepções, a excessiva valorização dos deveres sobre os direitos conduziu ao aniquilamento e esmagamento dos direitos e das liberdades dos cidadãos⁸. Daqui resultam claramente os riscos perniciosos da excessiva valorização

adherence to justice, moderation, temperance, frugality, and virtue and by frequent recurrence to fundamental principles”. Ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão onde se estabelece no art. 13.º: “*Pour l’entretien de la force publique, et pour les dépenses d’administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés*”.

⁶ Como bem o afirma ANDRADE, VIEIRA DE, *Os Direitos...*, cit., p. 163.

⁷ Cfr. DAVID, RENÉ, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, 2002, São Paulo, p. 238 e segs.

⁸ Como o próprio NABAIS, CASALTA, *Estudos...*, cit., p. 12, bem reconhece.

dos deveres em relação aos direitos. O homem é, certamente, titular de deveres – mas nunca esses deveres devem ser colocados num patamar superior ao dos direitos. É essa a missão da Constituição: proteger a esfera dos cidadãos dos arbítrios e abusos do Poder, limitando-o.

O que sucede após este período e ainda com as atrocidades cometidas pelo nacional-socialismo bem presentes, demonstra que a lição foi bem apreendida: é o período da revitalização do conceito de direitos fundamentais. É a fase do Estado Social de Direito que não obstante encontrar as suas raízes na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de *Weimar* de 1919, verdadeiramente, se solidifica no período do pós-guerra com a Constituição italiana de 1947, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976 ou a espanhola de 1978. O que se pretende é tornar efectiva a tutela dos direitos fundamentais, reforçar os mecanismos de garantia da Constituição: mais do que direitos dos cidadãos, os direitos fundamentais tornam-se a base da legitimidade do poder e da validade do Direito, haurindo-se do princípio da soberania popular todos os seus corolários.

Mas, e regressando ao nosso ponto de partida, significarão estas considerações um esquecimento dos deveres e, por consequência, um estado de jusfundamentalismo? Fixando o nosso olhar sobre a Constituição Portuguesa é verdade que na epígrafe à Parte I, apesar da inscrição “direitos e deveres fundamentais”, não existe uma enumeração de deveres paralela ao elenco de direitos. Mas isso justifica-se pelo contexto histórico em que as Constituições associadas ao Estado Social de Direito – na quais se inclui a portuguesa - são elaboradas e não porque haja um total esquecimento e desconsideração pelos deveres.

Com efeito, aquando do tratamento de determinadas matérias, a CRP apresenta ainda um elenco relevante em termos de deveres⁹. Entre eles, estabelece o artigo 103.º da CRP um dever fundamental de grande relevância: o dever fundamental de pagar impostos.

⁹ A título meramente exemplificativo, note-se que na parte I podem ser encontrados, entre outros, os deveres dos cônjuges (art. 36.º, n.º 3), o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (art. 35.º, n.º 5 e 6), o dever cívico de sufrágio (art. 49.º, n.º 2), o dever de defender e promover a saúde (art. 64.º, n.º 1) ou o dever de defender de ambiente (art. 66.º, n.º1). Na parte II, há o dever de pagamento de impostos (art. 103º). Na parte III, o dever de recenseamento eleitoral (art. 113.º, n.º 2), o dever de obediência a funcionários e agentes (art. 271.º, n.º 2 e 3), o dever de defesa da pátria (art. 276.º, n.º 1) ou o dever de serviço militar ou cívico (art. 276.º, n.º 2, 3, 4 e 5).

2. O Dever Fundamental de Pagar Impostos

Efectivamente, com a Constituição de Weimar começa a erguer-se o Estado Social de Direito. Foi, no entanto, depois da Segunda Guerra Mundial que, aliada à revitalização do conceito de direitos fundamentais e ao aparecimento dos modernos direitos económicos, sociais e culturais, que se solidificou o Estado Social de Direito. Um Estado que, como vimos, não se funda apenas no reconhecimento de direitos, mas também de deveres.

Na verdade, toda a sociedade necessita de um mínimo de organização. E toda a comunidade humana, nomeadamente a moderna comunidade humana organizada em torno dos corolários do Estado Social de Direito, se firma, inevitavelmente, num conjunto de deveres fundamentais que constituem os alicerces indispensáveis para a manutenção dessa mesma comunidade organizada, formando como que uma espécie de direito social da comunidade humana; e o sistema fiscal é também chamado a desempenhar o seu papel na consagração do Estado Social de modelo europeu.

Em boa verdade se diga que os direitos não podem ser realizáveis num Estado falido – pois todos os direitos implicam custos. Além do mais, foi na forma de organização humana que hoje conhecemos - o Estado Social - que os ideais de cooperação, solidariedade e responsabilidade foram reforçados: e no estado fiscal correspondente ao Estado Social, a solidariedade social é um objectivo a prosseguir pelo Estado através do sistema fiscal.

Todavia – e tendo presente o que dissemos acerca dos perigos de uma sobrevalorização dos deveres -, o estabelecimento de deveres nada mais visa do que instituir a base sobre a qual irá assentar o exercício de uma cidadania de liberdade e de direitos. Daqui retiram os deveres a sua legitimidade: eles existem para que os cidadãos possam exercer plenamente a sua liberdade. Contudo, e ao realçarmos o papel dos deveres, o que pretendemos salientar e deixar bem claro é que, realisticamente, esta cidadania de liberdade e de direitos que o Estado Social de Direito visa proporcionar não pode ser alcançada na sua plenitude sem o respeito pelos deveres, uma vez que essa cidadania implica custos: e, por isso, dizemos que

para que haja uma realística cidadania de liberdade e de direitos é necessário o cumprimento de deveres: trata-se de uma condição *sine qua non*¹⁰.

É, pois, neste sentido, que estabelece o artigo 103.º, n.º 1 da CRP que “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Porque todos os direitos implicam custos, prescreve o artigo 103.º, n.º1 da CRP o dever fundamental de pagar impostos.

O imposto constitui, assim, o contributo económico indispensável de todos os cidadãos para a manutenção de uma comunidade organizada, tendo por fim o exercício de uma cidadania de liberdade e de direitos, mas que não pode, de forma alguma, dispensar o cumprimento de certos deveres fundamentais como base e suporte dessa mesma comunidade. Terá sido, seguramente, seguindo esta linha de raciocínio que surgiu o velho brocardo de que a reivindicação de direitos se funda na necessidade do cumprimento de deveres¹¹.

De sorte que esta relação que se estabelece entre o Estado e o cidadão não pode ser materialmente encarada como uma qualquer relação jurídica, em que o Estado fruto da sua posição jurídica activa e munido do seu *jus imperii*, avocando-se deste poder, exige do cidadão o cumprimento da prestação. Do mesmo modo, o cidadão, onerado

¹⁰ Poderia, neste ponto, seguir um raciocínio semelhante ao de Kelsen para conciliar as ideias aparentemente opostas de liberdade e o respeito pela norma de direito. Diz, pois, Kelsen: “*In the demand for freedom, nature itself rebels against society. The burden of an alien will that imposes a social order seems repressive, and even more so the more immediately the human being’s primary feeling of his own is expressed in a rejection of the greater value of others and the more fundamentally the person forced into obedience perceives that the one giving orders is a person like himself*”. O mesmo, analogicamente, poderia ser dito do caso que tratamos: - com efeito, para que haja uma cidadania de liberdade e de direitos parece contrária a ideia de obrigatoriedade do cumprimento de deveres. Mas acrescenta Kelsen: “*From the assumption that we are – ideally – equal, we can derive the claim that one ought not rule over the other. But experience teaches that if we wish to remain equal in reality, we must let ourselves be ruled*”. Poderia então, consequentemente, argumentar que a experiência nos demonstra que, realisticamente, para que haja uma cidadania de liberdade e de direitos, é necessário o estabelecimento e respectivo cumprimento dos deveres. Por fim, diz ainda Kelsen – “*For society or even the state to exist, a binding order governing mutual behavior among people must be in force. There must be rule. But if we must be ruled, we want to be ruled by ourselves. Social or political freedom is detached from natural freedom. A politically free person is one who is subject only to his own, not to an alien will*”. Poderia concluir dizendo que, efectivamente, os deveres são indispensáveis à manutenção da vida em comunidade. Mas para que haja deveres, a legitimidade do seu estabelecimento deve ser extraída precisamente daquilo que é o objectivo da sua institucionalização: porque eles visam proporcionar uma cidadania de liberdade e de direitos. Sobre esta questão v. KELSEN, HANS, On the Essence and Value of Democracy, in *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, 2000, Berkeley, p. 84 e segs.

¹¹ Veja-se, por exemplo, o que diz HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH [trad. de Orlando Vitorino] *Princípios da Filosofia do Direito*, 4ª Edição, 1990, Lisboa, p. 159: “Nesta identidade da vontade universal e da particular, coincidem o dever e o direito e, no plano moral objectivo, tem o homem deveres na medida em que tem direitos e direitos na medida em que tem deveres”.

na sua posição jurídica passiva, não pode tomar esta relação como uma mera relação de sujeição ao poder coactivo do Estado através da lei. A relação jurídica estabelecida pelo dever fundamental de pagar impostos é, antes, o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em Estado. Daí que, nestes termos, os deveres fundamentais, assumindo-se como deveres do cidadão perante um Estado que exerce o poder para a realização de fins comuns, não obstante se fundarem em posições jurídicas passivas apresentam uma clara refracção nas suas posições jurídicas activas uma vez que o cumprimento de deveres, designadamente o dever de suportar economicamente a vida em comunidade, irá permitir o usufruto dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados, mas que implicam custos e que não seriam fruíveis sem o cumprimento de deveres¹².

Na verdade, nos modernos sistemas fiscais, as mais relevantes receitas públicas são os impostos¹³. Impostos esses que não constituem um fim, mas antes um meio através do qual o Estado executa as tarefas que são da sua competência e que, como sabemos, são mais vastas e alargadas no Estado Social quando comparadas com o Estado Liberal. Com efeito, e por imperativo constitucional, existem determinadas tarefas estaduais cujo financiamento não pode senão ser assegurado por toda a comunidade através dos impostos.

Tomemos como exemplo de tudo quanto vimos dizendo o art. 64.º da CRP. O art. 64.º da CRP consagra um direito à protecção da saúde (art. 64.º, n.º 1) cuja estrutura implica, por parte do Estado, a execução de determinadas tarefas destinadas à

¹² Neste ponto tem razão NABAIS, CASALTA, *Estudos...*, cit., p. 21 ao afirmar que todos os direitos têm custos públicos – não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos, liberdades e garantias em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Não obstante, creio ser útil, ainda assim, introduzir aqui uma distinção que emana, de resto, do próprio direito constitucional e que pode, com mérito, aqui ser convocada: entre normas preceptivas e normas programáticas. As normas preceptivas, associadas ao direitos, liberdades e garantias e ao Estado Liberal dizem respeito à natureza do Estado que lhes está subjacente. Por seu lado, as normas programáticas, associadas aos direitos económicos, sociais e culturais e características do Estado Social, implicam, para uma maior protecção e efectivação, a criação de condições económicas e sociais e, por isso, estão sujeitos à chamada cláusula do possível, o que os coloca num plano de maior dependência da capacidade económica do Estado e, portanto, dos impostos que constituem a sua principal fonte de receita. No entanto, e como bem sublinha CANOTILHO, J. J. GOMES, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, Coimbra, p. 51, “é certo que os direitos sociais comportam dificuldades em função da falta de capacidade jurídica para obter a sua efectivação prática; todavia, não os podemos considerar como um simples «aleluia jurídico» pelo que é necessário que os levemos a sério”.

¹³ Assim o dizem unanimemente os Manuais de Finanças Públicas. Cfr., entre outros, DAFFLON, BERNARD e LUC WEBER, *Le Financement du Secteur Public: Analyse Microéconomique*, 1984, Paris, p. 26, SOUSA, DOMINGOS PEREIRA DE, *Finanças Públicas*, 1996, Lisboa, p. 47; FRANCO, ANTÓNIO L. DE SOUSA *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. II, 4ª ed., 1995, Coimbra, p. 486; RIBEIRO, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA, *Lições de Finanças Públicas*, 5ª ed., 1997, Coimbra, p. 35, p. 258.

realização deste direito. Porventura, a tarefa de maior relevância do Estado para a efectivação deste direito consiste na criação de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) [art. 64.º, n.º2, al. a)]. Entre as características do SNS vertidas na Constituição, para além da universalidade e da generalidade, encontra-se a gratuitidade do serviço, ainda que tendencial. Gratuitidade esta que deverá implicar uma socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos [art. 64.º, n.º 3, al. c)], o que, certamente, implicará a difusão dos custos pela comunidade e, portanto, o seu financiamento através dos impostos – isto apesar da existência de taxas moderadoras cuja importância para a sustentabilidade do sistema é, porém, bem mais residual¹⁴. Assim se afere a importância do cumprimento de deveres fundamentais e, concretamente, o dever de suporte económico da vida em comunidade através do pagamento de impostos para a fruição de direitos fundamentais.

Creio ser esta a fórmula mais consentânea com os postulados do Estado Fiscal do Estado Social de Direito profundamente diverso da concepção inspiradora do Estado Liberal. Neste, o Estado Fiscal caracterizava-se por preocupações na ordem da neutralidade económica e social, assente numa tributação limitada destinada a satisfazer estritamente as despesas relativas ao funcionamento do Estado cujas tarefas deveriam circunscrever-se ao mínimo possível, traduzidas na célebre máxima «*laissez faire, laissez passer*». O Estado Fiscal do Estado Social, por seu lado, assenta numa base oposta: uma das consequências da evolução da concepção das funções do Estado foi, como referimos, a necessidade de uma tributação mais alargada, acompanhando a esfera de alargamento das necessidades financeiras. Mas não só: por outro lado, para além do fim estritamente fiscal, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social aceitou-se a ideia de que o sistema fiscal pudesse ser colocado ao serviço das novas tarefas de conformação económica e social. Assim, ao contrário do Estado Liberal, o Estado Social move-se por questões económicas e sociais: ele é, aliás, económica e socialmente conformador, adicionando-se, deste modo, um novo fim ao sistema fiscal: o fim extrafiscal do imposto, pelo qual este se assume como um instrumento de intervenção e de concretização do Estado Social.

Mas se a satisfação das necessidades financeiras do Estado e a intervenção social e económica constituem os fins do sistema fiscal, a repartição justa dos rendimentos e

¹⁴ Sobre a gratuitidade do SNS v. o Acórdão n.º 39/84 do TC.

da riqueza (art. 103.º, n.º1, 2.ª parte da CRP) é o seu objectivo social¹⁵. Ou, por outras palavras, o sistema fiscal está vinculado à ideia de justiça social - como se afere pela exigência da progressividade do imposto sobre o rendimento (art. 104.º, n.º 1 CRP) -, o que não pode deixar de ter consequências importantes na forma como o concebemos. Desde logo, os valores constitucionais não se esgotam no plano formal e não se restringem ao princípio da legalidade e da segurança jurídica: como observamos, a institucionalização do Estado Social e o seu recorte constitucional colocam em evidência princípios de ordem material como a igualdade fiscal, a capacidade contributiva e a justiça social que não podem ser sacrificados e permanecer reféns de um formalismo cego. Antes, os modernos sistemas fiscais, no intuito de combater o problema da evasão fiscal, colocam cada vez mais em evidência estes valores de forma a alcançar um justo equilíbrio na ponderação dos valores da segurança e da justiça e na adequação dos meios para evitar este fenómeno¹⁶.

3. O Princípio da Liberdade de Gestão Fiscal

«Num sistema de liberdade, o princípio da autonomia privada tem de estar consagrado» (¹⁷). Decerto esta autonomia está sujeita à conciliação com outras finalidades colectivas – designadamente a finalidade fiscal e extrafiscal do imposto a que aludimos; no entanto, o sistema fiscal do Estado Social implica, antes de mais, o reconhecimento da livre disponibilidade económica dos indivíduos¹⁸.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 1088 e 1089.

¹⁶ A evolução do direito penal fiscal reflecte bem a importância dos valores materiais do direito fiscal e a importância social que assume este dever fundamental. Como nota MARTÍNEZ, PEDRO SOARES, *Manual de Direito Fiscal*, 1983, Coimbra, p. 315, “a violação de certas normas tributárias ofende, muito frequentemente, o «*suum cuique tribuere*», que constitui um princípio jurídico e ético de carácter fundamental”. Por este motivo, arguir que os crimes tributários carecem de valores ético-sociais não colhe. Como afirma, NABAIS, CASALTA, *Direito Fiscal*, 4ª ed., 2006, Coimbra, p. 450 e segs., o fundamento da criminalização das infracções tributárias deve partir “da ideia de que a actual organização comunitária assente no Estado fiscal, mais especificamente na forma qualificada do Estado fiscal que é o Estado fiscal social, parece-nos que a fundamentação ética do ilícito tributário deve ser procurada sobretudo neste dever de cidadania que suporta este tipo de Estado ou, o que é a mesma coisa, na ideia de cidadania fiscal” que exige que cidadãos ao nível financeiro sejam destinatários do dever fundamental de suportar financeiramente o Estado.

¹⁷ Assim o diz ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II, 2ª ed., 2003, Coimbra, p. 77 e 78. Realçando, por outro lado, a função social do princípio da autonomia privada cf. CÁNOVAS, ESPÍN, *Los Límites de la Autonomia de la Voluntad Privada*, 1957, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XI, Lisboa.

¹⁸ Denominação de NABAIS, CASALTA, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 1998, Coimbra, p. 204. BENTLEY, DUNCAN, *Taxpayers' Rights: Theory, Origin and Implementation*, 2007, The Hague, p.30, diz que o direito do Estado de exigir o pagamento de imposto funda-se no reconhecimento do

Segundo este princípio, deve ser conferida «com a maior amplitude possível, a livre decisão do indivíduo em todos os domínios da vida, e que a limitação dessa liberdade de decisão apenas seja admitida quando, do seu exercício sem entraves, resultem danos para a colectividade, ou quando o estado tenha de tomar precauções para que se possa conservar e manter essa mesma liberdade de decisão»¹⁹. O princípio da livre disponibilidade económica dos indivíduos exige que no âmbito de uma economia de mercado, o âmago da actividade económica seja, maioritariamente, empreendido pelos indivíduos pelo que, e tendo em conta a garantia constitucional de um sector privado da economia para a qual a livre iniciativa individual é indispensável, as limitações à livre disponibilidade dos indivíduos devem manter-se tão reduzidas quanto possível. A participação do Estado na economia apenas se faz subsidiariamente, desempenhando ora as tarefas carecidas de escopo lucrativo e que, por isso, só ele pode desempenhar, ora aquelas tarefas que ele mesmo pode desempenhar mais eficientemente quando comparadas se a sua execução fosse regulada pela esfera do mercado²⁰. Neste sentido, o suporte financeiro do Estado decorre não do seu carácter empresarial, mas do seu poder tributário. Ora, se o financiamento do Estado na economia de mercado se faz essencialmente através dos impostos e, se a prosperidade de uma economia de mercado assenta sobretudo na iniciativa individual, a liberdade de conformação dos indivíduos deve revelar-se tão ampla quanto possível pois só pelo crescimento da economia o Estado obterá as receitas necessárias para financiar as suas despesas.

Participando o sistema fiscal da ordem económica, o princípio da livre disponibilidade económica traduzir-se-á, no âmbito do direito fiscal, no princípio da liberdade de gestão fiscal²¹. Com este sentido, o princípio da liberdade de gestão fiscal implica o reconhecimento de que os indivíduos são livres de planificarem a sua vida, reduzindo o montante de imposto a pagar operando dentro do quadro jurídico existente (e, por isso, este planeamento se diz *intra-legem*, ou planeamento fiscal) ou,

direito de propriedade. Mas, como nota PRATA, ANA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, 1982, Coimbra, p. 201, «a iniciativa económica privada é um conceito derivado do de propriedade, e é no seu domínio, e como sua sequela, que se situam muitas das necessidades e das soluções restritivas, que simultaneamente actuam na configuração do âmbito da propriedade». Assim sendo, restringiremos a nossa análise partindo do princípio da livre disponibilidade económica dos indivíduos.

¹⁹ NABAIS, CASALTA, *O Dever...*, cit., p. 204.

²⁰ MUSGRAVE, RICHARD A. e PEGGY B. MUSGRAVE, *Public Finance in Theory and Practice*, 1989, 5th ed., New York, p. 5 e segs.

²¹ O princípio da liberdade de gestão fiscal é reconhecido na jurisprudência do TJCE. Cfr. C-255/02, *Halifax*, para. 73 - «O sujeito passivo tem o direito de escolher a estrutura da sua actividade de forma a limitar a sua dívida fiscal».

inclusivamente, celebrando negócios jurídicos que não correspondem ao âmbito de incidência das normas tributárias, desde que para tal não se sirvam de meios artificiosos ou fraudulentos e abusem das formas jurídicas²². Com efeito, à lei fiscal não é permitido criar um qualquer obstáculo à autonomia privada dos indivíduos, impedindo-os de escolher as soluções jurídicas mais adequadas à prossecução dos seus interesses, interesses esses que numa economia de mercado altamente competitiva passam, incontornavelmente, pela racionalização da eficiência económica das suas actividades, procurando minimizar os custos comerciais, financeiros, industriais, mas também fiscais. Só assim se prossegue no respeito de um dos princípios fiscais: o princípio da neutralidade.

Assim proclamado, o princípio da liberdade de gestão fiscal comporta o planeamento fiscal. O planeamento fiscal, concretizado em actos ou negócios jurídicos lícitos, não origina divergências na doutrina uma vez que tratando-se de uma operação *intra-legal*, o contribuinte utiliza um procedimento que é permitido pela própria legislação fiscal: logo, o planeamento fiscal é um comportamento não sancionável²³. Maior complexidade reveste a questão da evitação fiscal. Neste caso, a poupança fiscal decorre da celebração de negócios jurídicos não contidos expressamente nas normas de incidência tributária. Um problema, então, emerge – o que fazer quando a norma fiscal não autoriza nem proíbe? É sobre esta questão que repousa toda a problemática da evitação fiscal. Na verdade, a esfera de acção do princípio da legalidade é necessariamente limitada, isto é, o legislador está sempre na impossibilidade de prever todas as possíveis formas negociais, mesmo que para tal recorra a conceitos abrangentes. Não cuidaremos aqui de tratar das fronteiras e dos respectivos limites do planeamento fiscal, mas tão-só sublinhar as consequências que dele emergem. A verdade é que a expansão e a intensificação da tributação nos países mais desenvolvidos, decorrente do intervencionismo que pauta o Estado Social, aliada à existência de outros países que, com vista à atracção do investimento estrangeiro, proclamam uma reduzida ou inclusive nula tributação vem colocando, cada vez com maior acutilância, o problema da sustentabilidade do Estado Social. Esta crise deriva da feroz concorrência que se estabelece entre as empresas numa economia global,

²² Assim dispõe o art. 38.º, n.º 2 da LGT.

²³ A poupança fiscal é, aliás, sugerida e incentivada pelo próprio legislador através da consagração de exclusões tributárias, deduções específicas a propósito da definição dos rendimentos e da riqueza tributadas, abatimentos personalizantes à matéria colectável, deduções à colecta, reportes de prejuízo ou benefícios fiscais.

obrigando-as a serem altamente competitivas na sua gestão, incluindo no plano fiscal, que se repercute numa concorrência fiscal entre Estados com o objectivo de atrair para os seus territórios o investimento de capitais externos, acenando para tal com diminutas taxas de imposto.

4. A Sustentabilidade do Estado Social em concorrência fiscal

Pesando todas estas considerações são, efectivamente, tempos de incerteza aqueles que se vivem para o Estado Social como o conhecemos e para o Estado Fiscal que o economicamente suporta. Embora o tema da concorrência fiscal seja já um tema antigo, o seu debate na actualidade conhece proporções e uma importância nunca antes vistas, sobretudo nos últimos anos com o adensar do fenómeno da globalização.

De facto, originariamente, as políticas fiscais foram concebidas para responder aos problemas económico-sociais internos de cada país; e enquanto as economias permaneceram essencialmente fechadas e a interacção dos sistemas fiscais circunscrita, os efeitos da concorrência fiscal eram limitados. Esta situação foi, porém, alterada com a globalização. É certo que ela permitiu uma maior integração global das economias, a eliminação das barreiras ao comércio, o desenvolvimento da inovação e a aceleração da mobilidade do capital, permitindo, deste modo, o crescimento do comércio e das trocas internacionais que coincidiu com a era de maior prosperidade, criação de riqueza e bem-estar material. No entanto, e por outro lado, a globalização acarretou efeitos negativos: ela colocou os sistemas fiscais interagindo, facilitando as situações de planeamento fiscal internacional. Com efeito, estes esquemas permitem transferir o imposto a pagar de um país para outro, reduzindo o seu montante, o que não pode deixar de ter consequências na base do sistema fiscal onde o imposto deveria ter sido cobrado. Logo, a política fiscal definida por um país não é alheia a outro: antes tem consequências²⁴.

As actividades de planeamento fiscal são, especialmente, sentidas nas actividades caracterizadas pela sua mobilidade: por exemplo, frequentemente, a internacionalização das empresas conduz a uma repartição do seu processo produtivo;

²⁴ Isto, sublinhe-se, não significa que dois países devam ter a mesma estrutura fiscal pois a sua determinação é uma decisão que cabe aos Governos de cada País, como manifestação da sua soberania. Pretendemos apenas realçar que a interacção de dois sistemas fiscais tem efeitos que um determinado país pode entender como prejudiciais.

ou a circulação dos capitais, que é cada vez mais realizada instantaneamente para diferentes pontos do globo.

Neste sentido, o elemento fiscal passou a dispor de uma nova importância no que tange à localização geográfica das actividades, isto é, se elas decorrem num país de elevada tributação (*high tax jurisdiction*) ou de reduzida tributação (*low tax jurisdiction*). O aumento da concorrência internacional, sofisticando a gestão empresarial, leva a que as empresas dirijam a sua actividade procurando obter o máximo lucro possível. Isso reflecte-se, inclusivamente, no montante de imposto a pagar, maximizando o *after-tax profit*, pelo que o recurso às práticas de planeamento fiscal para redução dos respectivos custos fiscais é cada vez mais intenso. A globalização ao aproximar e colocar em interacção os diferentes sistemas fiscais, com todas as suas virtudes e todos os seus vícios, facilita esta prática: havendo um conhecimento profundo das lacunas e imperfeições que resultam da interacção de dois ou mais sistemas fiscais e, em particular, das convenções sobre dupla tributação, os contribuintes podem daí retirar elevadas poupanças fiscais. Consequentemente, as situações em que os impostos não são cobrados são cada vez mais elevadas.

Os paraísos fiscais caracterizando-se, principalmente, pela existência de um regime fiscal muito privilegiado em sede de impostos sobre o rendimento, aliado a uma legislação societária e flexível, ausência de controlo e restrições cambiais, sigilo bancário e comercial e ausência de trocas de informações, complementado por um bom sistema de comunicações e por estabilidade política e social²⁵, passaram a constituir um dos mais importantes instrumentos do planeamento fiscal internacional.

Ora, o fenómeno da globalização, acarretando uma cada vez maior liberdade e mobilidade para as empresas e capitais e, em menor grau para as pessoas, originou uma verdadeira concorrência fiscal entre os Estados. Alguns, cientes da sua relevância marginal na economia mundial, posicionaram-se deliberadamente como zonas de reduzida fiscalidade com o intuito de atrair empresas para o seu território. Um número cada vez mais alargado de contribuintes recorrem aos paraísos fiscais como um instrumento fundamental pelo qual procedem à redução do montante de imposto a

²⁵ Para um maior desenvolvimento das características essenciais dos Paraísos Fiscais v. GONÇALVES, RUI MIGUEL MARQUES, *Fraude Fiscal e Branqueamento de Capitais*, 2007, Porto, p. 19 a 22; SILVA, JOSÉ MANUEL BRAZ DA, *Os Paraísos Fiscais – Casos Práticos com Empresas Portuguesas*, 2000, Coimbra, p. 19 e segs.; DOGGART, CAROLINE, *Paraísos Fiscais e os seus Usos*, 2.^a ed., 1998, Porto, p. 10 e segs; ORLOV, MYKOLA, *The Concept of Tax Haven*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 2, p. 101.

pagar no seu país de residência. E isso, contudo, não impede que eles beneficiem dos gastos públicos do seu Estado de residência, embora desrespeitem o seu dever fundamental de pagar impostos e, portanto, o dever de sustentar economicamente a comunidade de acordo com a sua capacidade contributiva²⁶. Para assegurar a sustentabilidade do Estado Social e para encontrar um equilíbrio razoável entre a defesa da sua base tributável e evitar o estabelecimento de cargas fiscais excessivas, os Estados optam por reduzir as taxas de tributação, sobretudo a taxa de tributação das empresas com o objectivo de atrair investimento estrangeiro, alargando, no entanto, a base tributária²⁷.

5. O Conceito de Paraíso Fiscal

Como vimos, se, por um lado, a globalização teve efeitos positivos no crescimento do comércio, da riqueza e da prosperidade das nações, por outro lado, ela originou uma progressiva concorrência fiscal entre os Estados de modo a atrair as actividades financeiras móveis para as suas jurisdições, constituindo este um factor potencial de distorção e de injustiças – caso seja efectuado por razões exclusivamente fiscais e não económicas – que coloca em causa a alocação eficiente dos recursos e a erosão dos sistemas fiscais.

A comunidade internacional não poderia, pois, permanecer indiferente a este sério problema pelo que, a nível internacional, têm sido adoptadas medidas de forma a combater o fenómeno da concorrência fiscal prejudicial. Desde logo, e ao nível da OCDE, surge em 1998 o Relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*²⁸, onde se apresentam os critérios destinados à identificação dos paraísos fiscais

²⁶ Cfr.. OECD, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*, 1998, Paris, p. 14, para. 24.

²⁷ Essa é, com efeito, uma tendência que os sistemas fiscais dos países da OCDE vêm manifestando. Cfr. MERKS, PAULUS, *Corporate Tax and the OECD*, 2007, EC Tax Review, Vol. 35, Issue 5, p. 322-330. Em Portugal, segundo PEREIRA, M. H. DE FREITAS, *Tributação das Sociedades e Globalização Económica*, 2008, CTF, n.º 422, Lisboa, p. 9 e segs., as taxas nominais da tributação das sociedades baixaram de 48,96% em 1981 para 26,5% em 2007. Não obstante, as receitas tributárias vêm resistindo à diminuição das taxas de imposto, o que pode, certamente, ser explicado pelo alargamento da base tributável.

²⁸ Sobre o relatório da OCDE *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* v. PALMA, CLOTILDE CELORICO, *A OCDE e o Combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial: Ponto de Situação e Perspectivas de Evolução*, Fiscalidade, n.º 16, 2003, p. 49 a 79; PALMA, CLOTILDE CELORICO, *A OCDE, a Concorrência Fiscal Prejudicial e os Paraísos Fiscais: Novas Formas de Discriminação Fiscal?*, 2001, CTF, n.º 403, Lisboa, p. 147-171; SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, *A Regulação Internacional da Concorrência Fiscal Nefasta*, 1999, CTF,

e dos regimes fiscais preferenciais e se elencam um conjunto de recomendações aos Estados-Membros dirigidas a contra-atacar a concorrência fiscal prejudicial. Assim, mais do que apresentar uma definição objectiva e clara de paraíso fiscal, o Relatório procura antes recortar os critérios susceptíveis de caracterizar uma determinada jurisdição fiscal como paraíso fiscal²⁹ pois apresentar uma definição rigorosa e clara envolve, inevitavelmente, relatividade e, por conseguinte, indeterminação com todas as consequências que dela podem emanar para o Direito. Reconhecida a impossibilidade de apresentar uma definição escrupulosa de paraíso fiscal, o Relatório³⁰ procede à distinção entre os países que conseguem financiar os seus serviços públicos com residência e os países que obtêm receitas significativas do seu imposto sobre o rendimento mas cujo sistema fiscal, não obstante, contém características que revelam uma concorrência fiscal prejudicial. O que essencialmente distingue estes dois casos é que no primeiro, aqueles países mostram-se relutantes em combater os efeitos da concorrência fiscal prejudicial, enquanto que no segundo caso, esses países revelam-se mais interessados numa acção concertada de forma a repelir os efeitos negativos da concorrência. É, pois, em função desta diferença, que o Relatório distingue entre paraísos fiscais – nos quais se enquadram as jurisdições do primeiro caso – e regimes fiscais preferenciais – correspondentes às jurisdições do segundo caso³¹.

n.º 395, Lisboa, p. 7-36; MALHERBE, JACQUES, *Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union*, EC Tax Review, Vol. 30, Issue 6-7, p. 219 a 224.

²⁹ Cfr. OECD, *Harmful...*, cit., p. 19, para. 38 e p. 20, para. 42. De resto, as dificuldades da construção de uma definição objectiva de paraíso fiscal foram bem evidentes no Relatório da OCDE de 1987 *International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies* ou no *Rapport du comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises* da COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, habitualmente designado por Relatório *Ruding*. Chegando a uma conclusão semelhante cfr. ORLOV, MYKOLA, *The Concept...*, cit., p. 102. ZIELKE, RAINER, *The Changing Role of Tax Havens – An Empirical Analysis of the Tax Havens Worldwide*, 2011, BFD, Vol. 65, Number 1, p. 44, por sua vez, entende que «os paraísos fiscais podem ser percepcionados como países de baixa fiscalidade e regimes fiscais preferenciais que oferecem às subsidiárias de grupos multinacionais oportunidades para reduzir a sua taxa de imposto e que se caracterizam pelos três seguintes factores chave: (i) um paraíso fiscal tem baixas taxas de imposto; (ii) um paraíso fiscal deve ter concluídas convenções sobre dupla tributação com outros países; (iii) um paraíso fiscal deve ter implementado ou estar empenhado para com os princípios fiscais internacionalmente aceites».

³⁰ OECD, *Harmful...*, cit., p.20, para.42, 43 e 44.

³¹ Deve assinalar-se que esta não é uma distinção isenta de críticas. Com efeito, desde logo entre os Estados-Membros da União Europeia, nos quais se situam alguns regimes fiscais preferenciais, estabelece-se uma concorrência fiscal que os mesmos parecem pouco empenhados em ultrapassar. Como nota o Prof. VANISTENDAEL, FRANS, *How Does Tax Relate to Competition in the EU?*, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, 2003, Lisboa, p. 16, “Member States have very little interest in a coherent European tax policy. Their only interest is in maximizing their national tax position. Usually this means maximizing their national tax revenue”. Assim, o critério de distinção pode ser considerado frágil (senão mesmo político), como se comprova pelas dificuldades de distinção entre os critérios identificativos dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, havendo como

O primeiro e decisivo critério que contribui para a identificação de uma certa jurisdição como paraíso fiscal é, segundo o Relatório, a reduzida ou nula tributação dos rendimentos. A reduzida ou nula tributação dos rendimentos constitui o elemento objectivo deste critério; mas se a ele adicionarmos o elemento subjectivo, isto é, se para além da tributação inexistente ou reduzida dos rendimentos, a jurisdição em causa se apresentar ou ser reconhecida como um local em que os não residentes podem evitar a tributação no seu país de residência – constituindo este o seu elemento subjectivo –, então, tal poderá ser suficiente para qualificar a dita jurisdição como paraíso fiscal. Caso assim não seja, caso inexista o elemento subjectivo, este primeiro critério constituirá somente o incontornável ponto de partida para a qualificação de uma jurisdição como paraíso fiscal, devendo essa qualificação ser ratificada por outros critérios auxiliares. Assim, e para além da nula ou reduzida tributação dos rendimentos, devem ser convocados três critérios para a respectiva qualificação – são eles: a ausência de uma troca efectiva de informações, a ausência de transparência, e a ausência de actividades económicas substanciais. Aprofundemos, sucintamente, cada um deles.

A ausência de uma troca efectiva de informações³² resulta da proibição das autoridades destes países a que as Administrações Fiscais acedam à informação bancária dos contribuintes de forma a detectar situações de evasão fiscal, uma vez que estas jurisdições são protegidas por leis rígidas e severas que asseguram a segurança

que uma névoa entre as respectivas zonas de actuação que dificulta a respectiva delimitação. Sobre esta questão cfr. ainda ZIELKE, RAINER, *The Changing...*, cit., p. 44.

³² Importa, porém, sublinhar dos progressos que vêm sendo efectuados na área da troca de informações entre as Administrações fiscais rumo a uma maior transparência e que OWENS, JEFFREY, *Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters*, 2009, BFD, Vol. 63, Number 11, p. 557, classifica de «sem precedentes».

Recentemente, numa reunião do G20 em 2 de Abril de 2009 foram realizados avanços consideráveis. Nessa reunião, partindo do Relatório da OCDE *Tax Cooperation: Towards a Level Playing Field – 2008 Assessment by the Global Forum of Taxation*, onde haviam sido avaliadas 87 jurisdições fiscais, procedeu-se a uma repartição dessas jurisdições por três listas: uma negra, outra cinzenta, e outra ainda branca. Vários países demonstraram o seu empenhamento no reforço da cooperação e da transparência. Foi o caso, por exemplo, do Uruguai, da Costa Rica, da Malásia e das Filipinas que, em função do seu comprometimento com os princípios da transparência e da troca de informações, foram retirados da lista negra. Também as Ilhas Caimão reforçaram a sua política de troca de informações, bem como Guernsey, Jersey e a Ilha de Man que assinaram novos acordos de trocas de informações. V. por todos TOMAZ, JOÃO AMARAL, *A Reunião do G20 de 2 de Abril de 2009 e o Futuro dos Paraísos Fiscais*, 2009, RFPDF, Ano 2, Número 2, p. 35 e segs. Realçando também no contexto fiscal internacional a celebração de convenções bilaterais para a troca de informações cfr. TEIXEIRA, GLÓRIA, *A Fraude Fiscal e o Princípio da Transparência*, 2009, CTF, n.º 422, Lisboa, p. 29-32.

Em Portugal, alguns progressos têm sido feitos na área da troca de informações com paraísos fiscais com a celebração de Acordos para Troca de Informação em Matéria Fiscal (ATI). Portugal tem, por exemplo, celebrado com Andorra, Antigua e Barbuda, Belize, Bermudas, Comunidade de Dominica, Estados de Guernsey, Gibraltar, Ilhas Caimão, Ilha de Man, Ilhas Virgens Britânicas, Jersey, Santa Lúcia, e St. Kitts and Nevis.

do segredo bancário, existindo, inclusive, a possibilidade de abrir contas anónimas, impedindo a descoberta da identidade do titular da conta³³.

O terceiro critério – a ausência de transparência, incide sobre o modo de funcionamento do sistema legislativo, legal e administrativo destas jurisdições que se caracteriza pela sua obscuridade.

Por fim, o quarto critério – a ausência de actividades económicas substanciais, resulta do facto de certa operação se realizar no paraíso fiscal por razões puramente fiscais (são as chamadas *tax driven operations*). Ora, a celebração destas operações por motivos exclusivamente fiscais demonstra a insuficiência do ambiente económico, comercial e legal destas jurisdições para a atracção do investimento que de outro modo ali se não realizaria, excepto por razões de pura poupança fiscal.

À semelhança do Relatório da OCDE, também a legislação portuguesa não define o conceito de paraíso fiscal, enumerando antes os critérios que delimitam o conceito de «regime fiscal claramente mais favorável» e que resultam do art. 65.º, n.º 2 e art. 66.º, n.º 3 do CIRC. São eles: (i) o território de residência constar da lista aprovada por portaria do Ministério das Finanças³⁴, (ii) quando a entidade residente no território não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRS ou IRC ou (iii) quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a entidade fosse considerada residente em território português.

³³ Com efeito, como assinalam ANAMOURLIS, TONY e LES NETHERCOTT, *An Overview of Tax Information Exchange Agreements and Bank Secrecy*, 2009, BFD, Vol. 63, Number 12, p. 616, uma das vantagens que emerge do investimento em paraísos fiscais é a existência de segredo bancário. A protecção do segredo bancário é, de resto, muitas vezes acompanhada de sanções criminais que impõem pesadas multas ou penas de prisão em caso de violação das normas. Por conseguinte, torna-se uma missão quase impossível para as Administrações fiscais obterem informações sobre os seus contribuintes de modo a determinar a sua base tributável.

³⁴ Seguindo-se, assim, uma enumeração casuística por listas, como o faz, por exemplo, o Reino Unido. Neste momento, a Portaria que enumera a lista dos regimes claramente mais favoráveis é a Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro.

Parte II

Formas de Utilização de Paraísos Fiscais

Shylock – Todo o lucro que não proceda de roubo é abençoado.

Shakespeare, *O Mercador de Veneza*

Considerações Preliminares – Os Custos de Utilização

O objectivo da planificação fiscal internacional é minimizar o montante de imposto a pagar de modo a aumentar os lucros da empresa. O principal factor a ter aqui em conta é o lucro após impostos que determina o valor efectivo da empresa. Os custos fiscais não são custos despiciendos para as organizações económicas, aparecendo, inclusivamente, entre os seus principais encargos. Como observamos anteriormente, os paraísos fiscais são jurisdições especialmente aptas a proporcionar a redução desses custos às empresas pelas reduzidas taxas de imposto que apresentam. O seu uso, no entanto, comporta também ele custos, custos esses que são, frequentemente, elevados. Com efeito, na configuração da estrutura de planeamento fiscal há que contar com despesas administrativas, ou os honorários dos profissionais responsáveis pela elaboração do esquema e pela sua manutenção. Pelo que, e antes do contribuinte configurar um esquema de planeamento fiscal, recorrendo para o efeito a um paraíso fiscal é imprescindível proceder a uma análise custo-benefício. Para que a estrutura se revele rentável, o que importa é que a poupança fiscal obtida com a sua configuração seja superior aos respectivos custos.

1. Os Preços de Transferência

As empresas multinacionais assumem um papel cada vez mais relevante no comércio mundial. Actualmente, estima-se que entre 60 a 70% das transacções ocorridas mundialmente são estabelecidas entre entidades relacionadas. Com efeito, as empresas multinacionais são geralmente compostas por uma sociedade-mãe com sede em determinado país e um conjunto de subsidiárias dispersas por diferentes países. No seio da mesma unidade económica estabelecem-se, pois, frequentemente,

transacções entre as diversas entidades que a integram - são os chamados preços de transferência. Os preços de transferência são os preços pelos quais uma empresa transfere bens corpóreos, activos incorpóreos ou presta serviços a empresas associadas³⁵. Isto oferece um elevado potencial de planeamento fiscal às empresas multinacionais: como referimos, o negócio de uma empresa multinacional é global, percorrendo diferentes países com diferentes legislações fiscais em termos de taxas de imposto, de incentivos ao investimento, ou de isenções fiscais. O uso dos preços de transferência é importante tanto para os contribuintes como para as administrações fiscais uma vez que eles determinam em grande parte o rendimento e os gastos e, portanto, o lucro tributável das empresas relacionadas, actuando em diferentes jurisdições fiscais³⁶.

A finalidade por detrás de utilização dos preços de transferência é a deslocação e concentração dos lucros de um grupo económico nas jurisdições de menor fiscalidade de modo a alcançar elevadas poupanças fiscais e otimizar a eficiência fiscal do grupo. Para atingir este objectivo, as empresas relacionadas manipulam os preços das operações que praticam entre si: uma empresa residente numa jurisdição de elevada fiscalidade fá-lo inflacionando os custos de aquisição dos bens em relação ao preço de plena concorrência ou deflacionando os preços de alienação; uma empresa residente numa jurisdição de baixa fiscalidade segue precisamente a política inversa – deflaciona os preços de aquisição dos bens em relação ao preço de plena concorrência ou inflaciona os preços de alienação. É, pois, neste contexto, que os paraísos fiscais, como jurisdições de baixa ou nula fiscalidade, surgem como territórios fiscalmente favoráveis às empresas multinacionais para a manipulação dos preços de transferência. Isto sucede porque praticamente todas as jurisdições fiscais seguem o princípio da entidade separada para efeitos de tributação. Uma vez que a multinacional, através das diferentes unidades que a integram, gera rendimentos em mais de um país, este princípio ficciona que cada unidade que integre um grupo económico pode ser encarada, para fins fiscais, como uma entidade independente desse mesmo grupo, aplicando a sua legislação a cada entidade.

³⁵ Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, Paris, p. 19, para. 11.

³⁶ V. OECD, *Transfer...*, cit., p. 19, para. 12. Nos EUA, por exemplo, de acordo com SULLIVAN, MARTIN A., *Transfer Pricing costs U.S. at Least \$ 28 billion*, 2010, Volume 27, Number 13, Tax Notes International, p. 1112-1116, estima-se que o Tesouro Americano tenha perdido 28 biliões de dólares de receita em 2007 devido à transferência de lucros para entidades residentes em territórios de baixa ou nula tributação.

A concretização desta técnica processa-se, normalmente, através da criação pela empresa multinacional duma filial num paraíso fiscal, garantindo-lhe um papel no processo produtivo, possibilitando posteriormente a interacção desta filial com outras unidades do grupo. Historicamente, o principal veículo que serve de base à transferência de lucros entre empresas relacionadas é a propriedade intelectual³⁷. A transferência de lucros para jurisdições de baixa fiscalidade ocorre através da concessão às entidades nelas residentes do direito de receber lucros pelo uso de patentes, marcas, ou outras formas de propriedade intelectual. Trata-se de um esquema recorrentemente utilizado pelas multinacionais americanas. Na prática, eis a situação: A, uma empresa multinacional americana, é detentora de uma certa propriedade intelectual a partir da qual desenvolve os seus produtos nos Estados Unidos, tal como as actividades de I&D. A é também uma empresa com importantes receitas no exterior. A dada altura, A apercebe-se que poderá estar na iminência de desenvolver uma inovação importante sobre a qual poderá deter importantes direitos de propriedade intelectual. Nesse caso, A, residente nos Estados Unidos, irá criar uma filial na Irlanda, B, à qual cede todos os seus contratos no exterior, e estabelece com B um acordo de partilha de custos para o desenvolvimento dessa inovação. Nesse acordo de partilha de custos, estabelece-se que B deterá os direitos de propriedade intelectual dessa inovação fora dos EUA, enquanto A retém os direitos para os EUA. As actividades principais de I&D permanecerão nos EUA e uma pequena equipa é constituída na Irlanda³⁸.

É certo que o princípio de plena concorrência obriga a que as entidades relacionadas pratiquem operações entre si como se de entidades independentes se tratassem, o que, no caso de uma licença de utilização de propriedade intelectual comportaria o pagamento de royalties segundo o princípio *arm's length*. As empresas multinacionais, porém, tendem a aproveitar-se das fragilidades do sistema de forma a subvertê-lo, minimizando os seus custos fiscais. As empresas multinacionais não ignoram que a Administração Fiscal na tarefa de determinação do preço de transferência deve proceder a uma comparação entre a operação praticada entre as entidades relacionadas e uma outra, praticada entre entidades independentes. Decerto

³⁷ DURST, MICHAEL C., *Congress: Fix Transfer Pricing and Protect U.S. Competitiveness*, 2010, Volume 59, Number 6, Tax Notes International, p. 483-488. Quanto à importância da propriedade intelectual na actividade económica cfr. MIYATAKE, TOSHIO, *Transfer Pricing and Intangibles – General Report*, 2007, Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 92A, The Hague, p. 19.

³⁸ Exemplo dado por BRAUER, YARIV, *Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 11, p. 556 e 557.

o contribuinte é onerado numa posição jurídica passiva de reunião de informação e documentação que demonstre que nas operações praticadas entre aquele contribuinte e uma entidade relacionada foram acordados termos e condições que seriam normalmente acordados entre partes independentes³⁹. Contudo, a Administração Fiscal para proceder ao ajustamento, no respeito pela regra *actor probare debet*⁴⁰, tem de demonstrar que numa determinada operação o princípio da plena concorrência não foi respeitado. Um dos pressupostos habilitantes do art. 63.º do CIRC é a demonstração de que entre entidades relacionadas tenham sido estabelecidas condições diferentes das normalmente acordadas entre pessoas independentes. A comparação entre uma operação vinculada e uma operação não vinculada constitui um elemento indispensável para essa prova. Aqui reside o problema: frequentemente, esta comparação não pode ser realizada uma vez que os comparáveis nem sempre existem. Este problema ganha maior acuidade se tivermos em conta que as empresas não alienam as suas patentes e marcas mais valiosas a entidades não relacionadas⁴¹, o que torna quase impossível determinar o preço de plena concorrência pois inexistente um termo de comparação entre operações. O contribuinte encontra-se, pois, numa posição de vantagem relativamente à Administração Fiscal pois conhece pormenorizadamente os termos e as condições da operação, facilitando-lhe a contraprova de que o ajustamento da Administração não se apoia em comparáveis fiáveis e que a sua análise enferma de erros, tratando-se de um ajustamento arbitrário sem suporte legal.

A transferência indirecta de lucros de territórios de elevada fiscalidade para territórios de baixa fiscalidade não é, porém, isenta de riscos. No decurso de um processo de fiscalização aos preços de transferência de uma empresa pode a Administração Fiscal considerar que uma certa operação praticada entre duas entidades relacionadas não está em conformidade com o princípio de plena concorrência e, portanto, desencadear um procedimento de ajustamento primário sobre a operação. Através deste ajustamento, os lucros transferidos para vantagem de

³⁹ Ónus imposto pelos arts. 13.º e seguintes da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

⁴⁰ “O ónus da prova tem a sua primeira formulação doutrinal, no seguimento do sistema das *legis actiones* do direito romano, com a atribuição à parte que inicia a acção da responsabilidade de trazer para o processo as provas que deveriam fazer valer o seu direito: *actor probare debet*”. V. SANCHES, J. L. SALDANHA, *O Ónus da Prova no Processo Fiscal*, 1987, CCTF, n.º 151, Lisboa, p. 106.

⁴¹ Com efeito, tal acarretaria a perda de confidencialidade em torno de elementos que, por vezes, são o verdadeiro *core business* da empresa e que, por isso, são estrategicamente mantidos sob segredo. Como nota HOSSON, FRED C. DE, *Las Empresas Multinacionales y el Desarrollo, Propiedad y Licencia de Marcas y Nombres Comerciales*, 2000, RDFHP, Vol. L, Numero 256, p. 274 e 275, “sin el reconocimiento y, principalmente, la protección jurídica de una marca comercial por parte del ordenamiento jurídico estatal no cabe hablar de propiedad y, por tanto, tampoco de valor”.

uma empresa são tributados na empresa na qual, segundo o princípio de plena concorrência, esses lucros seriam alocados. No entanto - e este é o risco que comportam estas operações -, a aplicação de um ajustamento primário pode originar problemas de dupla tributação. Com efeito, o país que aplicar o procedimento de ajustamento primário aumenta o valor dos lucros tributáveis de uma empresa que, por sua vez, foram já sujeitos a imposto num outro país, numa outra empresa. A dupla tributação internacional surge quando dois ou mais Estados aplicam um imposto idêntico sobre o mesmo rendimento, respeitante ao mesmo espaço temporal. Sendo o mesmo contribuinte duplamente tributado, a dupla tributação será de natureza jurídica; não existindo essa correspondência de identidade, a dupla tributação dir-se-á económica. A única maneira de obviar a esta dupla tributação passa por um ajustamento correspondente nos lucros da outra empresa, residente no outro Estado contratante, a realizar pela Administração Fiscal desse país. As Convenções sobre Dupla Tributação (CDT) desempenham um papel fundamental nesta tarefa de eliminação da dupla tributação, reduzindo os custos das empresas que realizam operações transfronteiriças⁴². Todavia, este ajustamento correspondente a realizar pela Administração Fiscal do outro Estado contratante nem sempre acontece. Tome-se como exemplo o caso português. Suponhamos que a Administração Fiscal de um País com uma CDT celebrada com Portugal procede a um ajustamento primário no lucro tributável de uma empresa residente no seu país. Nos termos das CDT celebradas por Portugal com outros países, maioritariamente, a Administração Fiscal Portuguesa apenas fará o ajustamento correspondente «se o considerar justificado, quer quanto ao

⁴² Atente-se, em primeiro lugar, no que diz a OCDE na Introdução ao Comentário da sua Convenção Modelo: *“The harmful effects of international juridical double taxation on the Exchange of goods and services and movements of capital, technology and persons are so well known that it is scarcely necessary to stress the importance of removing the obstacles that double taxation presents to the development of economic relations between countries”*. Ou a posição das Nações Unidas no Comentário à sua Convenção Modelo: *“Broadly, the general objectives of bilateral conventions may today be seen to include the full protection of taxpayers against double taxation (whether direct or indirect) and the prevention of the discouragement which taxation may provide for the free flow of international trade and investment and the transfer of technology”*.

Sublinhando ainda as consequências económicas da dupla tributação Cfr. PIRES, MANUEL, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, 1984, Lisboa, p. 146 e segs. Entre elas, destaque-se o facto de os elevados níveis de tributação decorrentes da susceptibilidade da cumulação de impostos poderem constituir um obstáculo inultrapassável ao investimento externo. Num plano microeconómico, diz ainda o mesmo autor que «a dupla tributação (...) afectará desfavoravelmente as empresas que exerçam actividade num Estado estrangeiro perante outras que não sofram tal tributação, incluindo as que auferem apenas rendimentos dele originados, reduzindo as possibilidades de concorrência e ou de autofinanciamento, com a consequente restrição da formação do capital próprio».

princípio, quer quanto ao montante»⁴³. Em suma, o perigo de dupla tributação não é definitivamente eliminado.

Por outro lado, casos existem em que mesmo efectuado o ajustamento primário e o ajustamento correspondente, a operação ainda não respeita o princípio de plena concorrência e caso não seja efectuado um ajustamento secundário sobre esta transacção, permanecem em aberto as possibilidades de ocorrer um caso de evasão fiscal bem sucedida. Com efeito, não é incomum que, mesmo que o ajustamento primário seja efectuado, permaneçam rendimentos nas mãos de uma empresa quando, no espírito desse ajustamento, esses rendimentos deveriam estar na posse da outra empresa, em conformidade com o princípio de plena concorrência. Este tipo de planeamento fiscal é, sobretudo, usado para casos de transferência de dividendos tendo por objectivo evitar a retenção na fonte.

2. As Sociedades-Base

A elisão fiscal objectiva visa transferir a configuração jurídica da fonte do rendimento de uma jurisdição de elevada fiscalidade para uma jurisdição fiscal mais favorável, podendo distinguir-se entre três tipos de elisão, consoante o objectivo visado pelo contribuinte aquando da manipulação do elemento de conexão – (i) a distribuição do rendimento entre distintas jurisdições fiscais, (ii) a acumulação do rendimento em territórios de baixa fiscalidade e (iii) a transferência do mesmo de jurisdições de elevada fiscalidade para territórios fiscalmente privilegiados⁴⁴. O uso de sociedades-base visa a acumulação de rendimentos neste tipo de sociedades, localizadas em regimes fiscalmente privilegiados com o objectivo de diferir indefinidamente a tributação no país de residência dos sócios.

A primeira aproximação ao conceito de sociedades-base (*base companies*) foi efectuada em 1956 por um economista da Universidade de *Harvard*, W. J. GIBBONS, que definiu aquelas como sendo «sociedades ou outros entes de responsabilidade limitada constituídos num país-base (*base country*) com o intuito de levar a cabo operações em terceiros países». O país-base, por sua vez, definiu-o aquele mesmo autor como sendo «aquele em que as sociedades domésticas, relativamente aos

⁴³ É o caso, por exemplo, das CDT celebradas por Portugal com Barbados, Emiratos Árabes Unidos ou Panamá, países que constam da Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, que procede a uma enumeração casuística por listas dos regimes fiscais claramente mais favoráveis.

⁴⁴ Cfr. XAVIER, ALBERTO, *Direito Tributário Internacional*, 1993, Coimbra, p. 310.

rendimentos obtidos de fontes situadas no exterior, estão sujeitas a impostos sobre o rendimento e o capital negligenciáveis»⁴⁵.

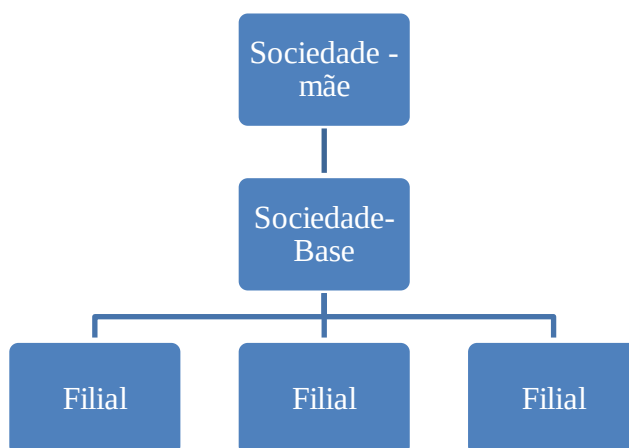
Embora finalidades não fiscais possam justificar a decisão de criação de uma sociedade-base, geralmente, são finalidades fiscais que estão por detrás dessa resolução. Desde logo, as sociedades-base são, sobretudo, utilizadas como *pivots* financeiros. As *holdings*⁴⁶ são especialmente vocacionadas para este efeito, podendo distinguir-se entre aquelas sociedades cujo objecto exclusivo é a participação no capital de outras sociedades (são as chamadas *holdings* puras) daquelas que para além deste objectivo podem também desempenhar uma actividade económica (são as chamadas *holdings* mistas). Segundo este esquema de planeamento fiscal, a sociedade-mãe assumirá o controlo da *holding*, localizada numa jurisdição de fiscalidade reduzida que, por sua vez, assumirá, no lugar da sociedade-mãe, as participações no capital das subsidiárias. Por outro lado, os lucros por estas distribuídos acumular-se-ão na sociedade-base, possibilitando fortes economias de imposto ao evitar a sua tributação no país de residência da sociedade-mãe, geralmente situada num Estado de elevada fiscalidade, diferindo o momento da tributação ou, porventura, eliminando-a mesmo – para isso basta que a distribuição se concretize no período em que a sociedade-mãe apresente prejuízos fiscais. Assim, os lucros das filiais serão distribuídos não à sociedade mãe, mas à *holding*. Por este modo, evita-se ou difere-se a tributação de dividendos distribuídos à sociedade-mãe, acumulando-os antes na sociedade-base, situada num país de baixa fiscalidade que isente ou tribute marginalmente os dividendos recebidos que, depois, poderão ser transferidos para a sociedade-mãe sob a roupagem aparente de um empréstimo, por exemplo. A utilização deste tipo de estrutura é frequentemente utilizada. Considere-se a seguinte

⁴⁵ Cfr. MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação de Lucros de Sociedades não Residentes a um Regime Fiscal Privilegiado*, 2005, Porto, p. 180. Com naturalidade, progressivamente, o conceito de país-base de GIBBONS foi sendo alargado pelas legislações nacionais que pretendem combater a utilização destes esquemas de planeamento fiscal. Com efeito, a localização da sociedade-base deixou de estar limitada às jurisdições de baixa fiscalidade, tipicamente associadas aos paraísos fiscais, para também passar a envolver os países de elevada fiscalidade, mas que estabelecem regimes preferenciais para atrair o estabelecimento destas sociedades no seu território. Cfr. MAISTO, GUGLIELMO e PASQUALE PISTONE [coord.], *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Companies (CFCs) – Part 1*, 2008, European Taxation, Volume 48, Number 11, p. 505.

⁴⁶ ZIELKE, RAINER, *International Tax Planning with Comtax*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 3, p. 198, define *holding* como uma “business enterprise in form of a corporation, whose operative main purpose inter alia consists in the long term participation in one or more legally independent business enterprises”.

situação⁴⁷: uma sociedade-mãe, com sede no Estado A, jurisdição de elevada fiscalidade, com filiais estabelecidas nos Estados B, C e D. A intermediação de uma sociedade *holding* entre a sociedade-mãe e as filiais poderia permitir a redução ou inclusive a eliminação da retenção a que se sujeitariam os dividendos, acumulando-os na sociedade-base, por aplicação de uma CDT e o diferimento da tributação da sociedade-mãe residente no Estado A. Esquemáticamente:

Figura I – A Utilização de Sociedades *Holding* – Distribuição de Dividendos



Alguns factores fiscais a ter em conta na decisão da localização da sociedade-base são – a isenção de tributação de dividendos e mais-valias mobiliárias; nula ou reduzida retenção na fonte de dividendos; inexistência de obrigações de capital nas entradas; inexistência de tributação sobre a transmissão de acções; a dedutibilidade dos custos de financiamento; reduzida legislação anti-abuso; inexistência de legislação relativa a *controlled foreign companies*; vantajosa rede de tratados sobre dupla tributação; ou reduzido imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas⁴⁸. Considerando todos estes factores, a Holanda e o Luxemburgo⁴⁹ posicionam-se como Estados particularmente atractivos nos quais localizar a sociedade *holding* – ambos os Estados oferecem uma isenção de tributação de dividendos e mais-valias em caso de participação em sociedade não residente, embora dependente do facto das subsidiárias

⁴⁷ Exemplo baseado em ARESPACOHAGA, JOAQUÍN DE, *Planificación Fiscal Internacional*, 2.ª ed., 1998, Madrid, p. 446.

⁴⁸ EYNATEN, WIM, *European Holding Company Tax Regimes: A Comparative Study*, 2007, European Taxation, Volume 47, Number 12, p. 562.

⁴⁹ Sobre a SOPARFI (*Société de Participations Financières*) cfr. TROSKIE, HERMAN, *The Luxembourg Business Wrapper*, 2011, International Tax Planning Association Journal, Vol. 11, Number 3, International Tax Planning Association, p. 134.

se sujeitarem a imposto sobre o rendimento nos respectivos Estados de acolhimento. No caso da Holanda, essa tributação sobre o rendimento não se encontra associada a uma percentagem mínima de imposto, embora se exija ainda que a participação não seja qualificada como investimento passivo⁵⁰. Ambos os Estados dispõem ainda de um sólido regime jurídico quanto às sociedades *holding*, o que lhes confere estabilidade; nenhum deles estabelece retenções na fonte no pagamento de juros; a Holanda, em particular, dispõe de uma desenvolvida rede de tratados o que permite receber os dividendos das filiais com uma nula ou reduzida retenção na fonte⁵¹.

Ainda dentro desta função de sustentáculo financeiro do grupo económico, a *holding* pode assumir-se como uma entidade financiadora do grupo. Estas sociedades surgem perante as instituições de crédito como sociedades de menor risco com quem contratar, quando comparadas, por exemplo, com as subsidiárias do grupo tomadas individualmente; naturalmente, o lugar conquistado por estas sociedades na vida económica repercutir-se-á na taxa de juro a pagar, que será mais baixa, reduzindo os custos de financiamento, que depois poderá canalizar para as subsidiárias. Este esquema poderá revelar-se duplamente vantajoso: por um lado, o pagamento de juros da subsidiária à *holding* mutuante poderá encobrir uma verdadeira distribuição de lucros; por outro lado, se o país de residência da subsidiária aceitar o pagamento de juros como gasto fiscalmente dedutível, isso permitirá reduzir o lucro tributável da subsidiária.

As sociedades-base são, ainda, um veículo privilegiado para assumir a titularidade dos direitos de propriedade intelectual ou industrial. Uma vez que nem sempre é fácil discernir de uma forma clara o território onde ocorreu a invenção, frequentemente, as empresas multinacionais registam as suas patentes, não no território onde verdadeiramente ocorreu a invenção, mas num território de baixa fiscalidade, conferindo a sua titularidade à sociedade-base nele localizada de forma a gerir os direitos dela decorrentes e os rendimentos por ela gerados. A exploração desta actividade económica é de fácil execução, implicando apenas a celebração de contratos de licenciamento. Num sentido inverso, o potencial económico de retorno desta actividade é enorme, permitindo a remuneração do licenciamento pelo pagamento de royalties, sujeitos a uma tributação marginal.

⁵⁰ Cfr. RIBEIRO, NUNO DE SAMPAYO, *Regimes Fiscais Preferenciais*, 2002, Lisboa, p. 18.

⁵¹ EYNATEN, WIM, *European...*, cit., p. 562 e 563.

3. O *Treaty-Shopping*

O principal objectivo das convenções sobre dupla tributação é promover a eliminação da dupla tributação jurídica internacional, a troca de bens e serviços e a circulação de capital e pessoas. Casos surgem, porém, em que a residência num dos Estados Contratantes da convenção é obtida com o único propósito de obter as vantagens dela decorrentes quando, de outro modo, elas não poderiam ser alcançadas. A esta prática se dá o nome de *treaty shopping*⁵². Esta técnica processa-se por duas vias⁵³. Em primeiro lugar, quanto à estratégia de utilização directa de uma *conduit company* (*direct conduit strategy*), imaginemos a seguinte situação: a empresa C, residente no Estado C, recebe rendimentos provenientes de dividendos, juros e *royalties* da empresa B, situada no Estado B. O Estado C, porém, não dispõe de nenhuma convenção para evitar a dupla tributação celebrada com o Estado B. A empresa C, então, poderá retirar benefícios da convenção existente entre o Estado A e o Estado B ao criar uma empresa no Estado A, prosseguindo a sua actividade económica no Estado B. Desta maneira, o rendimento gerado pela empresa B, no Estado B seria canalizado para a empresa A, residente no Estado A, ao abrigo das disposições da convenção entre o Estado A e B, segundo a qual se isentaria total ou parcialmente de retenção na fonte os rendimentos obtidos. No entanto, raramente a poupança fiscal é obtida por esta via directa. Relativamente à segunda técnica, apelidada de *stepping-stone*, é uma estratégia em tudo similar à descrita anteriormente. A empresa A, situada no Estado A recebe da empresa B, situada no Estado B, dividendos, juros e *royalties*. Aqui, porém, os rendimentos recebidos por A estão sujeitos a imposto no Estado A. A empresa A paga elevados juros e remunera serviços prestados pela empresa D, uma segunda *conduit company*, residente no Estado D, sujeita aí a um regime fiscal claramente mais favorável. Assim, enquanto numa primeira fase os dividendos, juros e *royalties* transferidos da empresa B para a empresa A ao abrigo de uma convenção entre o Estado A e B beneficiarão da isenção nela prevista, numa segunda fase, a transferência de rendimentos da empresa A para a

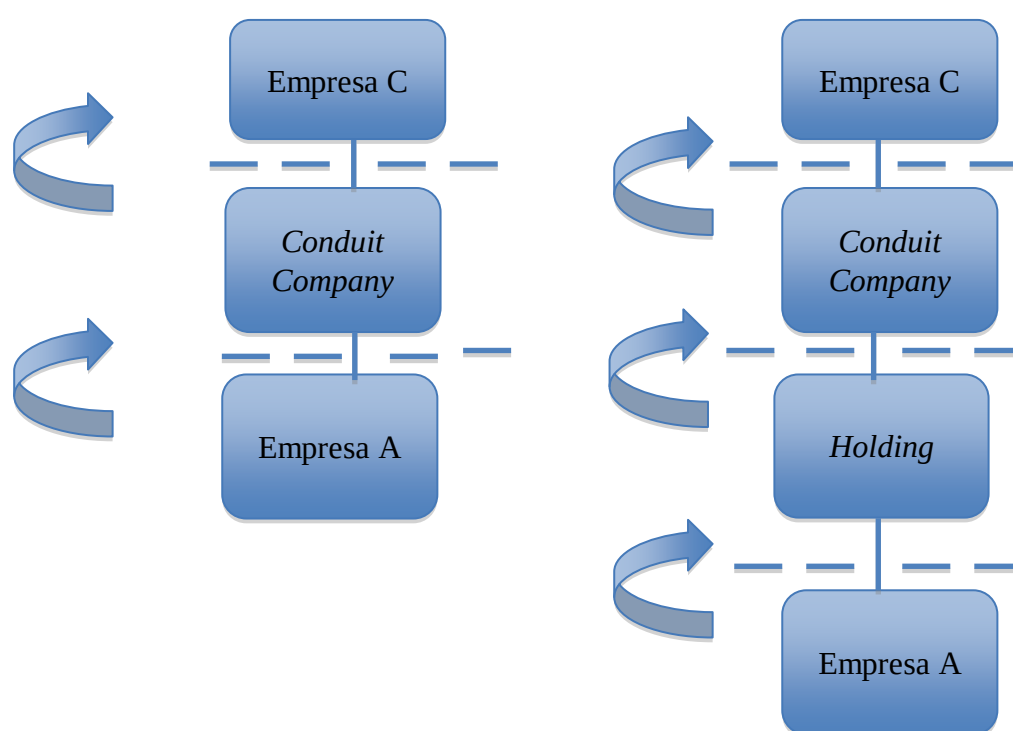
⁵² Para outras definições de *treaty-shopping* cfr. XAVIER, ALBERTO, *Direito...*, cit., p. 306, ROSEMBUIJ, TULLIO, *Fiscalidad Internacional*, 1998, Madrid, p. 111, WEEGHEL, STEF VAN, *The Improper Use of Tax Treaties with Particular Reference to the Netherlands and the United States*, 1998, The Hague, p. 119, GRUNDY, MILTON, *Offshore Business Centres: A World Survey*, 7th Edition, 1997, London, p. 192.

⁵³ Cfr. OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, in *International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies*, 1987, Paris, p. 88 e 89.

empresa D, beneficiará da dedutibilidade de custos no Estado A, enquanto que no Estado D, esses mesmos rendimentos sujeitar-se-ão a um regime fiscal mais favorável.

Importa referir que este tipo de planeamento se encontra associado a outro tipo de técnica de que falamos anteriormente – o uso de sociedades-base, sobretudo no caso da técnica *stepping-stone*. Com efeito, a utilização de *conduit companies* tem por objectivo a minimização do imposto no Estado da fonte, enquanto que a sociedade-base visa a minimização do imposto no Estado da residência. A mesma estrutura é, pois, configurada de modo a atingir simultaneamente os dois objectivos⁵⁴.

Figura II – O Uso Impróprio dos Tratados



O objectivo destes esquemas é a intersecção de uma terceira entidade entre o Estado da fonte e o Estado de residência do sócio beneficiário dos rendimentos, para que este aceda às vantagens propiciadas por uma convenção para evitar a dupla tributação, reduzindo a tributação na fonte. *A posteriori*, claro está, a redução apenas poderá ser

⁵⁴ Cfr. PETKOVA, SVETOZARA, *Treaty-Shopping – The Perspective of National Regulators*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 11, p. 544, nota 6. Ao abrigo, por exemplo, das convenções celebradas pelo Luxemburgo com a Bélgica, a Irlanda e o Reino Unido, supondo a fixação de uma *holding* no Luxemburgo, ela receberia juros desses países sem retenção de imposto. Também a Holanda em função das várias convenções por ela celebradas permite receber livres de retenção rendimentos provenientes de juros e royalties. Cfr. GRUNDY, MILTON, *Offshore...*, cit., p. 192 e 193.

efectiva se permitir uma significativa diminuição da tributação no Estado de residência da *conduit company*. Daí que a utilização de *conduit companies* e *base companies* ande, frequentemente, associada. Em suma, para que o esquema se revele rentável é necessário que haja, em primeiro lugar, uma reduzida retenção na fonte no rendimento transferido para a *conduit company* e, em segundo lugar, que haja depois uma reduzida tributação no Estado de residência da *conduit company*⁵⁵.

4. A Subcapitalização

Fundamentalmente, a subcapitalização pode ser encarada sob dois pontos de vista: como subcapitalização nominal ou material. De acordo com esta última perspectiva, a sociedade encontrar-se-á subcapitalizada quando existir uma acentuada desproporção entre o capital e o objecto social da sociedade⁵⁶. Pense-se, por exemplo, naquela sociedade anónima fundada com o capital social mínimo exigido por lei (50.000€), mas cuja actividade pelo seu risco e pela sua envergadura, exigiria uma dotação de capital claramente superior. Não serão, no entanto, estas situações que colocarão maiores dificuldades à segurança do ordenamento jurídico, tanto do ponto de vista do Direito comercial, como do Direito Fiscal. Analisemos sucintamente a questão de cada um dos ângulos. Em primeiro lugar, segundo o prisma do Direito comercial, e tendo em conta a definição de subcapitalização material e a sua caracterização como insuficiência do capital face à actividade da sociedade, aqui dificilmente se poderão configurar situações de lesão dos interesses dos credores sociais. Com efeito, estes, cientes da débil situação patrimonial da sociedade, dificilmente aceitarão estabelecer relações com aquela, concedendo-lhe crédito, atenta a manifesta insuficiência de capitais próprios que possam responder pelas dívidas sociais. Logo, o risco provocado pela existência de uma sociedade no tráfego jurídico à qual falte a indispensável solidez financeira para o exercício da sua actividade é reduzido. No caso da chamada subcapitalização material inicial⁵⁷, esta insuficiência será particularmente nítida, pelo

⁵⁵ Cfr. WEEGHEL, STEF VAN, *The improper...*, cit., p. 121.

⁵⁶ É ao abrigo da noção de subcapitalização material que, entre nós, definem o conceito de subcapitalização ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, 1996, Coimbra, p. 208, DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital Social*, 2004, Coimbra, p. 222 e CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, 2000, Coimbra, p. 118.

⁵⁷ A subcapitalização material inicial pode ser entendida como a desproporção do capital da sociedade face ao seu objecto social e que se verifica logo no momento da sua constituição.

que as críticas habitualmente dirigidas por alguma doutrina ao legislador de insuficiente protecção dos credores sociais perdem alguma força⁵⁸. O mesmo não poderá ser afirmado em relação a uma situação de subcapitalização material superveniente⁵⁹. Aqui os riscos de lesão dos interesses dos credores sociais são bem mais sérios, especialmente os dos credores sociais mais fracos.

Também para o Direito fiscal não será a noção de subcapitalização material que mais directamente nos importará. Com efeito, não será a mera existência de uma desproporção do capital face à amplitude da actividade da sociedade, que nos poderá legitimar a classificar essa situação como uma situação de potencial evasão fiscal⁶⁰. É antes necessário convocar o conceito de subcapitalização nominal, segundo o qual a sociedade encontrar-se-á numa situação de subcapitalização quando existir uma acentuada desproporção entre o capital próprio e o capital alheio de que dispõe⁶¹. Imagine-se aquela sociedade por quotas constituída com o capital mínimo legal (5.000€), optando os sócios, posteriormente, em financiá-la através de suprimentos e não através de entradas de capital. Nestes casos, haverá não só um verdadeiro perigo para os credores sociais, como se poderão configurar ainda potenciais situações de evasão fiscal que importará combater.

⁵⁸ A favor de uma maior protecção da posição dos credores sociais, questiona-se a validade da tese pela qual todos os credores podem acautelar-se contra as situações de subcapitalização através de um conjunto de instrumentos que lhe são facultados pelo direito privado como, por exemplo, o estabelecimento de garantias pessoais, ou munindo-se da informação necessária para avaliar a situação patrimonial da sociedade, recorrendo para tal ao Registo Comercial da mesma. Trata-se da consagração do princípio *caveat creditor*. Ora, nas situações de subcapitalização material inicial, mesmo entre os credores sociais mais fracos e, portanto, inaptos para reunir o mesmo volume de informação sobre a sociedade como, por exemplo, uma instituição de crédito, ainda assim, aqui os riscos serão diminutos. Sobre os argumentos invocados pela doutrina que advoga a necessidade de adoptar um conjunto de medidas que assegurem a defesa dos credores sociais cfr. GOIKOETXEA, ROSA OTXOA-ERRARTE, *La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su Sociedad*, 2010, Navarra, p. 43 e segs.

⁵⁹ A subcapitalização material superveniente pode ser definida como a desproporção do capital da sociedade face ao seu objecto social, verificando-se num momento posterior à constituição da sociedade. Tal poderá dever-se, por exemplo, ao aumento do volume do negócio da sociedade, ou por a sociedade ter obtido resultados negativos que absorveram o capital próprio.

⁶⁰ Neste sentido cfr. RODRIGUES, PEDRO NETO, *O Regime jurídico-fiscal da Subcapitalização*, 2005, Fscalidade, n.º 21, p. 45.

⁶¹ É ao abrigo do conceito de subcapitalização nominal que, entre nós, definem o conceito de subcapitalização PEREIRA, JOÃO AVEIRO, *O Contrato de Suprimento*, 2.ª ed., 2001, Coimbra, p. 19, citando VENTURA, RAUL, *Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 1969, BMJ, n.º 182, p. 119. Como veremos oportunamente, esta é a noção de subcapitalização que consta do n.º 3, do art. 67.º do CIRC. Como nota LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, Sobre o Enquadramento Fiscal da Subcapitalização, in *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, Livro 3, 1998, Lisboa, p. 133, “na lei nacional, a definição de subcapitalização ou de endividamento excessivo assenta num coeficiente ou rácio com base no qual se presume existir excesso de endividamento quando o valor das dívidas de uma sociedade em relação a cada uma das entidades com quem existem relações especiais é superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio da sociedade”.

Antes de tecermos mais considerações sobre esta problemática em sede de Direito comercial e de Direito fiscal, é necessário realizar uma pequena excursão pelas formas de financiamento das sociedades. Começemos por dizer que a liberdade de financiamento dos sócios não deve, certamente, ser negada: os sócios dispõem da liberdade de decidir o montante e o modo pelo qual os recursos financeiros são colocados ao serviço da sociedade de maneira a que ela possa adequadamente cumprir o seu objecto social. Nisto consiste a liberdade de financiamento: ela implica não somente a liberdade de decisão quanto ao montante necessário para que a sociedade prossiga os seus fins, mas também o modo pelo qual esses montantes são configurados na estrutura de financiamento das sociedades. Essa configuração pode assumir uma de duas formas - o recurso a capital próprio ou a capital alheio. Dizer tão-só que o capital próprio corresponde às entradas dos sócios e às reservas da sociedade e que o capital alheio é constituído pelos fundos com que entidades não relacionadas com a sociedade a financiam, apesar de constituir uma primeira aproximação ao alcance dos conceitos, é uma abordagem insuficiente pelo que, antes de mais, importa aquilatar mais profundamente da noção jurídico-material de capital próprio e capital alheio. Começemos pelo capital próprio.

O capital próprio é fornecido à sociedade pelos sócios de forma directa, através da realização de entradas, ou de forma indirecta, através da retenção de lucros. De acordo com o n.º 1, do art. 31.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), o capital próprio apenas pode ser distribuído aos sócios caso tenha sido objecto de deliberação destes; além do mais, essa distribuição comporta sempre um limite: por força dessa distribuição, o património líquido da sociedade não poderá ser ou tornar-se inferior à soma do capital e das reservas legais ou estatutárias (art. 32.º do CSC). Por conseguinte, o capital próprio não pode ser retribuído de forma certa, sendo, de resto, legalmente proibida segundo o n.º 2, do art. 21.º do CSC, toda a estipulação que o faça. Além do mais, o reembolso do capital próprio é inclusive excluído em caso de falência da sociedade, tornando-se responsável pelas dívidas sociais. Diferentemente sucede com o capital alheio. O capital alheio é fornecido à sociedade por terceiros e não se encontra sujeito às normas do CSC que determinam a conservação do capital social, isto é, a cedência do capital será sempre reembolsada mesmo que, por força dessa remuneração, o património líquido da sociedade se torne inferior à soma do capital social e das reservas legais e estatutárias. Diga-se, ainda, que o capital alheio é

retribuído de forma certa através do pagamento de juros⁶². Pelo confronto dos dois modos de financiamento, podemos concluir que do recurso aos capitais alheios resultam maiores vantagens para os sócios quando comparado com o recurso a capitais próprios. Mas isso deve-se ao facto de o capital próprio se associar ao risco empresarial: recorrendo a capitais alheios, os sócios reduzem, certamente, esse risco, diminuindo os seus deveres para com a sociedade. Com efeito, em substituição de uma entrada de capital cuja remuneração se encontra subordinada ao art. 32.º do CSC, pode o sócio optar por conceder um empréstimo à sociedade cujo reembolso lhe é assegurado. Assim, assistimos, frequentemente, sob as vestes aparentes de empréstimos, os sócios constituírem verdadeiras entradas de capital. No entanto, assinale-se - é o financiamento da sociedade através de capitais próprios que confere aos sócios certos direitos sociais como a possibilidade de conformar a actividade social ou a aquisição de uma maior participação proporcional nos lucros e nas deliberações da sociedade.

Realizada uma pequena excursão pelas formas de financiamento das sociedades, voltemos ao ponto em que interrompemos o nosso discurso – das vantagens que resultam para os sócios em financiar a sociedade através de capitais alheios, que riscos emergem para a segurança do ordenamento jurídico comercial e fiscal da subcapitalização das sociedades e que obrigam a uma resposta por parte do legislador? Relativamente aos credores da sociedade, o perigo resultante de uma sociedade se encontrar nominalmente subcapitalizada surgirá da ilusão de que a sociedade contraente é uma sociedade financeiramente saudável quando, na verdade, a sua actividade é artificialmente assegurada por meio de empréstimos dos sócios, não dispondo, portanto, do capital próprio necessário para responder pelas suas dívidas sociais⁶³. Aqui é a ilusão da existência de uma situação financeira sólida que levará a que os credores contratem com a sociedade quando esta se encontra, na verdade, subcapitalizada; de outra forma, não havendo essa ilusão de saúde financeira, os credores não o fariam. Certamente que por si mesma, esta escolha dos sócios quanto ao modo de financiamento da sociedade, porquanto está na sua livre disponibilidade,

⁶² Sobre a distinção entre capital próprio e capital alheio v. PINTO, ALEXANDRE MOTA, *Do Contrato de Suprimento*, 2002, Coimbra, p. 27 e segs.

⁶³ O capital social assume-se para os terceiros que lidam com a sociedade como o garante do pagamento dos seus créditos porquanto os bens a ele afectos, por força do seu regime, destinam-se a garantir o pagamento das dívidas sociais. Cfr. ABREU, J. M. COUTINHO DE [coord.], *Estudos de Direito das Sociedades*, 9.ª ed., 2008, Coimbra, p. 202 e 203, DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital...*, cit., p. 200 e segs.

não deve ser censurada. Aliás: a concessão do empréstimo poderá revelar-se imprescindível para que a sociedade aumente a sua competitividade. Não é daqui que surge o perigo. Os riscos surgirão, antes, quando essa escolha quanto ao modo de financiamento não se revelar bem sucedida: então, a sociedade não disporá do capital próprio necessário para responder pelas suas dívidas sociais e o sócio que realizou suprimentos à sociedade, exigir o seu reembolso. Perante tal cenário, logicamente, que surgirão riscos para os credores sociais. Decerto a lei procura precaver-se contra estes riscos: obriga a que os sócios constituam um capital mínimo através das suas obrigações de entrada, directamente responsável pelas dívidas sociais; do mesmo modo, e com o intuito de conservar o capital da sociedade, a lei impede-a de distribuir lucros aos sócios quando a sua situação líquida se revelar inferior à soma do capital e das reservas legais e estatutárias. Mas de forma a evitar o abuso da personalidade colectiva pelos sócios, financiando estes a sociedade através de empréstimos reembolsáveis em lugar de entradas de capital não reembolsáveis de forma certa, estabelece a lei na alínea *a*), do n.º 3, do art. 245.º do CSC que, decretada a falência ou dissolvida a sociedade por qualquer causa, os suprimentos só podem ser reembolsados aos seus credores depois de inteiramente satisfeitas as dívidas daquela para com terceiros⁶⁴. As exigências da lei, no entanto, não garantem que a sociedade, ao constituir-se, seja dotada dos meios financeiros necessários à prossecução do seu fim, nem tão-pouco a adequação do capital próprio ao capital alheio ao longo da vida da sociedade⁶⁵.

À semelhança do que acabamos de dizer acerca do Direito comercial, também no Direito fiscal se sentem os efeitos nocivos da subcapitalização nominal das sociedades. Na verdade, a opção por uma ou outra via de financiamento não é

⁶⁴ Sobre o regime do contrato de suprimento no art. 245.º do CSC cfr. FURTADO, JORGE PINTO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed., 2004, Coimbra, p. 228.

⁶⁵ Com efeito, o regime do contrato de suprimento estabelecido no art. 245.º do CSC apenas garante a protecção dos credores sociais de forma *ex post*, aquando do decretamento da falência ou da dissolução da sociedade. Isso, contudo, não impede que a sociedade se encontre subcapitalizada ao longo da sua vida económica. Da mesma forma, e apesar do disposto no art. 245.º do CSC, poderão ocorrer situações em que o capital próprio seja insuficiente para satisfazer os interesses dos credores. *Quid iuris?* Nesses casos, em última instância, poderá configurar-se uma situação de desconsideração da personalidade colectiva. Como nota VENTURA, RAUL, *Apontamentos...*, cit., p. 120, o que está aqui em causa é «despedaçar o véu ou cortina da personalidade colectiva para atingir o verdadeiro e real substrato, que são os sócios». Sobre a teoria do «*piercing the corporate veil*» v. ainda EASTERBROOK, FRANK H. e DANIEL R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, Cambridge, p. 54 e segs.

fiscalmente neutra⁶⁶, em função do diferente tratamento que a lei dispensa a dividendos e a juros. Ora, como sabemos, a tributação não é um factor negligenciável nas decisões de gestão e, portanto, os sócios não ignoram os efeitos decorrentes da lei fiscal na escolha da forma de financiamento da sociedade. Com efeito, nos termos da alínea c), do n.º 1, do art. 23.º do CIRC, os juros de capitais alheios aplicados na exploração serão havidos como gastos e, como tal, serão dedutíveis em relação ao lucro tributável, reduzindo-o. O art. 23.º do CIRC emprega o conceito de indispensabilidade, traçando, através dele, a linha divisória entre o financiamento feito no interesse próprio da empresa e o financiamento feito no interesse do sócio. A justificação que subjaz à aceitação da dedutibilidade destes custos é que eles correspondem a despesas cujo fim é o interesse específico da empresa. Isso não significa que essa despesa tenha um fim imediatamente lucrativo: importa sim, que ela seja feita no interesse da sociedade. Como nota SALDANHA SANCHES⁶⁷, «o requisito da indispensabilidade dos custos para a formação de proveitos deve ser aferido por critérios de racionalidade económica face aos objectivos estatutários e atendendo, por isso, à razoabilidade e à fundamentação das decisões de gestão no momento e nas circunstâncias em que são tomadas». Ao contrário dos juros, os dividendos decorrentes da remuneração do capital próprio, por outro lado, não são considerados como gastos, logo, não podem ser deduzidos ao lucro tributável.

Confrontando as duas opções, seria, pois, fiscalmente mais vantajoso assegurar o financiamento das sociedades por empréstimos do que por entradas de capital. Dessa maneira, a sociedade A poderia transferir os seus lucros para a sociedade B sob a forma de juros dedutíveis no momento do cálculo do seu lucro tributável, e não sob a forma de dividendos não dedutíveis. Assim, se a sociedade A e a sociedade B residissem em diferentes países, a dívida fiscal seria, por conseguinte, transferível de um país para o outro.

⁶⁶ Salientando as vantagens fiscais que podem ser obtidas consoante o financiamento da sociedade seja realizado através de capitais próprios ou capitais alheios cfr. RODRIGUES, PEDRO NETO, *O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance*, 2005, Fiscalidade, n.º 21, p. 47 e segs.; FERREIRA, LEONOR FERNANDES, *A Influência da Fiscalidade na Formação e na Aplicação da Poupança das Empresas*, 1996, CTF, n.º 392, Lisboa, p. 15 e segs.; SILVA, JOSÉ MANUEL BRAZ DA, *Os Paraísos...*, cit., p. 147 e segs.; LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, *Sobre o Enquadramento...*, cit., p. 129, CUNHA, PATRÍCIA NOIRET SILVEIRA DA, *A Subcapitalização no Direito Português – Apreciação face ao Direito Comunitário*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume II, 2000, Coimbra, p. 501 e 503, MARTINS, ANTÓNIO e MÁRIO AUGUSTO, *Is Thin Capitalization a Fiscal Problem? An Empirical Analysis that shows it may be overstated*, 2009, RFPDF, Ano 2, Número 1, p. 164 e 165.

⁶⁷ SANCHES, J. L. SALDANHA, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª ed., 2007, Coimbra, p. 384.

Figura III – O Financiamento das Sociedades através de Capital Próprio e Capital Alheio

	Financiamento através de Capital Próprio	Financiamento através de Capital Alheio
	Sociedade A	Sociedade B
Lucro Tributável	1.000,00 €	1.000,00 €
Encargos com Juros	0 €	200.000€
Lucro Tributável após Dedução	1.000.00 €	800.000 €
Montante de Imposto a Pagar	250.000€	200.000€
Lucro após Imposto	750.000€	800.000€

Por exemplo: a Sociedade A e a Sociedade B apresentam um lucro tributável de 1.000,00€. Mas enquanto a Sociedade A financiou-se recorrendo a capitais próprios, a Sociedade B recorreu a capitais alheios, no valor de 2.000,00 €, com uma taxa de juro de 10%, tendo, portanto, um encargo de 200.000€ com juros. Por conseguinte, ao abrigo do art. 23.º do CIRC, esse montante é deduzido do lucro tributável, fixando-o em 980.000 €.

Da mesma forma, recorrendo-se ao financiamento através de capitais alheios, e sendo o mutuante não residente, os juros por ele recebidos serão tributados a uma taxa de 15%, nos termos do art. 101.º, n.º 1, alínea a) do CIRS. Ora, financiando-se a sociedade pelo recurso a capitais próprios, os dividendos recebidos pelos sócios não residentes serão sujeitos, segundo o art. 71.º, n.º 1, alínea c) do CIRS, a uma taxa de 20%. Há, pois, do ponto de vista do mutuante, um atractivo na remuneração através de capitais alheios que pode influir na decisão do modo de financiamento da sociedade.

O recurso ao financiamento por capitais alheios constitui igualmente uma forma de evitar a dupla tributação dos lucros distribuídos: nesse caso, o juro será apenas tributado na esfera do mutuante, enquanto a sociedade mutuária poderá apresentar a remuneração do capital como gasto dedutível ao lucro tributável. Num sentido inverso, sendo o financiamento efectuado através de capitais próprios, os dividendos serão tributados quer na esfera da sociedade mutuária, quer na esfera do mutuante.

Sublinhe-se, todavia, que existem mecanismos destinados a evitar a dupla tributação dos dividendos. Assim, se o mutuante for uma pessoa colectiva residente em Portugal, reunidos os requisitos indicados pelo n.º 1, do art. 51.º do CIRC, os lucros já anteriormente tributados poderão ser deduzidos do lucro tributável, evitando-se, desse modo, a dupla tributação. Por outro lado, se o mutuante for uma pessoa singular residente em Portugal, de acordo com o art. 40.º-A, n.º 1 do CIRS, os lucros apenas serão considerados em 50% do seu valor.

Em função das considerações expostas acerca do diferente tratamento de que são alvo juros e dividendos pela lei fiscal, os sócios, no momento de decidir o modo pelo qual irão financiar a sociedade, se através de capitais próprios, se através de capitais alheios, não esquecem a não neutralidade da lei, procurando retirar vantagens da liberdade que o legislador lhes concede. Importa, porém, esclarecer que as situações de subcapitalização nominal, embora estando normalmente associadas a potenciais situações de elisão fiscal, poderão ser justificadas por outras motivações, que não motivações fiscais. Como observamos anteriormente a propósito das sociedades *holding*, uma das funções que lhes são atribuídas é a obtenção de liquidez junto dos mercados financeiros internacionais de forma a poder financiar as subsidiárias do grupo económico a custos mais reduzidos. Ora, o recurso a este tipo de financiamento intra-grupo visa reduzir os custos de transacção para a obtenção do empréstimo, maximizando a rentabilidade, e não se subordina a motivações puramente fiscais⁶⁸. Aqui, são, pois, razões de rentabilidade que motivam o financiamento. Além do mais, razões de confidencialidade poderão influir na decisão: segundo o disposto na alínea r), do n.º 1, do art. 3.º do CRC, o aumento do capital social está sujeito a registo, cuja publicidade é obrigatória, excepto tratando-se de sociedades em nome colectivo ou sociedades em comandita simples (art. 70.º, n.º 1, al. a) do CRC). O recurso a capital alheio, pelo contrário, dispensa estas formalidades, o que o torna mais acessível para fazer face a necessidades de financiamento imediatas.

⁶⁸ Como observamos anteriormente a propósito das sociedades-base, uma das funções da *holding* consiste na actividade de captação de financiamento que, posteriormente, será canalizado para as subsidiárias do grupo, reduzindo os custos de transacção. O objectivo desta operação poderá, pois, ser o de reduzir o custo de financiamento do grupo no mercado. A motivação fiscal, contudo, aparece frequentemente lado a lado deste tipo de operação: com efeito, as sociedades-base são utilizadas para conceder empréstimos às subsidiárias do grupo, recebendo, como contrapartida, os respectivos juros. Todavia, sob a roupagem do pagamento de juros pelas subsidiárias existe, muitas vezes, uma distribuição oculta de dividendos. A rentabilidade desta operação será maximizada se o país de residência da subsidiária considerar como encargo dedutível ao lucro tributável o pagamento de juros. Sobre estão v. MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação...*, cit., p. 182 e 183.

Observamos que o financiamento da sociedade pelo recurso a capitais alheios pode revelar-se fiscalmente vantajoso. Todavia, é necessário ter presente que essa opção comporta riscos: vimos que o recurso a capitais próprios está associado ao risco da actividade empresarial uma vez que a sua remuneração é dependente da obtenção de resultados positivos; em contrapartida, o recurso a capitais alheios está relacionado com o risco financeiro, ou seja, o risco de cumprir a determinada altura uma obrigação com uma determinada remuneração (juro), independentemente da situação financeira da sociedade. Por conseguinte, o excessivo recurso a capitais alheios e, portanto, ao endividamento, expõe a sociedade às alterações da conjuntura económica, tornando-a menos sólida e possibilitando que resultados empresariais negativos, ainda que não significativamente relevantes, coloquem em causa a competitividade da empresa, o seu crescimento e, em última instância, a sua própria sustentabilidade.

Parte III

As Medidas de Combate à Evasão Fiscal

1. A Cláusula Geral Anti-Abuso

A questão da fraude à lei, isto é, a definição da reacção do ordenamento jurídico-tributário à situação em que «a lei, proibindo certos negócios, omite contudo proibir outros que conduzem ao mesmo resultado, ou a um resultado diverso, mas tão parecido que praticamente se identifica com ele»⁶⁹ é uma questão legalmente firmada desde a consagração no ordenamento jurídico português da cláusula geral anti-abuso⁷⁰. Assim, sempre que se verifique uma situação de fraude à lei fiscal, estabelece o art. 38.º, n.º 2 da LGT a anulação dos efeitos fiscais do negócio jurídico, salvaguardando-se, no entanto, os respectivos efeitos civis. É a consagração legal do entendimento que a mais recente doutrina portuguesa realiza do princípio da legalidade, segundo o qual «a garantia constitucional do art. 106.º, n.º 2, da CRP [agora art. 103.º, n.º 2] não se pode exercer sempre e em quaisquer circunstâncias, para satisfazer um qualquer fim pretendido pelo seu titular»⁷¹.

Até então, as soluções apresentadas pela doutrina para combater o fenómeno da evasão fiscal chocavam sempre com as apertadas exigências de que o legislador constitucional rodeou o sistema fiscal, nomeadamente o princípio da legalidade que se traduz na reserva de lei para a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos de forma suficientemente determinada, sem margem de liberdade para desenvolvimento regulamentar nem para discricionariedade administrativa quanto aos seus elementos essenciais⁷². Decorrem, portanto, deste princípio rigorosos limites na formulação, interpretação e integração das leis fiscais. E foi em função destes apertados limites que na doutrina portuguesa durante muito tempo, o princípio da

⁶⁹ ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 1964, Coimbra, p. 337.

⁷⁰ Para uma resenha histórica da introdução da cláusula geral anti-abuso no ordenamento jurídico português v. NUNES, GONÇALO AVELÁS, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal – Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária – à luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, 2000, Fiscalidade, n.º 3, p. 53 e segs. e COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*, 2004, Coimbra, p. 163 e segs.

⁷¹ GOUVEIA, JORGE BACELAR, *A Evasão Fiscal na Interpretação e Integração da Lei Fiscal*, 1994, CTF, n.º 373, Lisboa, p. 39.

⁷² CANOTILHO, J. J. GOMES e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 1090 e 1091.

legalidade fiscal era associado a uma tipicidade fechada, isto é, «o princípio da determinação converte o tipo tributário num tipo rigorosamente fechado», «limitando-se o órgão de aplicação de direito a nela subsumir o facto tributário»⁷³. Esta era a concepção de ALBERTO XAVIER, fazendo eco da posição da doutrina alemã do pós-guerra nesta questão⁷⁴.

Com o devido respeito, o entendimento do princípio da legalidade e da tipicidade formulado por esta doutrina apenas pode ser validamente compreendido à luz da conjuntura histórico-jurídica em que se desenvolveu – não na actualidade. Com efeito, a doutrina da reserva absoluta de lei de ALBERTO XAVIER, cujos corolários eram a tipicidade fechada, o exclusivismo e a determinação, não era exclusiva à doutrina portuguesa: como referimos, era também a concepção predominante na doutrina alemã no período do pós-guerra em consequência dos abusos e dos arbítrios na interpretação da lei fiscal verificados com o regime nacional-socialista. Por essa altura, as actuações confiscatórias da Administração Fiscal em desrespeito da lei, servindo-se caprichosamente de expressões como a «visão do mundo nacional-socialista», «o espírito do povo», o «tipo económico» ou as «condições económicas» inquinaram a interpretação da lei fiscal⁷⁵. Foi, pois, com naturalidade, que em reacção a estes eventos o Direito Fiscal rumou a uma tradição positivista, ancorado nas características da absoluta determinação da lei e a respectiva aplicação lógico-subsumtiva com o fim de evitar abusos na interpretação da lei. Isto marca já uma divergência do Direito Fiscal em relação à evolução da Metodologia do Direito uma vez que a teoria iluminista da estrita vinculação entre a lei e o juiz começou a declinar já no século XIX⁷⁶. É, no entanto, uma divergência compreensível como reacção aos abusos que haviam sido cometidos no período do nacional-socialismo e, portanto, pelo objectivo de submeter o órgão aplicador do Direito à *rule of law*.

Esta concepção não faz, todavia, sentido à luz do actual estágio de desenvolvimento do Direito Fiscal. Decerto a determinação está associada à tipicidade e a tipicidade

⁷³ XAVIER, ALBERTO, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, Coimbra, p. 328 e segs.

⁷⁴ E adoptado depois por outros autores de grande relevo como FAVEIRO, VÍTOR, *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português. Introdução ao Estudo da Realidade Tributária. Teoria Geral do Direito Fiscal*. I Volume, 1984, Coimbra, p. 187-189, GOMES, NUNO SÁ, *Manual de Direito Fiscal*, 9.^a ed., Volume II, 2000, Lisboa, p. 40, MARTÍNEZ, PEDRO SOARES, *Manual de Direito Fiscal*, 1984, Coimbra, p. 105 e 106.

⁷⁵ V. por todos DOURADO, ANA PAULA, *O Princípio da Legalidade Fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, 2007, Coimbra, p. 11-13 e p. 565 e segs.

⁷⁶ Cfr. ENGISCH, KARL, [trad. de J. Baptista Machado] *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 9.^a ed., 2004, Lisboa, p. 205-207, criticando a posição de BOCKELMANN.

está associada à previsibilidade, à objectividade, à vinculação da Administração à lei. O Direito evoluiu, no entanto: o tempo em que se pensava que a norma jurídica rigorosamente elaborada assegurava uma absoluta clareza e segurança jurídicas, já lá vai. Aliás, a própria defesa acérrima do princípio da legalidade com o seu corolário de reserva absoluta de lei, procurando conferir maior segurança ao ordenamento jurídico-tributário redundou precisamente no efeito oposto ao pretendido: o direito fiscal tornou-se incerto e complexo com a proliferação de um emaranhado de normas, tentando o legislador fiscal debalde regular com a mais absoluta exactidão a vida na pluralidade das suas formas, mas nunca o verdadeiramente conseguindo⁷⁷. Subjacente a esta posição tradicional estava o receio da imprevisibilidade da lei e as possibilidades que dela decorreriam se utilizada abusivamente pela Administração fiscal, sem que os tribunais o impedissem, tutelando os direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados. Mas mesmo este argumento deixou de colher desde a Reforma Fiscal de 1989, altura em que foram eliminadas as disposições dos códigos fiscais que obstavam ou limitavam o recurso judicial dos actos de determinação, avaliação ou quantificação da base de imposto⁷⁸.

Esta posição, visando a defesa das garantias dos contribuintes, pode conduzir ao objectivo inverso àquele a que se propõe. Por exemplo, quando o legislador formula um tipo legal aberto ou indeterminado, o órgão aplicador do direito pode atingir um facto tributário que, tendo em conta o espírito do sistema, não deveria ser atingido, dando lugar a soluções contrárias ao espírito do sistema. Assim sucede, por exemplo, quando o órgão aplicador do direito considera sujeitos a IRS os juros de mora

⁷⁷ Veja-se a este propósito o que diz LARENZ, KARL, [trad. de José Lamego] *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., 1997, Lisboa, p. 439: «Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa». Ou ENGISCH, KARL, [trad. de J. Baptista Machado] *Introdução...*, cit., p. 233 e 234: «O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e «provisoriamente» dominar a matéria jurídica». O mesmo é válido para o Direito Fiscal: diz DOURADO, ANA PAULA, *O Princípio...*, cit., p. 19, que a defesa de uma reserva exclusiva de lei em matéria fiscal, nada vale «perante o reconhecimento de limites metodológicos a uma determinação total da lei». Sobre a busca do legislador fiscal de uma segurança formal inatingível v. SANCHES, J. L. SALDANHA, *Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, 2000, CTF, n.º 398, Lisboa, p. 26 e 27 e THE TAX LAW REVIEW COMMITTEE, *Tax Avoidance: A Report by the Tax Law Review Committee*, 1997, London, p. 4 e 5, para. 1.19. No mesmo sentido v. NABAIS, CASALTA, *O Dever...*, cit., p. 377, concordando com as análises de H. J. PAPIER e C. LAMBRECHT, quanto à relação entre a pormenorização da lei com a sua indeterminabilidade.

⁷⁸ Com efeito, a análise do grau de densificação normativa dos conceitos indeterminados no direito fiscal, bem como a respectiva margem de livre apreciação, do ponto de vista do princípio da legalidade, tem de ser realizada conjugadamente com a garantia de recurso contencioso e com a amplitude dos poderes de cognição dos tribunais fiscais. A Reforma Fiscal de 1989 possibilitou a arguição em recurso contencioso da errónea quantificação do rendimento colectável, alargando o campo das garantias dos contribuintes. Cfr. CUNHA, PAULO DE PITTA E, *A Reforma Fiscal*, 1989, Lisboa, p. 208.

decorrentes de indemnização devida ao abrigo de contrato de seguro. O art. 5.º, n.º 1, al. g), do CIRS considera rendimentos de capitais sujeitos a IRS os juros resultantes da mora no pagamento de obrigações pecuniárias; por sua vez, o art. 12.º, n.º 1, al. b), do CIRS estabelece que o IRS não incide sobre as indemnizações recebidas ao abrigo de contrato de seguro. O STA⁷⁹ concluiu que «os juros de mora devidos por atraso no pagamento de indemnização fundada em responsabilidade civil extracontratual são considerados como rendimentos de capitais para efeitos da alínea g) do n.º 1 do art.º 6º do CIRS», operando uma interpretação formalista da lei. Diferentemente seria se o Tribunal tivesse considerado a *ratio legis* dos artigos em causa. O art. 5.º, n.º 1, al. g) do CIRS (então art. 6.º, n.º 1, al. g)) visa impedir situações de evitação fiscal em que através de simulação ou de uma efectiva mas acordada dilação do cumprimento da obrigação pecuniária, rendimentos que, em princípio, estariam sujeitos a IRS fossem artificialmente subtraídos a tributação por via do pagamento a título de juros moratórios. O princípio geral era o de que, na medida em que visam compensar alguém pela lesão ou privação de bens, as indemnizações não constituem rendimento tributável em sede de IRS. No caso concreto, a prestação do devedor tão pouco corresponde a uma prestação pecuniária que consubstancia um rendimento sujeito a IRS nos termos do art. 12.º, n.º 1, al. b) do CIRS (então art. 13.º, n.º 1). Logo, ao contrário do que foi o entendimento sufragado pelo Tribunal, analisando a *ratio legis* da lei e a sua intenção, deveríamos concluir que os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de quantias pecuniárias que não correspondem a rendimentos não sujeitos a IRS não devem ser sujeitos a IRS⁸⁰. Aqui a interpretação acaba por se traduzir favoravelmente ao contribuinte. No procedimento da cláusula geral anti-abuso sucede o inverso – o órgão aplicador do direito interpreta a norma, averiguando se ela contém uma intenção de tributar a situação de facto perante a qual está confrontado; revelando a lei essa intenção, a cláusula geral anti-abuso destina-se a tributar um negócio jurídico subsumido a uma norma fiscal a que o contribuinte procurava abusivamente evadir-se. Dever-se-á aceitar a interpretação teleológica no caso descrito e recusá-la quando aplicada à cláusula geral anti-abuso? Tal

⁷⁹ Cfr. Processo 024936, de 10-05-2000 do STA.

⁸⁰ Seguimos aqui a opinião exposta por MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito por Linhas Tortas e Torto por Linhas Direitas*, 2000, Fiscalidade, n.º 4, p. 67-79. No mesmo sentido, «conduzindo a aplicações da lei totalmente opostas ao que constituiria uma aplicação racional, de acordo com princípio e de acordo com a *ratio legis* da lei fiscal» v. SANCHES, J. L. SALDANHA, *IVA: Controlo Fiscal e Direito ao Reembolso*, 2001, Fiscalidade, n.º 5, p. 83-99, na anotação ao Processo 023785, de 26-05-1999 do STA.

representaria recair nos velhos estigmas do direito fiscal da interpretação «*in dubio contra fiscum*» ou da «*odiosa restringenda*». Não se trata aqui de favorecer com a actividade interpretativa ora a Administração Fiscal, ora o contribuinte: não se pretende favorecer *a priori* nem um, nem outro. Trata-se apenas de aplicar os princípios gerais de interpretação; somente *a posteriori*, e atendendo ao resultado da actividade interpretativa, se poderá dizer, em concreto, qual a solução legal sem recair nesses velhos preconceitos, tendo, no entanto, em atenção as exigências que o legislador constitucional formulou para o sistema fiscal, designadamente a proibição de recurso à analogia quanto aos elementos essenciais dos impostos.

Dever-se-á manter assim uma defesa do contribuinte quando ele pretende subtrair-se à tributação, aproveitando-se do princípio da tipicidade, ou, pelo contrário, «retirar-lhe a cobertura jurídica oferecida pela garantia, na medida em que esse exercício ultrapassa a finalidade com que essa mesma garantia fora concedida»⁸¹? Com efeito, como nota CUNHA DE SÁ, «o meio ou modo por que se exerce um direito subjectivo, o fim para que o mesmo direito é exercido e, ainda, a causa ou causas determinantes desse direito não são extrínsecos ao pensamento jurídico»⁸². Ao que acrescenta o mesmo autor: «sendo a natureza dos direitos subjectivos uma natureza teleológica e materialmente fundada, como síntese de toda esta realidade global, há-de ser por oposição a ela própria que o acto de exercício de um determinado direito se revelará abusivo»⁸³.

A resposta da jurisprudência, quando destituída de uma solução legal como a cláusula geral anti-abuso terá de ser de resignação perante a evitação fiscal. Veja-se, por exemplo, o caso de um contribuinte que, adquirindo um terreno, em seguida nele constrói uma fábrica têxtil, aproveitando-se abusivamente de uma norma que previa uma isenção automática da sisa nas transmissões de terreno confinantes com prédio do adquirente se da reunião resultasse uma parcela de terreno apta para cultura que não exceda certos limites⁸⁴. A norma em causa tinha por objectivo incentivar a redução do minifúndio em certas regiões do território português. Estamos, claro está, perante um «flagrante aproveitamento de uma isenção para uma finalidade sem

⁸¹ GOUVEIA, JORGE BACELAR, *A Evasão...*, cit., p. 39.

⁸² SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE, *Abuso do Direito*, 1997, Coimbra, p. 436.

⁸³ *Idem*, p. 437.

⁸⁴ V. Processo 014275, de 21-06-1995 do STA.

nenhuma relação com a causa justificativa da atribuição da mesma»⁸⁵, isto é, perante um exercício de um direito teleologicamente desconforme com a causa que lhe é imanente. O STA, porém, na ausência de uma cláusula geral anti-abusiva, confrontado perante a proibição de recurso à analogia, considerou tal lacuna uma situação de evasão fiscal lícita cuja liquidação enfermava de ilegalidade.

1.1. A Interpretação das normas fiscais: as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e a fraude à lei

O Direito Fiscal não se basta a si mesmo, recebendo contributos de outros ramos do Direito. Desde logo do Direito Penal através do princípio da tipicidade⁸⁶. E mesmo na dogmática penal, a determinabilidade decorrente do princípio da legalidade não implica uma proibição de recurso a conceitos indeterminados ou cláusulas gerais; o que se procura assegurar é uma determinabilidade objectiva das condutas proibidas⁸⁷.

⁸⁵ SANCHES, J. L. SALDANHA, *A Interpretação da Lei Fiscal e o Abuso de Direito – Anotação ao AcSTA de 21-06-1995*, 1996, Fisco, n.º 74/75, Lisboa, p. 107.

⁸⁶ Foi HENSEL quem colocou o *Tatbestand* como elemento fundamental das garantias do contribuinte, influenciado pela concepção da tipicidade penal de BELING. A expressão «*nullum tributum sine lege*» não é mais do que a recepção do princípio do Direito Penal «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». KAUFMANN, na nossa opinião de forma excessiva, considera inclusive irrealista o princípio da tipicidade no direito penal. Para este autor, a norma não se dirige verdadeiramente ao cidadão, isto é, «*la pubblicazione sulla gazzetta non serve alla diffusione della legge, ma alla fissazione del suo autentico significato letterale*». Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, 2003, Milano, p. 188.

Sem recair nesta posição que nos parece excessiva, também, no que tange ao Direito Fiscal, não se deve aceitar acriticamente o entendimento tradicional formulado pelo BVerfG de que «o princípio da tipicidade, como expressão do princípio do estado de direito, implica que os pressupostos de facto do imposto sejam determinados de tal modo que o contribuinte possa calcular antecipadamente o encargo fiscal que sobre ele recai». Criticando, pois, este entendimento do Tribunal diz CASALTA NABAIS que o princípio da determinabilidade, realisticamente, deve ser entendido com alguma moderação, pelo que conclui que «atenta a complexidade dos impostos, mormente do(s) que se concretiza(m) na tributação pessoal, em relação à qual a fórmula criticada seria mais útil, o princípio em causa jamais terá o condão de possibilitar, sobretudo a um leigo, calcular antecipadamente o seu encargo fiscal». Sobre esta questão v. NABAIS, CASALTA, *O Dever...*, cit., p. 355 e 356.

⁸⁷ No plano da determinabilidade isto implicará que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos que habilitem a punição se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos para que os cidadãos possam conformar a sua conduta. O mesmo é válido para o Direito Fiscal cujo ordenamento funciona como um sistema de comunicação pelo qual o contribuinte procede ao seu planeamento fiscal. Sobre este ponto v. SANCHES, J. L. SALDANHA, *A Quantificação da Obrigação Tributária*, 1995, CCTF, n.º 173, Lisboa, p. 36 e segs.

Foi WELZEL quem primeiro tratou desta questão no âmbito do direito penal, reconhecendo que, em certos casos, os elementos definidores do tipo teriam de ser complementados, não se descrevendo esgotantemente na definição legal da conduta. Sobre o princípio da legalidade e da determinabilidade no Direito Penal v. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2004, Coimbra, p. 173 e segs. e p. 274 e segs. Num plano distinto, incidindo sobre a tipicidade dos direitos reais, mas chegando a conclusões semelhantes v. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, p. 63.

Hoje, a técnica legislativa em vez de optar por uma configuração casuística da norma legal «circunscrevendo particulares grupos de casos na sua especificidade própria»⁸⁸, opta por «uma formulação suficientemente ampla para abranger factos da mesma natureza e igualmente indicadores de capacidade tributária, ainda que com características que entre si os diferenciem»⁸⁹. Assim o será desde logo com as cláusulas gerais: elas permitem que a norma contenha em si um grupo mais alargado e mais vasto de situações, tratando-as de uma forma mais maleável, ajustando a situação de facto à norma e à consequência jurídica nela prescrita. Uma determinação casuística possibilitará sempre que determinados rendimentos contidos na *ratio legis* não figurem na letra da lei, adstringindo-a; por conseguinte, o princípio da igualdade pode ser postergado, ou seja, o casuísmo poderá criar casos em que rendimentos idênticos são tratados de forma diferente. Logicamente, o uso de cláusulas gerais ao evitar este risco, criará outros – assim, o aplicador deparar-se-á com um quadro geral que necessitará da sua concretização e do seu preenchimento. Impondo o uso de cláusulas gerais a obrigação de uma valoração adicional na interpretação da lei fiscal violar-se-á, desse modo, as exigências postuladas pelo princípio da legalidade? Diremos com ENGISCH que «as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas»⁹⁰. Com efeito, não se poderá falar de discricionariedade quando o legislador deliberadamente afrouxa a densidade legal, mas ainda assim, orienta, guia, dirige e encaminha o intérprete a um caminho pré-fixado na *telos* da lei, mas que a letra não pode apreender em toda a sua individualidade.

O mesmo se dirá da utilização de conceitos indeterminados. Por vezes, a técnica legislativa torna imprescindível o recurso a estes conceitos que, pela sua flexibilidade, garantem o ajustamento da lei a novas situações, ainda que não formalmente descritas com precisão, mas que, no entanto, na sua substância, são idênticas às soluções formalmente tipificadas, evitando que o legislador proceda, sistematicamente, a alterações nos códigos tributários, aumentando, por esta via, a sua instabilidade e complexidade⁹¹.

⁸⁸ ENGISCH, KARL, [trad. de J. Baptista Machado] *Introdução...*, cit., p. 228.

⁸⁹ SANCHES, J. L. SALDANHA, *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito*, CTF, n.º 310/312, Lisboa, p. 299.

⁹⁰ ENGISCH, KARL, [trad. de J. Baptista Machado] *Introdução...*, cit., p. 233.

⁹¹ Num sentido contrário v. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Evolução e Perspectivas do Direito Fiscal*, 1983, ROA, Ano 43, III, p. 664 e segs. Esquece o autor que ao recusar o recurso a conceitos indeterminados por postularem a integração e, portanto, implicarem insegurança, recai precisamente na

À luz destas considerações será ainda de defender que a tarefa do aplicador do direito se resuma à mera subsunção da situação de facto no conteúdo da norma? Não existindo a rigorosa e exacta determinação do tipo legal pelo legislador, tornando-o um tipo fechado, mas antes num tipo que necessita de ser densificado, imediatamente as consequências do modo como a lei é formulada se repercutirão na interpretação da lei pelo julgador, isto é, na aplicação da lei, e nomeadamente na incapacidade metodológica da interpretação lógico-subsuntiva em responder adequadamente a esta problemática das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Demonstrada, pois, a existência de uma reserva absoluta de lei inatingível e inalcançável, a questão, todavia, mantém-se: como garantir as exigências constitucionais de legalidade e determinação (art. 103.º, n.º 2 da CRP)?

A interpretação não se faz independentemente, separadamente da norma: na verdade, a interpretação literal constitui o ponto de partida da interpretação. Ela é ponto de partida porque cinge os limites da actividade interpretativa e é ponto de chegada porque uma interpretação que não se reconduza à norma não é interpretar a norma - é modificar-lhe o sentido. Sucede, todavia, que para a doutrina tradicional, a interpretação literal é simultaneamente ponto de partida, ponto de chegada, bem como ponto intermédio da tarefa interpretativa⁹².

A interpretação nada mais visa do que dar intenção à vontade do legislador, vontade essa que se encontra, contudo, insuficientemente expressa, «dando-lhe um alcance

solução que pretende evitar com a inadmissibilidade do recurso aos conceitos indeterminados – a instabilidade do sistema que seria, forçosamente, a consequência de uma excessiva pormenorização das normas. Por outro lado, a «valia técnica» da lei tem precisamente de residir na sua capacidade de ajustamento, de maleabilidade, de plasticidade e, assim, na inevitabilidade de recorrer a conceitos indeterminados sem, contudo, esquecer as exigências de determinabilidade, garantindo um mínimo de clareza e de transparência do tipo.

A própria jurisprudência do TC não nega a possibilidade de recurso a conceitos indeterminados, rodeando-a, contudo, de cautelas: o conceito indeterminado deve sempre ter «um tal grau de densificação normativa que corresponda[m] a um mínimo de critérios objectivos que balizem essa actuação discricionária da Administração» de forma a que a norma seja suficientemente previsível aos olhos dos cidadãos, bem como os elementos necessários à tutela jurisdicional dos administrados. Cfr. Acórdão n.º 233/84 do TC.

Exemplo de conceitos indeterminados utilizados pelo legislador fiscal ilustra NABAIS, CASALTA, *O Dever...*, cit., p. 379 e 380.

⁹² Veja-se, entre nós, a crítica que CASTANHEIRA NEVES dirige à concepção tradicional da interpretação jurídica, na esteira de MULLER, de KAUFMANN, de LARENZ. Para CASTANHEIRA NEVES, a interpretação não visa apenas a determinação da significação da norma, ou a apreensão do seu sentido textual; com efeito, uma boa interpretação é antes «aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto». Assim sendo, o objecto da interpretação não pode ser apenas o texto da norma, mas a normatividade que a norma, como critério jurídico, pode oferecer. Cfr. NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, 1993, Coimbra, p. 83 e 84, p. 142 e segs.

conforme ao pensamento legislativo»⁹³, identificando a letra da lei ao espírito da lei. Não há aqui qualquer procedimento analógico que, como sabemos, é proibido pelo art. 11.º, n.º 4 da LGT. Há apenas um alargamento da letra da lei de forma a estender a aplicação da norma a casos não previstos pela sua letra mas compreendidos pelo seu espírito; ao passo que na analogia aplicar-se-ia a norma mesmo àquelas situações que não estariam compreendidas no seu espírito⁹⁴. O que há, pois, é uma verdadeira interpretação extensiva que não é proibida pelas normas fiscais. Na verdade, a interpretação do juiz não é feita de *lege ferenda*, mas objectivamente, partindo da lei e, portanto, de *lege lata*. O mesmo é dizer: devemos distinguir aquelas situações em que o legislador conscientemente não tributa certos negócios jurídicos, isto é, a intenção de tributar não encontra suporte na letra e no espírito da lei, daquelas outras situações em que a intenção de tributar apesar de não se encontrar inequivocamente contida na letra da lei (porque o legislador se exprimiu de forma imperfeita ou porque o legislador recorreu a um tipo indeterminado), certamente se encontra compreendido no seu espírito. Na primeira situação, o intérprete não está autorizado a tributar o negócio (mesmo que haja uma incompletude contrária a um plano) pois a norma nem no seu *corpus*, nem no seu *animus*, revela essa intenção; na segunda situação é permitido ao julgador agir legitimamente interpretando de *lege lata*. É certo que é o intérprete que sente a falta de uma regulamentação mais precisa cuja existência ele representa; poder-se-ia dizer que esse sentimento não é senão o seu sentimento individual e, portanto, discricionário. Mas não será assim: é antes uma valoração objectivamente válida porque parte da lei e nela encontra eco; não há uma valoração de *lege ferenda*, do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito, uma qualquer lacuna política, mas de *lege lata*, isto é, que encontra arrazoado no Direito vigente.

Essa luta deve, sem dúvida, em primeiro lugar, ser assumida pelo legislador através da formulação de leis que sejam tão claras, precisas e previsíveis quanto possível de modo a que isso se reflecta numa maior segurança e estabilidade do ordenamento jurídico. Mas vimos que isso, na realidade, nem sempre é possível, ou seja, nem sempre o legislador pode prever todas as formas negociais, nem tão-pouco o pode fazer de forma fixa e inequívoca. Assim sendo, a cláusula geral anti-abuso surge

⁹³ MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 2004, Coimbra, p. 185.

⁹⁴ Sobre a distinção entre interpretação e integração da lei v. MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução...*, cit., p. 192 e 193 e MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., 1992, Coimbra, p. 100. Reconhecendo, no entanto, que esta distinção é problemática v. NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia...*, cit., p. 265 e segs.

como uma válvula de escape do sistema pela qual se criam obstáculos legais àquelas manipulações negociais cujo único ou principal objectivo é contornar a norma, de forma a obter uma poupança fiscal.

O problema da fraude à lei surge, naturalmente, com grande acuidade no direito fiscal: sendo o direito fiscal o direito dos impostos, e consistindo o imposto numa prestação unilateral exigida pelo Estado e inexistindo uma contraprestação pelo respectivo pagamento, o contribuinte sentir-se-á tentado a celebrar contratos que, não obstante não atentarem frontalmente a norma fiscal, obtém o resultado que ela pretende proibir, frustrando as intenções do legislador. O que distingue, pois, um planeamento fiscal abusivo de um planeamento fiscal legítimo é que na primeira situação o contribuinte reduz o montante do imposto a pagar, obtendo o resultado que a lei pretendia proibir, embora sem a contornar frontalmente, mas derrotando e frustrando o seu espírito⁹⁵; na segunda situação, o contribuinte obtém uma poupança fiscal resultante de uma escolha fiscalmente atractiva que lhe é concedida pela lei, sofrendo, desse modo, as consequências que a lei prevê para essa escolha.

Dir-se-á⁹⁶ que, olhando para o Direito Civil, não se verifica a necessidade de consagrar uma autonomização do instituto da fraude à lei⁹⁷. Mas o argumento para os civilistas assim o entenderem é que abandonada há muito uma teoria da interpretação da lei exclusivamente literal não há necessidade de autonomizar a figura da fraude à

⁹⁵ Ou utilizando a linguagem do direito anglo-saxónico «*the hallmark of tax avoidance is that the taxpayer reduces His liability to tax without incurring the economic consequences that the Parliament intended to be suffered by any taxpayer qualifying for such reduction in his tax liability*». Cfr. THE TAX LAW REVIEW COMMITTEE, *Tax Avoidance...*, cit., p. 14, para. 2.23. Pela expressão «*incurring the economic consequences that the Parliament intended to be suffered*» se vê a intenção de assegurar a aplicação efectiva do império da lei. De outro modo, como se poderia admitir que a lei fosse rotineiramente contornada sem que todo o ordenamento jurídico fosse colocado em causa? Com efeito, como nota SANCHES, J. L. SALDANHA, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, 2006, Coimbra, p. 99, «Se a lei pode ser rotineiramente contornada, o ordenamento jurídico não atinge os objectivos que o legitimam, quer se trate da segurança jurídica, ou mesmo, em termos mais amplos, do bom funcionamento do mercado, já que este exige o respeito pelos contratos livremente celebrados e a sua violação, por meio de meras habilidades ou artifícios, pode pôr em causa o sistema no seu todo».

⁹⁶ Como o faz GOMES, NUNO SÁ, *As Garantias dos Contribuintes: Algumas Questões em Aberto*, 1993, CTF, n.º 371, Lisboa, p. 34.

⁹⁷ Neste sentido, entre os civilistas, v. ALARCÃO, RUI DE, *Breve Motivação do Anteprojecto Sobre o Negócio Jurídico na Parte Relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial*, 1964, BMJ, n.º 138, p. 120 e 121, SERRA, ADRIANO VAZ, *Objecto da Obrigação – A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos*, 1958, BMJ, n.º 74, p. 171 e segs., ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 1964, Coimbra, p. 337-340, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Teoria Geral*, 2.º ed., 2.º Volume, p. 123 e 124. Num sentido contrário, defendendo a autonomização da figura da fraude à lei, cfr. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito...*, cit., p. 323 e 324, ainda que de forma parcelar, e MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, 1979, Lisboa, p. 334.

lei uma vez que «o negócio em fraude à lei é sempre um negócio contrário à lei»⁹⁸: o que está, pois, em causa é a interpretação da norma⁹⁹. Mas é precisamente por a doutrina tradicional rejeitar a existência de outra interpretação no direito fiscal que não uma interpretação literal, fazendo dela um dogma, que a consagração legal da cláusula geral anti-abuso é fundamental. Com efeito, colocada de parte a teoria de uma interpretação exclusivamente literal no direito fiscal, importa saber se existem critérios pelos quais a administração fiscal e o juiz possam orientar o seu julgamento. É nesse sentido que a cláusula geral anti-abuso constitui, não um instrumento de incerteza e indeterminação, mas antes uma garantia adicional de segurança na interpretação da lei: se a interpretação não deve ser deixada ao subjectivismo do aplicador, mas antes decorrer de modo seguro e comprovável, é necessário indicar os critérios pelos quais o intérprete se deverá orientar. É essa tarefa que a cláusula geral anti-abuso concretiza. Além do mais, a cláusula geral anti-abuso não demarca apenas critérios objectivos pelos quais o aplicador se pode guiar: também o contribuinte nela encontra os critérios pelos quais pode proceder com maior segurança à sua *tax mitigation*.

Da mesma forma que a doutrina tradicional, a doutrina portuguesa mais recente, atentas as exigências constitucionais decorrentes do princípio da legalidade e da tipicidade, não pretende tributar uma certa operação quando a lei não revele essa mesma intenção. Nesta situação, não pode haver sacrifício do princípio da legalidade. A diferença entre as doutrinas sucede quando a lei revela essa intenção, não directamente através da letra da lei – mas do seu espírito. A diferença entre as duas doutrinas, então, está no quanto a doutrina tradicional sacrifica o princípio da igualdade para defender exclusivamente o princípio da legalidade e da tipicidade, esquecendo-se que, nos termos do art. 13.º, n.º 2 da CRP, os cidadãos devem estar sujeitos ao dever fundamental de pagar impostos em idêntica medida, sem qualquer discriminação indevida. Aqui sim, uma coisa as separa: é que revelando a lei uma

⁹⁸ Cfr. Processo 072820, de 09-05-1985 do STJ.

⁹⁹ Particularmente claras e elucidativas neste domínio são as palavras de ALARCÃO, RUI DE, *Breve...*, cit., p. 121: «O que neste domínio fundamentalmente importa, na verdade, é interpretar a norma proibitiva em causa. Se for de concluir que ela pretende proibir não só o negócio ou negócios que especificamente visou (*contra legem*) mas quaisquer outros que conduzam ao mesmo resultado ou a um resultado praticamente equivalente ou análogo, então a estes outros negócios (*in fraudem legis*) também se aplica aquela proibição – também eles, ao cabo e ao resto, estão coenvolvidos na proibição legal, tal como os que lhe são directa e abertamente contrários, sem ser preciso, aliás, como não é preciso para estes, uma ilicitude por assim dizer subjectiva (intenção ou consciência fraudatória), mas somente objectiva».

intenção de tributar, aquele contribuinte que, não violando frontalmente a norma, obtém o resultado que ela pretende proibir, a doutrina tradicional lança mão do princípio da legalidade e da tipicidade e esquece por completo o princípio da igualdade. A doutrina mais recente, por outro lado, harmoniza o princípio da legalidade com o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva. É isto que, na verdade, as distingue: o tratamento dado a valores conflituantes quando a lei revele essa intenção tributária: uma posterga os valores materiais em defesa do positivismo da lei; a outra, equilibra proporcionalmente valores materiais e formais, numa justa simetria¹⁰⁰. Não compreendemos, pois, como a doutrina tradicional ao mesmo tempo que afirma a jurisdição das normas fiscais, recusando os princípios «*in dubio contra fisco*» e «*odiosa restringenda*», o princípio «*in dubio pro fisco*», tal como a teoria da interpretação económica das leis fiscais, recaia depois nos mesmos preconceitos positivistas que suportam aquelas doutrinas. Na nossa opinião, a razão atende àqueles que não sacrificando demasiadamente um valor à custa do outro, mas antes sacrificando cada um deles o menos possível, harmonizando-os e procurando alcançar uma solução final equilibrada. O mesmo decorre da jurisprudência do TC¹⁰¹.

¹⁰⁰ É aquele erro que recai, na nossa opinião, por exemplo, CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Interpretação das Normas Fiscais*, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, 1999, Lisboa, p. 23. Para este autor a cláusula geral anti-abuso não deve ser admitida uma vez que entre as suas disposições, a CRP não faz qualquer referência ao combate à evasão fiscal.

Na prática, DIOGO LEITE DE CAMPOS sacrifica totalmente a justiça material em nome da segurança formal. Decerto – não o poderemos negar – a CRP não refere expressamente a necessidade de combater a evasão fiscal; ela concretiza, no entanto, os princípios que o corporizam: logo, não o podemos constitucionalmente negar. Senão vejamos: os impostos são as mais relevantes receitas públicas e um instrumento necessário para que o Estado cumpra as tarefas fundamentais que lhe são constitucionalmente impostas (art. 9.º da CRP); do mesmo modo, a política fiscal é um dos meios através do qual o Estado deve promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (art. 81.º, alínea b) da CRP); diga-se, ainda, por fim, que a repartição justa dos rendimentos e da riqueza constitui o objectivo social do sistema fiscal (art. 103.º, n.º 1, 2.ª parte da CRP). À luz destas considerações, ter-se-ia por constitucionalmente adequado que o sistema fiscal na concepção ou aplicação das suas normas desrespeitasse os imperativos de distribuição justa dos encargos da vida em comunidade?

Isso mesmo considerou o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 84/2003, na análise à constitucionalidade do art. 87.º, alínea c) da LGT que estabelecia um procedimento de avaliação indirecta caso a matéria tributável apresentada ou declarada pelo sujeito passivo “se afastar, sem razão justificada, mais de 30 % para menos ou, durante três anos seguidos, mais de 15% para menos” da que resultaria de certos “indicadores objectivos da actividade de base técnico-científica”, referidos na própria LGT. A norma prossegue claramente uma finalidade de combate à evasão fiscal. Neste sentido, foi afirmando os princípios constitucionais que corporizam materialmente o combate à evasão fiscal que constitucionalmente se legitimou o art. 87.º, alínea c) da LGT.

¹⁰¹ Neste sentido cfr. o Acórdão n.º 756/95 do TC. Realçando também que a repartição dos impostos fiscais deve «obedecer ao princípio da igualdade tributária, fiscal ou contributiva que se concretiza na generalidade e uniformidade dos impostos» v. o Acórdão n.º 348/97 do TC. Trata-se do

O legislador não pode, porém, abdicar da sua tarefa constitucionalmente imposta de disciplinar os elementos essenciais dos impostos sob pena de cair numa indeterminação arbitrária. Trata-se de uma exigência mínima de determinação. Com efeito, não devemos esquecer que o princípio da legalidade se funda no velho princípio «*no taxation without representation*» segundo o qual os impostos deverão ser consentidos por aqueles que os têm de suportar, através dos representantes do povo, democraticamente eleitos pelo povo.

Assistimos hoje a uma revitalização dos valores materiais do Direito Fiscal, seguindo a corrente da revitalização de todo o Direito em torno dos seus valores axiológicos. A este propósito diz LARENZ¹⁰² que a maioria dos autores da Metodologia do Direito «partilha a concepção de que o «Direito» tem algo que ver com a «justiça», com a conduta socioeticamente correcta». O Direito vigente assenta num direito codificado, mas isso não significa que os valores fundamentais que o constituem sejam imutáveis. Vimos que durante um longo período de tempo o direito fiscal firmou-se numa tradição religiosamente positivista. O mesmo não se pode dizer hoje e o sistema não pode deixar de reflectir essa tendência – a tendência da revitalização

reconhecimento da corrente que predomina na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais de que os limites constitucionais do Direito Fiscal não são exclusivamente formais; assim, o princípio da capacidade contributiva como fundamento material dos impostos é, no período do segundo pós-guerra, convocado para julgar da constitucionalidade de alguns impostos. Neste sentido v. NABAIS, CASALTA, *Contratos Fiscais*, 1994, Coimbra, p. 269 e segs.

Também o BVerfG atribui um papel central ao princípio da igualdade em matéria tributária e ao princípio da capacidade contributiva como medida da igualdade. Para uma análise do princípio da capacidade contributiva na jurisprudência do BVerfG v. MOLINA, PEDRO HERRERA, *Capacidad Económica y Sistema Fiscal – Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, 1998, Madrid, p. 28 e segs., p. 51 e segs., p. 65 segs. Da mesma forma, em Itália, MITA, ENRICO DE, *Fisco e Costituzione*, 1993, Milano, p. 596 e segs. faz eco de da jurisprudência da Corte Constitucional Italiana – neste sentido, por exemplo, v. o Acórdão n.º 400/1987.

¹⁰² LARENZ, KARL, [trad. de José Lamego] *Metodologia...*, cit., p. 167. Cita depois LARENZ um conjunto de autores partilhando desta concepção como COING, FIKENTSCHER, MAYER-MALY, PAWLOWSKI ou ZIPPELIUS. Como aceder, porém, a uma resolução justa continua a ser uma questão debatida e controvertida. Os representantes do conceito positivista de ciência tão-pouco consideram essa uma discussão útil uma vez que não pode sequer almejar a ser conhecimento adequado – o conceito de justiça seria subjectivo, variando de pessoa para pessoa. O debate foi, porém, recuperado por PERELMANN com a publicação de dois ensaios, um em 1945, outro em 1965. V. por todos LARENZ, KARL, [trad. de José Lamego] *Metodologia...*, cit., p. 241 e segs.

O que importa ter presente nesta discussão é que o conceito de Direito não se basta com uma racionalidade exclusivamente formal, mas também material pela qual se reconhecem a existência de valores axiológicos que lhe são inatos. RAWLS, JOHN, *A Theory of Justice*, 1999, Oxford, p. 5 e 6, reconhece que os homens discordam sobre os princípios básicos que definem a sua associação, mas cada um deles tem uma noção de justiça que RAWLS reconduz à inexistência de distinção arbitrária entre pessoas aquando da distribuição de direitos e deveres e quando as normas determinam um equilíbrio entre as diversas pretensões para as vantagens da vida social. Da mesma forma, HART, HERBERT L. A., *O Conceito de Direito*, 3.^a ed., 2001, Lisboa, p. 201 e segs., criticando o positivismo de BENTHAM e MILL esclarece que os princípios caracterizadores do Direito Natural não estão dependentes da crença num Legislador Divino do Universo.

dos valores materiais e axiológicos. Aliás, como nota CANARIS¹⁰³, «o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade».

O Direito não é unicamente composto de normas formais, mas também de valores (aquelas são a concretização destes), isto é, as normas concretizam os princípios jurídicos fundamentais do sistema - «a norma transporta a regra de decisão do princípio jurídico para a decisão jurídica»¹⁰⁴. Sendo as normas concretizações dos princípios e valores fundamentais do sistema, o cumprimento e o respeito desses mesmos princípios e valores são uma condição de validade das normas. Neste sentido, não basta a um Estado que se intitula de Direito que se detenha no respeito pelas normas formais para alcançar a segurança jurídica; ele deve ater-se também a considerações materiais de justiça. E assim o será da mesma forma para o Direito Fiscal cujo ordenamento consagra um sistema material de partilha de encargos da vida em comunidade assente no princípio da igualdade e da capacidade contributiva¹⁰⁵ a que se ligam especiais fins e critérios de justiça social – a repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

¹⁰³ CANARIS, CLAUS-WILHELM, [trad. de Menezes Cordeiro] *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª e., 2002, Lisboa, p. 107 e 108.

¹⁰⁴ Assim o diz muito acertadamente HASSEMER, WINFRIED, *Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei*, in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, 2002, Lisboa, p. 288.

¹⁰⁵ Ao contrário do que sucede na Constituição Italiana e Espanhola, e à semelhança do que sucede com a Lei Fundamental Alemã, a CRP não consagrou expressamente o princípio da capacidade contributiva. O legislador português optou pelo acolhimento de «princípios clássicos de estruturação do imposto dos quais» como sublinha PALMA, CLOTILDE CELORICO, *Da Evolução do Conceito de Capacidade Contributiva*, 2001, CTF, n.º 402, Lisboa, p. 134, «não se poderá deixar de retirar a opção constitucional pela capacidade contributiva».

Da mesma forma, realça a doutrina espanhola, para além da vertente garantística do princípio da capacidade contributiva, que na utilização do princípio da capacidade contributiva «*como criterio de reparto de la carga tributaria primarán los aspectos de «justicia social», respondiendo a un interés colectivo en que el sistema tributario sea «justo»*». Cf. MARÍ, M.ª PILAR ALGUACIL, *La Capacidad Economica como Parametro de Enjuiciamiento*, 1999, RDFHP, Vol. XLIX, Numero 253, p. 586.

Também a doutrina italiana segue por esta linha de orientação: sublinha MOSCHETTI, FRANCESCO, *La Capacità Contributiva*, in *Trattato di Diritto Tributario*, Volume Primo, I Tomo, Padova, p. 225, que no art. 53.º da Constituição Italiana a prestação tributária não é apresentada do ponto de vista do ente impositor, como manifestação do *ius imperii* do Estado, mas antes do ponto de vista do contribuinte como dever geral de contribuir para o interesse comum («*Tutti son tenuti a concorrere alle spese pubbliche*») pelo simples facto de manifestarem capacidade contributiva e em razão dessa capacidade («*in ragione della loro capacità contributiva*»). Com efeito, como nota GAFFURI, GIANFRANCO, *Lezioni di Diritto Tributario: Parte Generale*, 2.ª ed. 1994, Padova, p. 29 e 30, a capacidade contributiva não é uma qualidade formal do contribuinte, mas uma condição de facto reveladora de uma circunstância a qual o legislador toma como pressuposto da imposição.

Em suma, é necessário alcançar o equilíbrio entre uma segurança jurídica formal e uma justiça material: o Direito Fiscal não pode deixar de tomar lugar no amplo movimento de todo o Direito na sua reorganização em torno dos valores da Justiça.

1.2. Os Requisitos do art. 38.º, n.º 2 da LGT

Que os cidadãos têm o direito de proceder ao seu planeamento fiscal de forma a diminuir o montante de imposto a pagar é claro; coisa diferente é terem os cidadãos direito à evitação fiscal que, claro está, não existe. Com efeito, como se poderia admitir que ao mesmo tempo que se consagra um dever fundamental de pagar impostos na medida da sua capacidade contributiva, se atribuísse aos cidadãos um direito pelo qual se pudessem furtar ao vínculo de partilha solidária dos encargos da vida em comunidade? Não se pretende aqui obrigar o cidadão a escolher de entre duas vias negociais legítimas, a via mais tributada; apenas realçar que o direito de cada cidadão proceder ao seu planeamento fiscal resulta da lei e tem de lhe ser conforme. A velha fórmula pela qual os cidadãos têm o direito de diminuir o montante de imposto a pagar só é possível quando efectuado nos termos da lei, não colidindo com a sua letra ou frustrando o seu espírito.

O objectivo da cláusula geral anti-abuso é positivar as circunstâncias em que a Administração fiscal pode desconsiderar os efeitos fiscais dum determinado acto ou negócio jurídico destinado a frustrar o espírito da lei. Neste sentido, a aplicação prática da cláusula tem de ser feita em consonância com este objectivo¹⁰⁶. Dele ressalta, desde logo, um requisito que embora não formalmente expresso na letra do art. 38.º, n.º 2 da LGT, a doutrina vem unanimemente exigindo e que resulta dos preceitos constitucionais sobre os quais se ergue o sistema fiscal. Ora, implicando o princípio da legalidade uma reserva de lei formal para a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos, naturalmente, que o aplicador do direito para accionar a cláusula geral anti-abuso terá de encontrar na lei uma clara intenção de tributar para que dê eficácia à intenção contida na lei da Assembleia da República ou no Decreto-Lei autorizado do Governo. Só por este modo se asseguram as garantias

¹⁰⁶ Assim, por exemplo, a transferência de uma residência de um Estado-Membro para outro Estado-Membro não pode ser automaticamente considerada como configurando uma situação abusiva. Neste sentido v. C-436/00, para. 62 e C-9/02, para. 51. O abuso não deve, pois, ser presumido, mas antes verificado caso a caso, dirigindo-se a norma apenas àqueles comportamentos que consistam em criar esquemas puramente artificiais. Neste sentido v. C-324/04, para. 38 e C-28/95, para. 48.

de previsibilidade, segurança jurídica e protecção da confiança que constituem os pilares de um Estado de Direito. Só por este modo também se pode dirigir um juízo de censura ao contribuinte pois este, enquanto destinatário da norma fiscal, poderia previsivelmente encontrar na norma o fundamento para a reacção do ordenamento jurídico-tributário ao seu comportamento. Só por este modo, ainda, se assegura que a letra da lei constitui efectivamente o ponto de partida de toda a actividade interpretativa.

Por certo que os cidadãos investidos na sua autonomia privada escolhem livremente de entre as várias formas negociais existentes a forma pela qual melhor julgam acautelar os seus interesses, daqui resultando um impedimento da lei fiscal criar um qualquer obstáculo que obstrua os cidadãos na realização dos seus fins. A autonomia privada tem, porém, limites: tendo os direitos uma natureza materialmente fundada, eles devem ser exercidos em conformidade com a teleologia que os anima. Com efeito, a evitação fiscal resulta, frequentemente, da utilização de meios artificiosos e fraudulentos, bem como do abuso das formas jurídicas. Assim, o negócio servir-se-á de meios artificiosos se se verificar que a forma jurídica é inadequada, incoerente, ou inapropriada face à realidade económica do negócio; ou por outras palavras: a desconformidade de lógica, adequação e consonância entre o meio empregue pelos contratantes e o fim por eles visado permitirá indicar a artificialidade do negócio¹⁰⁷. O juízo de adequação da forma ao fim do negócio jurídico deve ser feito em relação à norma fiscal, isto é, deve ter-se em conta a *ratio legis* da *factispecie* para averiguar se a vantagem compreendida na lei fiscal se destina àquele negócio jurídico em concreto¹⁰⁸. Logicamente que havendo uma inadequação da forma jurídica do negócio ao fim visado pelo contribuinte, isso implicará a existência de um outro negócio ou acto de substância económica equivalente ao que foi celebrado e que só não o foi por razões exclusivamente fiscais, e que deva ter-se por apropriado¹⁰⁹. É através da

¹⁰⁷ Isso não significa, no entanto, que os sujeitos passivos são obrigados a recorrer às formas tidas por típicas pelo tráfico jurídico. Decerto, o legislador tipifica determinadas formas jurídicas em consonância com a concepção do tráfico jurídico e que ter-se-ão por mais adequadas a alcançar as finalidades económicas visadas pelos indivíduos. Tendo isto presente, naturalmente que as configurações simples e inteligíveis ter-se-ão por adequadas. Pelo contrário, a utilização de formas pouco claras e incoerentes constituirá um indício da artificialidade do negócio. Sobre esta questão v. KRUSE, H. W., *Derecho Tributario. Parte General*, 3.ª ed., 1978, Madrid, cit., p. 214 e 215.

¹⁰⁸ Neste sentido v. ALMENDROAL, VIOLETA RUIZ, *Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules*, 2005, EC Tax Review, Vol. 33, Issue 12, p. 565 e 566.

¹⁰⁹ Esta é uma exigência que, de resto, é expressamente formulada pelo art. 63.º, n.º 9, al. c) do CPPT que estabelece os elementos que constam da fundamentação da aplicação das disposições anti-abuso.

comparação entre o negócio jurídico efectivamente utilizado e aquele que teria sido utilizado não fossem as razões essencial ou principalmente fiscais que um determinado negócio pode ser qualificado de artificioso.

Na maior parte dos casos, porém, os negócios envolvem não um acto isolado, mas um conjunto de transacções que, tomadas na sua individualidade, não indiciam da motivação de evitação fiscal, mas que, quando tomadas conjuntamente, como uma «unidade lógica, sequencial e indivisível»¹¹⁰ demonstram essa intencionalidade. É aquilo a que a doutrina britânica designa de *multiple step transaction*. Uma *multiple step transaction* será considerada uma *tax driven transaction* quando pela relação de interdependência que se estabelece entre o primeiro acto e os outros actos que seguir-se-lhe-ão, destinados a completá-lo, se obtém uma vantagem fiscal indevida. Tratam-se, portanto, de uma série de transacções pré-determinadas que se encadeiam umas nas outras, cuja individualidade se dilui no objectivo global da transacção considerada na sua unidade: a evitação do imposto¹¹¹.

Todos estes requisitos mencionados apenas farão sentido se o contribuinte por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, sem razões comerciais legítimas, dirigidos essencial ou principalmente à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, efectivamente obtém essa vantagem fiscal. Por vantagem fiscal deve entender-se o benefício pelo qual o contribuinte obtém uma situação tributária mais favorável comparativamente com aquela em que estaria caso praticasse o negócio adequado ao fim económico visado, erigindo-se a vantagem fiscal como consequência lógica da forma artificiosa empregue pelo contribuinte.

Diga-se, ainda, que a obtenção da vantagem fiscal tem de ser essencial ou principalmente o fim visado pelo acto ou negócio jurídico; ou, num sentido contrário, que do negócio não resultem efeitos jurídicos ou económicos relevantes¹¹². Não se cuida aqui de avaliar a intenção subjectiva do contribuinte; nesse aspecto, a lei é bastante clara: fala-se objectivamente de «actos ou negócios jurídicos». Por conseguinte, constituirão eles o elemento objectivo pelo qual se manifestará a

¹¹⁰ COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula...*, cit., p. 166 e 167.

¹¹¹ Como bem explica Lord Oliver no caso *Craven v White*, o que está em causa é - «*whether an intermediate transfer was, at the time when it was effected, so closely interconnected with the ultimate disposition that it was properly to be described as not, in itself, a real transaction at all but merely an element in some different and larger whole without independent effect*». V. THE TAX LAW REVIEW COMMITTEE, *Tax Avoidance...*, cit. p. 41.

¹¹² Tal como expressamente consagrado no art. 15.º *Ley General Tributaria* de Espanha: «...que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes...» e também no § 42 da AO alemã.

intenção subjectiva do contribuinte, traduzida na utilização de meios artificiosos ou fraudulentos destinados à obtenção de uma vantagem fiscal¹¹³.

Verdadeiramente, o que está aqui em causa é saber se a coerência económica do negócio jurídico resiste numa unidade lógica, se destituída da finalidade fiscal, isto é, se expurgada a finalidade fiscal ao negócio jurídico, averiguar se subsistem razões comerciais legítimas para a sua celebração. Se tal não suceder, haverá, pois, indícios evidentes de que a celebração do negócio jurídico se deu por razões puramente fiscais. E se a obtenção dessa finalidade não estiver contida no espírito da lei, então, o negócio deverá ser fiscalmente desconsiderado. Para melhor distinguir entre as situações em que o negócio jurídico prossegue uma razão comercial legítima daquelas cujo único objectivo é a obtenção de uma vantagem fiscal recorrem a jurisprudência americana e francesa aos conceitos de *business purpose test* e *acte anormal de gestion*, respectivamente. Sublinhe-se, antes de mais, que não compete à Administração fiscal, *a posteriori*, tecer juízos de valor sobre a oportunidade dos negócios da empresa. Este princípio, que tem origens na doutrina francesa, surgiu para contrabalançar os riscos duma «Inquisição Fiscal» baseada na noção de «*acte non conforme à l'intérêt de l'entreprise*». O conceito de acto anormal de gestão surge, pois, como «compromisso de equidade» entre estes dois princípios – o princípio de «*non-immixtion dans la gestion des entreprises*» e o conceito de «*acte non conforme à l'intérêt de l'entreprise*»¹¹⁴. Note-se que a aparente anormalidade de um acto de gestão não exclui que ela se encontre justificada por circunstâncias particulares. O que importa é que haja uma contrapartida económica, que se demonstre a existência de um interesse para a empresa. Para a doutrina francesa, este interesse centra-se, sobretudo, em torno da existência de um interesse comercial ou de um interesse financeiro - por exemplo, que como contrapartida do acto gestão resulte um ganho provável no mercado que permita à empresa desenvolver a sua actividade¹¹⁵. Em todo o caso, é preciso ter em conta que nem toda a gestão contrária ao interesse da empresa

¹¹³ Além do mais, nos termos do n.º 10 do art. 63.º do CPPT, a aplicação das disposições anti-abuso é passível de recurso contencioso. Assim sendo, os elementos probatórios de que a Administração fiscal se serviu para fundamentamente aplicar a cláusula geral anti-abuso podem ser avaliadas pelo Tribunal. Ora, tendo a prova a função de demonstração da realidade dos factos «tendente a criar no espírito do juiz a convicção da realidade» dos mesmos, como indicam VARELA, ANTUNES, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., 2004, Coimbra, p. 436, essa missão revelar-se-ia impossível se se ativesse a elementos subjectivos e não objectivos.

¹¹⁴ Sobre as origens do conceito de acto anormal de gestão v. MASSON, CHARLES ROBBEZ, *La Notion d'évasion fiscale en droit interne français*, 1990, Paris, p. 292 e segs.

¹¹⁵ V. por todos MASSON, CHARLES ROBBEZ, *La Notion...*, cit., p. 330 e segs.

deve ser tida como um acto anormal de gestão. A concessão de um empréstimo, por exemplo, sem exigir o pagamento de juros como respectiva contrapartida económica não deve ser sempre tida como um acto contrário ao interesse da empresa. Com efeito, o contribuinte não é obrigado a enveredar pelas vias habituais do tráfego jurídico conquanto que, movendo-se pela via menos habitual, o faça por razões económicas válidas. É esse também o alcance do *business purpose test* da jurisprudência americana: a demonstração pelo contribuinte das razões comerciais legítimas do negócio¹¹⁶.

Apesar do n.º 2, do art. 38.º da LGT não referir expressamente as «razões comerciais legítimas» na sua letra, o *business purpose test* pode dela ser inferido numa interpretação *a contrario*: se a finalidade do negócio é essencial ou principalmente fiscal, no sentido inverso, a finalidade não fiscal será irrelevante. Este é, aliás, um elemento indispensável da cláusula geral anti-abuso para que ela se revele como proporcional ao objectivo por ela prosseguido¹¹⁷.

Verificados os pressupostos referidos, desencadear-se-á a estatuição prevista no art. 38.º, n.º 2 da LGT: a ineficácia no plano tributário do negócio jurídico, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais. Significa isto que o acto, embora fiscalmente inoponível à Administração Fiscal produz, no entanto, os efeitos civis que dele decorrem. Nisto se distingue a cláusula geral anti-abuso da simulação: nesta o contrato é anulado, juntamente com os seus efeitos civis; por conseguinte, os efeitos fiscais também o serão; naquela, são, efectivamente, anulados os efeitos fiscais, mas salvaguardados os efeitos civis.

Em suma, quando o contribuinte (i) recorrendo a meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, (ii) obtém uma vantagem fiscal, (iii) revelando a lei, no entanto, uma intenção clara de tributar, (iv) apresentando-se o negócio despidido de efeitos económicos relevantes e, portanto, essencial ou principalmente dirigido à

¹¹⁶ O caso *Gregory v Helvering* é o caso de escola quando se fala do *business purpose test*. Nele foi realizada uma reorganização empresarial envolvendo a transferência de acções que, aparentemente, cumpria os requisitos do § 112 do *Revenue Act* de 1928, mas que, na verdade, apenas foi realizada por motivos exclusivamente fiscais, não apresentando qualquer substância económica.

¹¹⁷ Como é jurisprudência assente do TJCE, para que a legislação em causa não ultrapasse o necessário para evitar as práticas abusivas deve ser dada possibilidade ao contribuinte de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais por que a transacção foi celebrada. Neste sentido cfr. Caso C-524/04, para. 82, C-29/95, para. 48.

obtenção daquela vantagem, então, pode a Administração fiscal desconsiderar os efeitos fiscais do negócio nos termos do art. 38.º, n.º 2 da LGT.

1.3. O Abuso do Direito como Princípio Geral de Direito Comunitário na Jurisprudência do TJCE

A necessidade de reduzir o risco de evasão fiscal como justificação para restringir um direito do TCE foi avançada pela primeira vez no Caso *Avoir Fiscal*¹¹⁸ e foi firmemente rejeitada pelo TJCE. Com efeito, o Tribunal limitou-se a afirmar liminarmente que o então art. 52.º do TCE [agora art. 43.º] não permitia qualquer derrogação da liberdade de estabelecimento. Diferentemente decidiu o Tribunal no Caso *ICI*¹¹⁹. Apesar do TJCE ter considerado que o art. 52.º do TCE se opunha aos artigos 258.º a 264.º do *Income and Corporation Taxes Act* de 1970¹²⁰, a justificação do Tribunal incidiu não sobre a inflexibilidade da derrogação da liberdade de estabelecimento face à necessidade de reduzir o risco de evasão fiscal como no Caso *Avoir Fiscal*, mas na desproporcionalidade da medida para prosseguir o seu objectivo – a legislação em causa não tinha por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade seria contornar a lei fiscal do Reino Unido¹²¹. O TJCE parece, portanto, reconhecer aqui a necessidade de reduzir o risco de evasão fiscal como justificação legítima para restringir um direito do TCE; somente não a aceitou no caso concreto por o seu escopo se revelar desproporcional com o objectivo a prosseguir. Resulta, pois, claro que o TJCE apenas terá como conformes ao direito comunitário aquelas medidas anti-abuso que se destinem a atingir esquemas puramente artificiais. Esta linha de orientação é, aliás, consistente com a sedimentada jurisprudência do TJCE em negar a protecção jurídica do direito comunitário àqueles comportamentos artificiais, cuja conexão com o direito comunitário é criada de forma fraudulenta, sem que dela resulte nenhum efeito económico relevante. Estes comportamentos, embora aparentemente respeitem a norma, nada mais pretendem do que servir-se dela¹²². Foi com o caso *van Binsbergen* que o TJCE lidou, pela primeira vez, com a questão do abuso de direito, embora só

¹¹⁸ Caso C-270/83, *Avoir Fiscal*.

¹¹⁹ Caso C-264/96, *ICI*, (16 de Julho de 1998).

¹²⁰ *Idem*, para. 30.

¹²¹ *Idem*, para. 26.

¹²² Neste sentido cfr. TERRA, BEN e PETER WATTEL, *European Tax Law*, Third Edition, 2001, London, p. 83, aludindo à longa lista de jurisprudência do TJCE.

com o caso *Emsland-Stärke*¹²³ se delimitou de forma mais objectiva os critérios pelos quais se determinaria a existência de abuso do direito para efeitos de Direito Comunitário. Assim, para que se conclua da existência de uma prática abusiva é necessário que, por um lado, (i) se verifiquem um conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado e, por outro lado, (ii) requer-se um elemento subjectivo que consiste na vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção¹²⁴. Viriam, no entanto, a ser as decisões do TJCE no Caso *Halifax*¹²⁵ e no Caso *Cadbury Schweppes*¹²⁶ que abririam definitivamente as portas para a construção de uma verdadeira teoria do abuso do direito em sede de direito comunitário.

Primeiro, o caso *Halifax*. Aqui o TJCE estava confrontado com a questão de saber se a Sexta Directiva do IVA deve ser interpretada no sentido de que se opõe ao direito do sujeito passivo a deduzir o IVA pago a montante quando as operações em que esse direito se baseia são constitutivas de uma prática abusiva¹²⁷. O contribuinte logo se apressou a negar a existência de um princípio do abuso do direito no contexto do sistema do IVA em direito comunitário¹²⁸. A questão é relevante uma vez que o Reino Unido não dispõe na sua lei de um conceito de abuso do direito, não obstante a existência do conceito de *tax avoidance*, mesmo entre o seu *case law*. O TJCE entendeu diversamente: recordando a sua jurisprudência nesta questão¹²⁹, afirma que os particulares não podem abusiva ou fraudulentamente prevalecer-se das normas comunitárias¹³⁰. Prossequindo no mesmo raciocínio, diz o TJCE que a aplicação da regulamentação comunitária não pode ser alargada até abranger as práticas abusivas de operadores económicas, isto é, as operações que não são realizadas no âmbito de transacções comerciais normais, mas antes com o único objectivo de beneficiar abusivamente das vantagens previstas pelo direito comunitário¹³¹. Mas aqui reside a

¹²³ Caso C-110/99, *Emsland-Stärke* (14 de Dezembro de 2000).

¹²⁴ *Idem*, para. 52 e 53. Estes mesmos princípios viriam, mais tarde, a ser reafirmados no C-266/02, *Halifax*, para. 74 e 75.

¹²⁵ Caso C-266/02, *Halifax* (21 de Fevereiro de 2006).

¹²⁶ Caso C-196/94, *Cadbury Schweppes* (12 de Setembro de 2006).

¹²⁷ V. C-266/02, *Halifax*, para. 61.

¹²⁸ *Idem*, para. 62.

¹²⁹ Cfr. C-367/96, *Kefalas*, para. 20; C-373/97, *Diamantis*, para. 33; C-32/03, *Fini H*, para. 32.

¹³⁰ Cfr. C-266/02, *Halifax*, para. 68.

¹³¹ *Idem*, para. 69.

ideia mais relevante a extrair deste caso: é que o TJCE afirma que o princípio de proibição de práticas abusivas aplica-se igualmente no domínio do IVA¹³²), dando o passo decisivo para a construção de um princípio geral de proibição de abuso do direito em sede de direito comunitário.

No caso *Cadbury Schweppes*, por sua vez, estava em causa a compatibilidade da legislação sobre *CFC* do Reino Unido com o direito comunitário. Aqui o que está em causa é a criação por parte da sociedade-mãe, residente no Reino Unido, de duas filiais no *International Financial Services Center* de Dublin com o único objectivo de beneficiar de um regime fiscalmente mais favorável. Uma vez mais, recordando jurisprudência assente¹³³, o TJCE afirma que a circunstância de a sociedade ter sido constituída num Estado-Membro com o objectivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não é, por si só, suficiente para concluir pela existência de uma utilização abusiva dessa liberdade¹³⁴. Assim sendo, o Reino Unido não tem o direito de impedir ou levantar obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-Membro de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação. No caso *sub judice*, a legislação do Reino Unido comportava uma diferença de tratamento das sociedades residentes em função do nível de tributação que incide sobre a sociedade estrangeira controlada na qual detêm uma participação que lhes assegura o seu controlo¹³⁵. Esta restrição só pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. Todavia, a justificação avançada pelo Governo do Reino Unido de que a sua legislação se destinava a lutar contra uma forma especial de evasão fiscal não foi aceite. O TJCE, apoiando-se em jurisprudência anterior¹³⁶, relembra que a simples circunstância de uma sociedade residente criar um estabelecimento secundário noutro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de fraude fiscal e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental¹³⁷. Na verdade, uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento só pode ser justificada quando vise especificamente os *expedientes puramente artificiais* (ênfase nosso) cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-Membro em causa¹³⁸. No caso particular da liberdade estabelecimento, o objectivo específico de tal restrição deve

¹³² *Idem*, para. 70.

¹³³ Cfr. C-212/97, *Centros*, para. 27 e C-167/01, *Inspire Art*, para. 96.

¹³⁴ V. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, para. 37.

¹³⁵ *Idem*, para. 42 e 43.

¹³⁶ Cfr. C-264/96, *ICI*, para. 26 e C-436/00, *X e Y*, para. 62.

¹³⁷ V. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, para. 50.

¹³⁸ *Idem*, para. 51.

ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional¹³⁹. Neste sentido, o TJCE conclui que a legislação sobre CFC do Reino Unido é susceptível de atingir esse objectivo, sendo, no entanto, indispensável verificar se ela não vai além do que é necessário para atingir esse objectivo¹⁴⁰. Aqui, o TJCE volta a indicar os critérios primeiro mencionados no caso *Emsland-Stärke* para averiguar da existência do abuso. Por conseguinte, é necessário averiguar se o espírito da norma foi abusado ou não; se o exercício do direito foi materialmente conforme ao art. 43.º do TCE; se foi criado um verdadeiro estabelecimento ou, se pelo contrário, o exercício do direito é desprovido de realidade económica¹⁴¹. A resposta a estas questões remete o TJCE para o tribunal de reenvio a quem compete verificar se o teste da intenção se presta a uma interpretação que permita limitar a aplicação da tributação aos expedientes puramente artificiais¹⁴².

O conceito de abuso de direito parece, pois, evoluir para um princípio geral de direito comunitário¹⁴³. E que consequências daqui emergem para os sistemas fiscais nacionais? Ora, uma vez que o TJCE aponta critérios objectivos pelos quais circunscreve o conceito de abuso do direito para efeitos fiscais em sede de direito comunitário, e como o direito comunitário prevalece sobre o direito nacional, parece claro que o direito nacional terá de ser conforme aos critérios identificados pelo TJCE na sua jurisprudência¹⁴⁴.

¹³⁹ *Idem*, para. 55.

¹⁴⁰ *Idem*, para. 59 e 60.

¹⁴¹ ZALASINSKI, ADAM, *Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law*, 2007, EC Tax Review, Vol. 35, Issue 5, p. 314 e ZALASINSKI, ADAM, *Some Basic Aspects of the Concept of Abuse in the Tax Case Law of the European Court of Justice*, 2008, EC Tax Review, Vol. 36, Issue 4, p. 158. As liberdades do Tratado estão intimamente ligadas à livre circulação de bens, pessoas, serviços e capital – são elas que lhes dão eficácia. Ao negar-se eficácia ao exercício de um direito materialmente conforme à norma, estaria a negar-se a eficácia que as liberdades pretendem conferir, condicionando-se a missão que a Comunidade designou para si mesma no art. 2.º do TCE. Sobre esta questão v. GAMMIE, MALCOLM, *The Compatibility of National Tax Principles with the Single Market*, in *EU Freedoms and Taxation*, 2006, Amsterdam, p. 112 e 113.

¹⁴² *Idem*, para. 72.

¹⁴³ Assim neste sentido v. ZALASINSKI, ADAM, *Proportionality...*, cit., p. 314; FERIA, RITA DE LA, *Evolução do Conceito de Abuso do Direito no Âmbito Fiscal Comunitário*, 2008, RFPDF, Ano 1, Número 2, p. 221 e segs.; VANISTENDAEL, FRANS, *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax Law?*, 2006, EC Tax Review, Vol. 15, Issue 4, p. 192.

¹⁴⁴ A jurisprudência italiana, por exemplo, ainda na sequência das decisões do TJCE no Caso *Kefalas* e no Caso *Diamantis*, encontrou no ainda incipiente conceito de abuso do direito em sede de direito comunitário um ponto de apoio para combater determinados comportamentos abusivos no seu sistema fiscal. Cfr. MONÈS, SÉBASTIEN DE, et al., *Abuse of Law Across Europe (Part Two)*, 2010, EC Tax Review, Vol. 19, Issue 3, p. 124 e 125.

2. As Cláusulas Anti-Abuso Específicas

Se, por um lado, os contribuintes procuram cada vez mais recorrer a esquemas de planeamento e evitação fiscal, os Estados, por outro lado, lesados na sua soberania fiscal com a manipulação das normas tributárias, defendem-se, munindo e armando a sua legislação de medidas anti-abuso destinadas a combater a transferência de impostos originados no seu território para outros fiscalmente mais favoráveis.

Iremos, agora, proceder a uma análise das diferentes disposições anti-abuso específicas constantes do CIRC.

2.1. O Art. 63.º do CIRC: Os Preços de Transferência

O art. 63.º, n.º 1 do CIRC estabelece que “nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis”. O art. 63.º, n.º 1 do CIRC consagra, portanto, o princípio da plena concorrência, princípio que se encontra vertido no art. 9.º, n.º 1 da Convenção Modelo da OCDE e que constitui o princípio que governa a avaliação dos preços de transferência entre empresas relacionadas¹⁴⁵. Segundo este princípio, as entidades vinculadas por relações especiais devem, nas operações que estabelecem entre si, contratar os preços que cobrariam caso negociassem com uma entidade não relacionada, atendendo a transacções e circunstâncias comparáveis para a determinação do preço de transferência. Trata-se da materialização da regra da entidade separada¹⁴⁶ pela qual um membro de uma empresa multinacional deve ser percebido como uma entidade independente da unidade económica em que se insere, ou seja, como uma entidade separada do grupo e isolada da sua teia de interesses.

¹⁴⁵ V. OECD, *Transfer...*, cit., p. 31, para. 1.1 e p. 36, para. 1.14.

¹⁴⁶ Sobre a regra da entidade separada v. OECD, *Transfer...*, cit., p. 33, para. 1.6.

O art. 63.º do CIRC é aplicável tanto às transacções transfronteiriças, como internas¹⁴⁷, isto é: é aplicável (i) às transacções entre um residente e um não residente especialmente relacionados; (ii) às transacções entre não residentes e os seus estabelecimentos estáveis situados em território português; e (iii) às transacções entre uma entidade residente sujeita a IRC e outra entidade residente especialmente relacionada sujeita a IRC ou IRS¹⁴⁸.

Quando duas empresas independentes contratam uma com a outra, a conflitualidade de interesses que entre elas se estabelecem, levam a que ambas busquem, individualmente, por si e para si a solução económica mais eficiente, determinada pelo confronto das forças no mercado. Porém, quando duas empresas relacionadas contratam uma com a outra, a divergência dos interesses é eliminada, introduzindo-se um factor de risco na formação do negócio uma vez que os interesses das entidades intervenientes são convergentes e não divergentes. A comunicabilidade de interesses entre entidades relacionadas pode conduzir a que as partes contraentes ignorem o seu interesse individual para privilegiar a eficiência da unidade económica em que se inserem. O mesmo é dizer: uma vez que as partes contratantes pertencem à mesma unidade económica, partilhando uma comunhão de interesses, a decisão final poderá ser manipulada em função da influência significativa que uma poderá exercer sobre a gestão da outra. Isso permitirá que as empresas relacionadas desconsiderem os regulares mecanismos de mercado, distorcendo e inquinando os resultados e as regras da eficiência económica, manipulando a sua base tributável, nomeadamente através da transferência artificial de lucros entre diferentes jurisdições com o intuito de obter uma poupança fiscal. No entanto, isso não significa que o regime dos preços de transferência seja fiel e integralmente respeitado mesmo inexistindo as chamadas relações especiais entre empresas. Pelo contrário: basta a existência de um interesse económico comum entre duas entidades – mesmo que independentes – para que se introduza o factor de risco¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Neste aspecto diverge a legislação portuguesa do Relatório da OCDE sobre Preços de Transferência que trata apenas na vertente internacional dos preços de Transferência. Cfr. OECD, *Transfer...*, cit., 2010, p. 19, para. 12.

¹⁴⁸ Artigo 2.º da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

¹⁴⁹ Isto leva a que alguns autores como GLÓRIA TEIXEIRA, *Manual de Direito Fiscal*, 2008, Coimbra, p. 120 e 121, a questionar a utilidade do conceito de relações especiais tanto em sede de preços de transferência, como de subcapitalização, apontando como exemplo a experiência holandesa que não subordina a aplicação do regime dos preços de transferência ao preenchimento do requisito da existência de relações especiais.

Por esse motivo, estabelece o art. 3.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001 um procedimento de ajustamento primário quando, em virtude da existência de relações especiais, e em desrespeito ao princípio da plena concorrência, tenham sido estabelecidas entre as entidades envolvidas numa determinada operação condições diferentes daquelas que seriam normalmente fixadas entre empresas independentes, *dealing at arm's length*, tendo por fim a manipulação do lucro tributável e do resultado fiscal. Ora, sempre que se verificar esta manipulação do lucro tributável e do resultado fiscal, pode a Direcção-Geral dos Impostos incluir no lucro tributável aqueles lucros que, caso inexistissem relações especiais, teriam sido obtidos por uma das empresas e que apenas foram obtidos em função dessas condições. O objectivo da legislação de preços de transferência é claro: visando combater a transferência artificial de matéria tributável de uma jurisdição fiscal para outra tributariamente mais favorável em função da manipulação de preços de transferência entre duas entidades especialmente relacionadas, ela concede à administração fiscal a possibilidade de corrigir o preço da operação à luz do princípio da plena concorrência, tributando, deste modo, o justo lucro gerado pelo sujeito passivo onde ele se encontra fixado ou sediado.

Não são, pois, somente motivações de eficiência económica que intercedem na legitimação da intervenção da Administração Fiscal na fiscalização dos preços de transferência: - é que para além da inquinação da eficiência dos resultados económicos, verificam-se, frequentemente, deturpações puramente artificiais da base tributável.

Quer a OCDE¹⁵⁰, quer o TJCE¹⁵¹ convergem na legitimação da intervenção das Administrações Fiscais baseada no princípio da plena concorrência à luz da atribuição do direito dos Estados tributarem os rendimentos gerados no seu território, preservando a sua integridade fiscal e a justa distribuição da receita fiscal entre os países onde os sujeitos passivos estão fixados ou sediados¹⁵².

O princípio da plena concorrência não está, porém, imune a críticas¹⁵³. Isso mesmo é reconhecido pela OCDE que admite algumas dificuldades em certas situações de

¹⁵⁰ Cfr. OECD, *Transfer...*, cit., p. 17, para. 4 e p. 18, para. 7.

¹⁵¹ Cfr., por exemplo, C-446/03, *Marks & Spencer*, para. 45 e 46.

¹⁵² Aquilo a que, utilizando uma expressão inglesa de MAARTEN F. DE WILDE, *Some Thoughts on a fair allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 5, p. 281 se poderá chamar de «*sharing the tax pie*».

¹⁵³ Cfr. VIDAL, JEAN-PIERRE, *The Achilles' Heel of the Arm's Length Principle and the Canadian GlaxoSmithKline Case*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 10, p. 519, ABREU, MIGUEL TEIXEIRA

aplicação prática do princípio¹⁵⁴. Por exemplo: o que fazer no caso dos grupos que se dedicam à produção de bens e fornecimento de serviços altamente especializados? Ou à criação de activos incorpóreos únicos? Com efeito, como definir, então, o preço de transferência se não é possível estabelecer uma comparação com transacções substancialmente idênticas praticadas por empresas independentes? Da mesma forma, o princípio da plena concorrência revela dificuldades práticas em reflectir a realidade particular de duas empresas relacionadas contratando uma com a outra: é que face aos interesses que as unem, por vezes, são realizadas operações que não seriam realizadas entre empresas independentes mas que não são, todavia, operações orientadas por critérios de evitação de imposto, reflectindo tão-só uma opção estratégica do grupo. Ou seja, o princípio da plena concorrência obriga, através de uma ficção, a que duas empresas do mesmo grupo que possuem um funcionamento inerentemente diverso de duas empresas independentes, a comportarem-se, no plano fiscal, como se duas entidades independentes se tratassem, negligenciando que a gestão de políticas estratégicas de entidades relacionadas é necessariamente diferente daquela das opções tomadas por uma entidade isolada¹⁵⁵. Existem, ainda, problemas relacionados com a informação e a documentação necessárias para comprovar que o preço de transferência foi estabelecido de acordo com o princípio *arm's length*: note-se a substancial quantidade de documentação indispensável para confirmar a veracidade do preço; os problemas de confidencialidade que poderão advir da exibição de determinadas informações; ou a inexistência de informação que permita comparar uma certa operação praticada por empresas relacionadas com uma outra, praticada por empresas independentes: - é que o princípio da plena concorrência centra-se na

DE, *Os Preços de Transferência no Quadro da Evasão Fiscal Internacional*, 2000, CTF, n.º 358, Lisboa, p. 147, 162 e 163; FARIA, MARIA TERESA VEIGA DE, *A Fiscalização dos Preços de Transferência das Operações Internacionais*, 1996, CTF, n.º 381, Lisboa, p. 145 e 146; XAVIER, ANTÓNIO LOBO, *Preços de transferência no Sector Financeiro*, 2000, CTF, n.º 398, Lisboa, p. 78; BARROS, DUARTE, Considerações Jurídicas e Económico-Tributárias, in *Preços de Transferência e o Caso Português*, 2004, Porto, p. 77 e 78; LIBERO, SANTINO DI, *Comparability in Transfer Pricing: The Elusive Mirror Image*, 2009, Volume 54, Number 4, Tax Notes International, p. 293-296; DURST, MICHAEL C., *It's not Just Academic: The OECD Should Reevaluate Transfer Pricing Laws*, 2010, Volume 57, Number 3, Tax Notes International, p. 247-256.

¹⁵⁴ V. OECD, *Transfer...*, cit., p. 34 e segs., para. 1.9 e segs.

¹⁵⁵ BIEGALSKI, ADAM, *The Arm's Length Principle: Fiscalism or Economic Realism? A Few Reflections*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 3, p. 179, é particularmente crítico das *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE por reflectirem uma fiscalidade crescente em detrimento das especificidades do funcionamento de um mercado livre.. Com efeito, segundo aquele autor a competitividade de uma entidade num determinado mercado está relacionada com a sua competitividade num outro mercado. As entidades relacionadas não podem, portanto, ser tratadas como entidades independentes, estando antes relacionadas umas com as outras na economia global em que competem

comparação entre as condições de uma operação entre entidades relacionadas e as de uma operação entre entidades independentes, sendo estas últimas utilizadas como padrão de referência¹⁵⁶.

Todas estas insuficiências podem levar a que a Administração Fiscal, erroneamente, considere que uma certa operação entre empresas relacionadas desrespeitou o princípio da plena concorrência quando verdadeiramente não o faz, criando um problema de preço de transferência onde ele não existe. Considerando, todavia, os prós e os contras, há que reconhecer dos méritos da introdução do princípio da plena concorrência¹⁵⁷.

2.1.1 Os Métodos de Determinação do Preço de Transferência

Os métodos indicados nas alíneas a) e b), do n.º 3, do art. 63.º do CIRC podem ser classificados em dois tipos. Por um lado, os métodos tradicionais baseados nas operações cuja análise salienta, logicamente, a transacção. São eles os métodos indicados na alínea a): o método do preço comparável, o método do preço de revenda minorado e o método do custo majorado. Do outro lado encontram-se os métodos não tradicionais baseados no lucro cuja unidade de análise é, claro está, o lucro. São eles o método do fraccionamento do lucro e o método da margem líquida da operação.

O legislador português demonstra uma preferência pelos métodos tradicionais baseados nas operações¹⁵⁸. De facto, o n.º 2 do art. 63.º do CIRC, bem como o art. 4.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, sublinham que a escolha do método deve recair naquele que seja susceptível de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações efectuadas entre as

¹⁵⁶ PEREIRA, PAULA ROSADO, *O Novo Regime dos Preços de Transferência*, 2001, Fiscalidade, n.º 5, p. 32.

¹⁵⁷ Méritos que, aliás, são reconhecidos tanto do lado da Administração Fiscal, como do lado dos próprios contribuintes. Veja-se para tal a intervenção de RONALD HAIGH, representante da Administração Fiscal do Reino Unido, no Congresso da *International Fiscal Association* dedicado ao Relatório da OCDE sobre Preços de Transferência – “*So to wrap-up from the Tax Administration perspective – have the Guidelines made a positive difference? What I have already said substantially gives you part of my positive answer to this.*” Ou a de INGA NILSSON, representante do departamento fiscal da Volvo “*If applying the ideas of the Guidelines with sense and great care, I do think that they will be of great help*”. Cfr. INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION [org.], *Practical Experience with the OECD Transfer Pricing Guidelines*, 1999, The Hague, p. 11 e 26.

¹⁵⁸ Como se pode aferir pela leitura da alínea b), do n.º 3 do art. 63.º do CIRC: “quando os métodos referidos na alínea anterior não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida mais fiável dos termos e condições em que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam”.

entidades relacionadas e outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais. De sorte que a preferência manifestada pelo legislador pelos métodos tradicionais é compreensível: é que são precisamente estes métodos que são mais aptos a garantir de forma mais directa a fiabilidade da comparação entre as operações vinculadas e não vinculadas¹⁵⁹. Esta preferência não é, no entanto, rígida e inflexível: o legislador está igualmente ciente que os métodos tradicionais comportam dificuldades e não são infalíveis. Com efeito, o realce colocado no grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e as não vinculadas que é mais intenso no caso dos métodos tradicionais, nem sempre é fácil de se verificar. E aqui regressamos ao estatuído no art. 63.º, n.º 2 do CIRC e no art. 4.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001: o método escolhido deve apresentar a melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam normalmente acordados numa situação de plena concorrência. Assim sendo, esta adequabilidade está inevitavelmente sujeita ao casuísmo e às circunstâncias particulares de cada operação tomada individual e concretamente. De sorte que, quando os métodos tradicionais de determinação do preço de transferência não se revelarem capazes de determinar mais fiavelmente o preço de plena concorrência, o contribuinte deverá recorrer aos métodos não tradicionais. Iniciemos a nossa análise pelos métodos tradicionais.

O método do preço comparável de mercado¹⁶⁰ estabelece uma comparação entre o preço cobrado pela transacção de um bem ou de um serviço numa operação vinculada com o preço cobrado pela transacção de um bem ou de um serviço numa operação não vinculada, em circunstâncias comparáveis. Caso existam diferenças nos preços praticados nas duas operações, a divergência constituirá um indício de que a operação vinculada não se efectuou num princípio de plena concorrência. Trata-se de um método que requer o mais elevado grau de comparabilidade, tanto no objecto como nas demais condições da operação vinculada, como ainda na análise funcional das entidades relacionadas¹⁶¹. Para que este método seja aplicável, é preciso que não existam diferenças entre as operações e as entidades que vão ser objecto de comparação de forma a que o preço não seja enviesado. Frequentemente, esta exigência de quase perfeita convergência entre a operação vinculada e a operação não vinculada não sucede. De resto, a menor diferença no objecto da operação vinculada e

¹⁵⁹ V. OECD, *Transfer...*, cit., 2010, p. 59 e 60, para. 2.3.

¹⁶⁰ Sobre o método do preço comparável de mercado cfr. OECD, *Transfer...*, cit. p. 63 e segs.

¹⁶¹ Art. 6.º, n.º 1 da Portaria n.º 1446-C/2001.

da operação não vinculada poderá afectar fatalmente o preço de plena concorrência, mesmo que as restantes condições do negócio sejam praticamente idênticas. No entanto, verificando-se uma similitude quase perfeita entre a operação vinculada e a operação não vinculada, o método do preço comparável de mercado é o método mais directo e fiável para determinar o preço de plena concorrência.

O método do preço de revenda minorado¹⁶², por sua vez, tal como indica o art.7.º, n.º 1 da Portaria n.º 1446-C/2001, tem como base o preço de revenda praticado pelo sujeito passivo numa operação realizada com uma entidade independente, tendo por objecto um produto adquirido a uma entidade com a qual esteja em situação de relações especiais, ao qual é subtraída a margem de lucro bruto praticada por uma terceira entidade numa operação comparável e com igual nível de representatividade comercial. Ele pode ser representado pela seguinte fórmula¹⁶³:

$$\text{Preço de Revenda} - \text{Margem Bruta} \equiv \text{Preço de Transferência}$$

Por outras palavras: o procedimento relativo à determinação do preço de transferência de acordo com o método do preço de revenda minorado inicia-se tendo em conta o preço pelo qual um produto que foi adquirido a uma empresa relacionada é revendido a uma empresa independente. Realizado este primeiro passo, em seguida, a este preço (o preço de revenda) é deduzida uma margem bruta adequada (a margem sobre o preço de revenda) que deverá possibilitar ao sujeito passivo a cobertura dos seus custos de venda e outros custos operacionais e proporcionar ainda um lucro que, em condições normais de mercado, constitua para uma entidade independente uma remuneração apropriada, tendo em conta as funções exercidas, os activos utilizados e os riscos assumidos¹⁶⁴.

O método do custo majorado¹⁶⁵ tem como base o montante dos custos suportados por um fornecedor de um produto ou serviço fornecido numa operação vinculada, ao qual é adicionada a margem de lucro bruto praticada numa operação não vinculada comparável¹⁶⁶. Dito de outra forma, o procedimento tendente à determinação do método do custo majorado tem por base os custos de aquisição ou produção em que

¹⁶² Sobre o método do preço de revenda minorado cfr. OECD, *Transfer...*, cit., p. 65 e segs.

¹⁶³ MARTINS, CARLOS CARVALHO e ANTÓNIO MARTINS, *Os Preços de Transferência nos Grupos Industriais: Análise de Dois Casos*, 2007, CTF, n.º 420, p. 47.

¹⁶⁴ Art. 7.º, n.º 3 da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹⁶⁵ Sobre o método do custo majorado cfr. OECD, *Transfer...*, cit., p. 70 e segs.

¹⁶⁶ Art. 8.º, n.º 1 da Portaria n.º 1446-C/2001.

um fornecedor incorreu de forma a transferir esse bem ou serviço para uma entidade relacionada. A este custo deve ser adicionada uma margem de lucro adequada à luz das funções desempenhadas e das condições de mercado. A margem de lucro bruto adicionada aos custos pode ser determinada tomando como base de referência a margem de lucro bruto praticada numa operação não vinculada comparável efectuada pelo sujeito passivo, por uma entidade pertencente ao mesmo grupo ou por uma entidade independente. No entanto, para assegurar a comparabilidade entre a operação vinculada e a operação não vinculada, estas entidades devem exercer funções similares, utilizar o mesmo tipo de activos e assumir riscos idênticos, tal como, preferencialmente, transaccionar produtos ou serviços similares com entidades independentes e adoptar um sistema de custeio idêntico ao praticado na operação comparável¹⁶⁷. O método do custo majorado pode ser representado pela seguinte fórmula¹⁶⁸:

$$\text{Custo de produção} + \text{Margem Bruta} \equiv \text{Preço de Transferência}$$

Este método apresenta algumas dificuldades de aplicação prática relacionadas com a determinação dos custos. Apesar da cobertura dos custos das suas operações ser indispensável à sobrevivência da empresa, eles poderão não ser o factor determinante do lucro apropriado realizado na operação durante um certo período de tempo, altura em que poderão influir outros factores na sua determinação.

Sempre que os métodos tradicionais baseados na operação não possam ser aplicados, ou podendo sê-lo, não permitam obter uma conclusão fiável do preço de plena concorrência, deve o contribuinte recorrer ao método do fraccionamento do lucro, ao método da margem líquida da operação, ou a um outro método, desde que o mesmo garanta um elevado grau de comparabilidade entre a operação vinculada e a operação não vinculada. Um especial cuidado deve revestir a aplicação dos métodos não tradicionais: uma vez que a unidade de análise é o lucro, é necessário evitar situações de excessiva tributação quando o lucro apresentado for inferior ao normal, ou de subtributação quando o lucro apresentado for superior ao normal.

¹⁶⁷ Art. 8.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹⁶⁸ MARTINS, CARLOS CARVALHO e ANTÓNIO MARTINS, *Os Preços...*, cit., p. 47.

Sucintamente, o método do fraccionamento do lucro¹⁶⁹ consiste na repartição do lucro global derivado de operações complexas ou de séries de operações vinculadas realizadas de forma integrada entre as entidades intervenientes. Através deste método, procura-se determinar o lucro global obtido pelas partes intervenientes nas operações vinculadas e, de seguida, proceder ao seu fraccionamento entre aquelas entidades, tendo como critério o do valor relativo da contribuição de cada uma para a realização das operações, considerando para esse efeito as funções exercidas, os activos utilizados e os riscos assumidos por cada uma e, bem assim, tomando como referência dados externos fiáveis que indiquem como é que entidades independentes exercendo funções comparáveis, utilizando o mesmo tipo de activos e assumindo riscos idênticos teriam avaliado as suas contribuições¹⁷⁰. Alternativamente, o método do fraccionamento do lucro pode também ser aplicado num procedimento que envolve duas etapas¹⁷¹. Num primeiro momento, a cada uma das entidades intervenientes é atribuída uma fracção do lucro global que reflecta a remuneração apropriada susceptível de ser obtida com o tipo de operações que realiza, partindo sempre duma análise comparável com as remunerações que seriam normalmente obtidas por empresas independentes, tendo em conta as funções por ela desempenhadas, os activos utilizados e os riscos assumidos. Num segundo momento, procede-se ao fraccionamento do lucro ou do prejuízo residual entre cada uma das entidades, em função do valor relativo da sua contribuição, partindo sempre da mesma análise comparativa que acima descrevemos. O método do fraccionamento do lucro é um método especialmente apropriado para os casos em que exista um elevado nível de integração entre as unidades económicas de um grupo, para o qual a utilização de um método que analise uma operação individualizada não é o mais aconselhável; é também um método indicado para as operações em que ambas as partes fazem contribuições únicas e valiosas para a transacção. Em contrapartida, o método do fraccionamento do lucro pode provocar dificuldades práticas no momento da sua aplicação. Com efeito, tanto o contribuinte como a Administração Fiscal podem sentir dificuldades na avaliação da informação de filiais estrangeiras, apreciação essa que pode ser agravada se os sistemas de informação da empresa multinacional não forem

¹⁶⁹ Sobre o método do fraccionamento do lucro cfr. OECD, *Transfer...*, cit., p. 93 e segs.

¹⁷⁰ Art. 9.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹⁷¹ Art. 9.º, n.º 3 da Portaria n.º 1446-C/2001.

os mais adequados. A própria distribuição dos custos operacionais entre as entidades envolvidas na operação pode revelar-se difícil.

O método da margem líquida da operação¹⁷², de acordo com o n.º 1 do art. 10.º da Portaria n.º 1446-C/2001, baseia-se no cálculo da margem de lucro líquido obtida por um sujeito passivo numa operação ou numa série de operações vinculadas tomando como referência a margem de lucro líquido obtida numa operação não vinculada comparável efectuada pelo sujeito passivo, por uma entidade pertencente ao mesmo grupo ou por uma entidade independente. Esta margem de lucro líquida deve ser calculada em relação a um indicador apropriado, tendo em conta as circunstâncias e características de cada operação, a natureza da actividade, podendo ser representado pelas vendas, custo ou activos utilizados, ou outra grandeza relevante. É um método dificilmente aplicável aos casos de transacção vinculada em que cada uma das partes realiza contribuições únicas e valiosas à transacção devido à falibilidade que implica. Todavia, quando comparado com o preço comparável de mercado por exemplo, este método pode revelar-se mais fiável em certas ocasiões uma vez que os indicadores das margens de lucro são menos prejudicados pelas diferenças nas transacções. Outras vezes, no entanto, as margens líquidas podem ser influenciadas por factores que impeçam a comparabilidade entre as operações vinculadas e não vinculadas em todos os aspectos considerados relevantes, afectando, desse modo, significativamente, a margem de lucro líquida da operação. Naturalmente, a margem líquida da operação está sujeita a alguma volatilidade, resultante do confronto das forças no mercado. Nesse sentido, o contribuinte deve fazer os ajustamentos necessários para eliminar esse efeito, determinando, ajustadamente, a margem de lucro líquida correspondente à operação vinculada não comparável.

Todos os métodos de determinação do preço de plena concorrência – uns mais do que outros, é certo – exigem que se estabeleça uma comparabilidade entre as operações ou séries de operações efectuadas pelas entidades vinculadas e outras por entidades não vinculadas. Para que essa comparação seja o mais próxima possível, devem ser tidos em conta determinados factores nessa análise, nomeadamente, as características específicas dos bens, direitos ou serviços, a análise funcional da empresa, os termos e condições contratuais, as circunstâncias económicas, ou a estratégia das empresas.

¹⁷² Sobre o método da margem líquida da operação cfr. OECD, *Transfer...*, cit., p. 77 e segs.

2.1.2. A Documentação e o Ónus da Prova

Vimos que, de acordo com o art. 63.º do CIRC, quando duas entidades relacionadas contratam entre si, devem ser acordados termos ou condições substancialmente idênticas aos que normalmente seriam acordados entre empresas independentes, contratando entre si. Nisto consiste o princípio de plena concorrência. No respeito por este princípio atribui a lei fiscal¹⁷³ ao contribuinte um dever de dispor de um conjunto de informação e documentação relativamente às operações praticadas com entidades relacionadas de forma a provar a conformidade das mesmas com o princípio de plena concorrência. Assim, o contribuinte deverá (i) dispor e manter um conjunto de informação e documentação adequada de modo a provar a paridade de mercado nas operações com entidades relacionadas, tal como (ii) seleccionar e utilizar o método ou métodos mais apropriados de determinação dos preços de transferência que proporcionem uma maior aproximação aos preços praticados por entidades independentes e que assegurem o mais elevado grau de comparabilidade das operações efectuadas com outras substancialmente idênticas realizadas por entidades independentes em situação normal de mercado¹⁷⁴.

Nesse sentido, nos termos do art. 63.º n.º 6 do CIRC, os documentos aptos a provar a conformidade das operações praticadas intra-grupo com o princípio da plena concorrência serão (i) as directrizes ou instruções relativas à aplicação da respectiva política de preços de transferência, (ii) os contratos e outros actos jurídicos celebrados com entidade que com o contribuinte estão em situação de relações especiais, com as modificações que ocorram e com informação sobre o respectivo cumprimento, (iii) a documentação e informação relativa às entidades relacionadas com quem contrata e bem assim às empresas e aos bens ou serviços usados como termo de comparação, (iv) as análises funcionais e financeiras e os dados sectoriais, e demais informação e elementos tomados em consideração para a determinação do preço de transferência, tal como a selecção do respectivo método.

Todas as entidades que, no exercício anterior, tenham atingido um valor anual de vendas líquidas e outros proveitos superior a 3.000.000€ são obrigadas a reunir o conjunto de informação e documentação previsto nos artigos 13.º e seguintes da Portaria n.º 1446-C/2001. Para além de respeitar as obrigações de informação e

¹⁷³ Art. 63.º, n.º 6 do CIRC.

¹⁷⁴ Art. 13.º, n.º 1, al. a) e b) da Portaria n.º 1446-C/2001.

documentação dos artigos 13.º e seguintes da Portaria n.º 1446-C/2001, o contribuinte deve ainda indicar na declaração anual de informação contabilística e fiscal, a existência ou inexistência de operações com entidades com as quais está em situação de relações especiais. Havendo efectivamente a realização de operações com entidades relacionadas, deve então o contribuinte: (i) identificar as entidades em causa; (ii) identificar e declarar o montante das operações efectuadas com cada uma das entidades; e (iii) declarar a organização e manutenção da documentação respeitante à determinação dos preços de transferência¹⁷⁵.

Nem o CIRC, nem tão-pouco a Portaria n.º 1446-C/2001 prevêem sanções pelo incumprimento das obrigações de informação e documentação de preços de transferência. Isso não significa, porém, que não hajam consequências pelo desrespeito destas obrigações do contribuinte pois o RGIT pune estas situações de incumprimento. Assim, e para além do reajustamento primário efectuado pela Administração Fiscal devido ao desrespeito do princípio da plena concorrência, segundo o art. 114.º, n.º 1 e art. 26.º, n.º 1, al. b) do RGIT, poderão ainda ser aplicadas multas de 100% sobre o valor do imposto não liquidado por fraude ou negligência ou uma multa cujo valor máximo pode atingir os 30.000€ quando, devido a negligência sua, o contribuinte não respeite as suas obrigações de informação e documentação de preços de transferência.

Na prática, estes deveres transferem, parcialmente, o ónus da prova para o contribuinte, simplificando a tarefa de fiscalização da Administração Fiscal. Ou dito de outro modo: os deveres de informação e documentação a que os contribuintes estão onerados, constituem uma base de apoio relevante para que a Administração Fiscal possa aferir da conformidade das declarações com o princípio de plena concorrência e, por conseguinte, estar melhor capacitada para aplicar ajustamentos ao lucro tributável.

Isso, no entanto, não significa que o ónus da prova não pertença à Administração Fiscal¹⁷⁶. Com efeito, ela não poderá proceder a uma modificação na esfera jurídica do contribuinte sem o apoio legal da respectiva norma fiscal habilitante¹⁷⁷, neste caso,

¹⁷⁵ Cfr. o n.º 7, do art. 63.º do CIRC.

¹⁷⁶ “Cabe à Fazenda Pública o ónus da prova das condições que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes pelo que, em caso de dúvida sobre a divergência entre o valor acordado para a transmissão e o valor que seria normalmente acordado entre pessoas independentes, o acto de correcção deve ser anulado”. In Processo 025744 do STA, de 14-03-2001. No mesmo sentido cfr. o Processo 01508/02 do STA, de 12-03-2003.

¹⁷⁷ MARTINS, ELISABETE LOURO, *O Ónus da Prova no Direito Fiscal*, 1ª ed., 2010, Lisboa, p. 211.

o art. 63.º do CIRC. De resto, o art. 75.º da LGT dispõe que se presumem verdadeiras e de boa fé as declarações dos contribuintes apresentadas nos termos previstos na lei. Neste sentido, cumprindo o contribuinte as suas obrigações de informação e documentação, cabe à Administração Fiscal demonstrar que se encontram reunidos os pressupostos da norma legal habilitante para que possa proceder ao respectivo ajustamento. São pressupostos habilitantes do art. 63.º do CIRC (i) a existência de relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa singular ou colectiva, (ii) que entre ambas as entidades tenham sido estabelecidas condições diferentes das normalmente acordadas entre pessoas independentes, (iii) que tais relações sejam causa adequada das condições firmadas no negócio e (iv) que essas mesmas condições tenham conduzido ao apuramento de um lucro diferente do que se apuraria na sua ausência¹⁷⁸. Não tendo o contribuinte cumprido as suas obrigações de informação e documentação, a produção de prova ficará dificultada.

O ajustamento do lucro tributável efectuado ao abrigo do art. 63.º do CIRC carece de fundamentação por força do art. 77.º, n.º 3 da LGT, implicando (i) a descrição das relações especiais, (ii) a indicação das obrigações legais incumpridas pelo contribuinte, (iii) a descrição do(s) método(s) e os elementos de comparação aplicados, e (iv) a quantificação dos efeitos. Importa sublinhar que no que tange ao primeiro requisito (a descrição das relações especiais) e ao tema em particular que nos toca (a utilização de paraísos fiscais), que se uma entidade com sede ou direcção efectiva em território português efectuar operações comerciais com outra entidade residente, para efeitos fiscais, num país, território ou região com regime fiscal claramente mais favorável será esta última automaticamente considerada como uma entidade relacionada da primeira, de acordo com o art. 63.º, n.º 4, al. h) do CIRC. Esta presunção implica que, em função da existência de relações especiais entre essas duas entidades, para efeitos de preços de transferência, há uma obrigação de informação e documentação das operações efectuadas entre elas por parte da entidade residente em território português.

Da fundamentação do acto de determinação da matéria colectável deve constar uma exposição, ainda que sucinta, das razões de facto e de direito que a motivaram. Isso não impede, contudo, que a fundamentação se traduza numa mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas

¹⁷⁸ V. neste sentido o Processo 019858 do STA, de 19-03-2003, Processo 0228/05 do STA, de 01-07-2005, Processo 0401/06 do STA, de 29-11-2006.

– como é, de resto, expressamente admitido pelo art. 77.º, n.º 1, *in fine* da LGT¹⁷⁹. O que importa é que a fundamentação permita o conhecimento dos motivos que levaram a Administração a orientar-se nesse sentido e não em qualquer outro para que o contribuinte possa conhecer os pressupostos de facto e de direito que levaram a Administração a optar pelo caminho que percorreu para chegar ao destino que atingiu¹⁸⁰. Nesse sentido – e porque contraria tudo o que vimos dizendo, a fundamentação não pode, pois, assentar em meros indícios ou presunções uma vez que violaria os elementos garantísticos que visa proteger: permitir ao particular determinar racionalmente se deve dirigir-se ao tribunal e de que modo¹⁸¹.

A fundamentação deve, ainda, respeitar três princípios para que se possa mostrar constitucionalmente adequada: de acordo com o princípio da suficiência, a fundamentação deve englobar todos os elementos sobre os quais a Administração exerce uma discricionariedade de escolha, de forma a que se possa avaliar a motivação do procedimento; por sua vez, o princípio da clareza impõe que a fundamentação se revele transparente, ou seja, que não enferme de razões dúbias, equívocas ou indeterminadas de modo a que o destinatário possa compreender a motivação e a justificação do procedimento; por fim, segundo o princípio da congruência, deverá haver um nexo lógico a vincular a exposição das razões de facto e de direito apontados pela Administração e a justificação que lhes subjaz¹⁸². Delimitar, porém, concretamente qual o conteúdo típico da fundamentação é tarefa de maior exigência. Por um lado, se o conteúdo da fundamentação se deve revelar suficiente, claro e congruente, por outro lado, esse mesmo conteúdo revela-se variável segundo a situação concreta e os factos relevantes para a decisão final. Ou dito de outra forma: “o conteúdo típico da fundamentação é naturalmente tão complexo e

¹⁷⁹ Neste sentido v. Processo 026733 do STA, de 17-04-2002 e ainda o Processo 0401/06 do STA, de 29-11-2006. Pelo contrário, no Processo 0119/04, de 22-09-2004, o STA conclui que não se encontrava devidamente fundamentado o acto que levou à correcção da matéria colectável.

¹⁸⁰ Assim o dizem, por exemplo, o Processo 026733, de 17-04-2002 do STA e o Processo 0119/04, de 22-09-2004 do STA.

¹⁸¹ CORREIA, J. M. SÉRVULO, *Direito do Contencioso Administrativo*, Vol. I, 2005, Lisboa, p. 541. Acentuando também que a fundamentação permite «o controlo futuro da decisão», garantindo «as condições substanciais para o controlo judicial» cfr. SANCHES, J. L. SALDANHA, *A Quantificação...*, cit., p. 436.

¹⁸² Estes três requisitos são indicados por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 826, na sua anotação ao art. 268.º da CRP. A jurisprudência do STA faz eco destes mesmos requisitos na necessidade de fundamentação da correcção do lucro tributável nas operações entre entidades relacionadas que desrespeitem o princípio de plena concorrência. Cfr. Processo 0119/04, de 22-09-2004 e o Processo 0401/06, de 29-11-2006.

variado quanto o processo especulativo e volitivo da decisão a fundamentar”¹⁸³. Não sendo o acto de alteração da matéria colectável devidamente fundamentado, a decisão será inválida, podendo a mesma ser anulada, bem como o acto de liquidação adicional, por aplicação do art. 135.º do CPA¹⁸⁴.

Em suma, conclui-se que o STA tem escrutinado atentamente as operações de correcção do lucro tributável ao abrigo do art. 63.º do CIRC¹⁸⁵, bem como a respectiva fundamentação. Com efeito, o art. 63.º do CIRC permite à Administração Fiscal proceder a correcções ao lucro tributável quando, em virtude de relações especiais entre o contribuinte e outra entidade, tenham sido estabelecidas condições diferentes das normalmente acordadas entre pessoas independentes. Cabe, porém, à Fazenda Pública o ónus da prova da existência dessas relações e do diferente valor acordado, como é jurisprudência assente do STA^{186 187}.

2.1.3. A Fiscalização da Administração Fiscal e o Ajustamento Primário, o Ajustamento Correlativo e o Ajustamento Secundário

Antes de penetrarmos na fiscalização dos preços de transferência propriamente ditos por parte da Administração Fiscal, cumpre, desde logo, fazer referência ao dever de boa fé que o contribuinte deve manter na organização da documentação de preços de transferência exigida, bem como o dever de cooperação para com os procedimentos de inspecção regulado no art. 63.º da LGT. Os deveres, no entanto, não são unilaterais. Também a Administração Fiscal, quando avaliza a determinação dos preços de transferência, deve realizar uma análise funcional da empresa, isto é, ela

¹⁸³ ANDRADE, VIEIRA DE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, 1992, Coimbra, p. 249. O mesmo é afirmado no Processo 0119/04 do STA, de 22-09-2004.

¹⁸⁴ “ [...] Do que fica exposto terá de concluir-se que o despacho recorrido, não explicitando quais as relações normais entre empresas independentes em idênticas circunstâncias, enferma do vício de falta de fundamentação”. In Processo 090/05 do STA, de 12-10-2005. V. no mesmo sentido Processo 01016/06 do STA, de 31-01-2007, Processo 0573/07 do STA, de 18-02-2010, Processo 0119/04 do STA, de 22-09-2004.

¹⁸⁵ Ou do art. 57.º do CIRC, uma vez que a grande maioria das decisões dos tribunais respeitam ainda ao período anterior à entrada em vigor da Lei n.º 30-G/2000.

¹⁸⁶ Vejam-se, por exemplo, neste sentido as decisões do STA no Processo 01508/02, de 12-03-2003, no Processo 025533, de 26-09-2001, no Processo 025744, de 14-03-2001, no Processo 0228/05, de 01-07-2005.

¹⁸⁷ Constituindo tal ónus, segundo jurisprudência do TJCE, um requisito indispensável para que o art. 63.º do CIRC se tenha como compatível com o direito comunitário. De facto, o TJCE parece dispor da opinião que caso este ónus da prova não recaia sobre a Administração Fiscal, a legislação de preços de transferência de um certo país mostrar-se-á excessiva para atingir o objectivo a que se propõe, contrariando, deste modo, as disposições comunitárias. Cfr. C-311/08, SGI, para. 91.

deve conhecer a sua estrutura e organização, os riscos que ela assume, a natureza da sua actividade, ou as funções por ela desempenhadas. Da qualidade e do rigor da análise funcional que a Administração Fiscal faz da empresa muito dependerá a avaliação escrupulosa e minuciosa que ela fará do preço de transferência. Na verdade, o processo de fiscalização dos preços de transferência é uma das tarefas mais exigentes que a Administração Fiscal actualmente enfrenta. Um conjunto de obstáculos se lhe deparam: a necessidade de estatísticas adequadas, a indispensável cooperação, os imprescindíveis recursos humanos¹⁸⁸.

E que tipo de procedimento segue a Administração Fiscal quando conclui, na sequência duma fiscalização, pela existência duma operação entre partes relacionadas que desrespeite o princípio da plena concorrência?

Apurada a existência de uma operação vinculada entre um determinado sujeito passivo e uma entidade residente em território português cujos termos e condições difiram dos que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, a Direcção-Geral dos Impostos pode efectuar as correcções ao lucro tributável que sejam necessárias para que o montante envolvido na operação corresponda àquele que seria praticado numa situação normal de mercado^{189 190}. A este primeiro ajustamento da Administração se chama ajustamento primário: ele ocorre quando a administração recusa a dedutibilidade de uma despesa ou de uma perda, ou quando ela inclui um ganho que a empresa anormalmente deixou de realizar.

No entanto, este ajustamento primário operado no contribuinte deve reflectir-se no lucro tributável da outra entidade relacionada envolvida na transacção havendo uma redistribuição nos lucros tributáveis dos contribuintes: enquanto de um lado ocorre um aumento no lucro tributável, do outro, deverá haver uma redução¹⁹¹. A este procedimento se chama ajustamento correlativo. Este mesmo processo é válido para as situações em que o ajustamento primário é realizado por uma Administração Fiscal

¹⁸⁸ FARIA, MARIA TERESA VEIGA DE, *A Fiscalização dos Preços de Transferência das Operações Internacionais*, 1996, CTF, n.º 381, Lisboa, p. 146 e segs.

¹⁸⁹ Cfr. art. 3.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹⁹⁰ O contribuinte poderá reagir ao reajustamento da Administração por duas vias: administrativa ou judicial. Administrativamente, pode o contribuinte interpor um pedido de revisão da matéria tributável ao abrigo do art. 91.º da LGT ou um recurso hierárquico, fundado nos artigos 66.º e 67.º do CPPT. O uso desta via administrativa não impede, contudo, o contribuinte de recorrer aos Tribunais Administrativos e Fiscais.

¹⁹¹ Art. 63.º, n.º 11 do CIRC.

de um País que celebrou uma CDT com Portugal¹⁹², mas com uma diferença fundamental: nesse caso, o ajustamento correlativo do lucro tributável da entidade residente em território português a realizar pela administração fiscal encontra-se dependente dos termos e condições previstos na convenção internacional. Importa, pois, conhecer da sua estrutura.

O art. 9.º, n.º 1 da Convenção Modelo da OCDE (que serve de base à celebração de tratados sobre o rendimento dos seus Estados-Membros) não impõe um ajustamento dos comportamentos das Administrações Fiscais dos dois Estados contratantes de modo a que à rectificação do lucro tributável da empresa A, residente no Estado A, suceda automaticamente um ajustamento no lucro da empresa B, residente no Estado B. Nesse sentido, e para evitar os perigos de dupla tributação que daí resultam, prevê o art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE que, quando o lucro da empresa A, residente no Estado A seja reavaliado à luz do princípio da plena concorrência, tem a Administração Fiscal do Estado B, no qual reside a empresa B, o dever de ajustar o lucro da outra entidade relacionada de forma a evitar o risco de dupla tributação. Aqui reside o verdadeiro fundamento do art. 9.º da Convenção Modelo da OCDE – a necessidade de evitar a dupla tributação¹⁹³. Na verdade, se unilateralmente a lei interna de cada País prevê já a possibilidade de praticar o ajustamento do preço de transferência que desrespeite o preço praticado entre empresas independentes, *dealing at arm's length*, que outra utilidade teria esta disposição? Facilmente se compreende que na ausência de uma norma com este escopo, dificilmente as Administrações Fiscais realizariam os ajustamentos correlativos que implicassem uma redução no lucro tributável da empresa residente no seu território e a correspondente perda de receita fiscal.

Contudo, o art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE não anula, por completo, os riscos de dupla tributação: de facto, o ajustamento correlativo a efectuar pela

¹⁹² Art. 63.º, n.º 12 do CIRC. É preciso ter em conta que as disposições convencionais baseadas nas CDT não autorizam, por si só, a Administração Fiscal a proceder ao reajustamento, se tal não lhe for permitido pela lei interna. Este é um princípio fundamental na relação entre tratados e lei interna, apelidado de *golden rule* ou de princípio do efeito negativo dos tratados. O art. 63.º, n.º 12 do CIRC confere essa autorização. V. XAVIER, ALBERTO, *Direito Tributário Internacional*, 1993, Coimbra, p. 326.

¹⁹³ Decerto, o art. 9.º tem igualmente por fundamento o direito legítimo dos Estados tributarem os rendimentos que são gerados no seu território. Esse fundamento, no entanto, não pode conduzir a uma defesa cega da base tributável: antes, ela deve ser conjugada com a necessidade de evitar a dupla tributação que constitui um obstáculo às transacções transfronteiriças de bens e serviços e à circulação do capital. Em suma, a tributação das empresas multinacionais não pode ser encarada isoladamente, mas sim num contexto internacional alargado. Cfr. OECD, *Transfer...*, cit., p. 17, para. 1 e 4.

Administração Fiscal do País B encontra-se dependente do reconhecimento do ajustamento primário realizado no Estado A por essa Administração. Na verdade, apenas quando a Administração Fiscal do Estado B reconhecer o ajustamento primário e concordar com o método e o montante aplicado ao preço de transferência pela Administração Fiscal do Estado A, só então surge o dever de proceder ao ajustamento correlativo¹⁹⁴. Logo, o risco de dupla tributação permanece quando os Estados contratantes discordem no montante aplicável ao preço de transferência. Nesse caso, um dos Estados poderá recusar efectuar o ajustamento correlativo, originando um problema de dupla tributação. E esse risco permanece ainda no caso das transacções entre empresas relacionadas de dois Estados-Membros da União Europeia. Com efeito, como reconheceu o TJCE no caso *Gilly*¹⁹⁵, embora a eliminação da dupla tributação na Comunidade conste dos objectivos do TCE por força do art. 293.º (então art. 220.º), resulta dessa disposição que dela não decorrem para os contribuintes direitos susceptíveis de serem invocados nos órgãos jurisdicionais nacionais, uma vez que ela se limita a traçar o quadro de uma negociação que os Estados-membros realizarão entre si «sempre que necessário»¹⁹⁶. Em suma, esta disposição não tem por objecto estabelecer uma regra jurídica operativa como tal, não tendo, portanto, efeito directo.

Neste contexto, o conhecimento da rede de CDT de Portugal é imprescindível uma vez que, como vimos, segundo o art. 63.º, n.º 12 do CIRC, são os termos e as condições nelas previstas que regulam os eventuais ajustamentos correlativos a realizar pela Administração Fiscal Portuguesa em caso de ajustamento primário de um outro Estado.

Inicialmente, Portugal colocou reservas ao art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE, não o incluindo nas CDT celebradas com outros Estados¹⁹⁷. Na prática, esta solução significava o esvaziamento da substância do art. 9.º da Convenção Modelo visto que originava situações de dupla tributação, quando é precisamente esse o

¹⁹⁴ Assim o diz o Relatório da OCDE, *Transfer...*, cit., p.142, para. 4.35. Esta interpretação do art. 9.º, n.º 2 visa proteger a soberania fiscal de cada Estado-membro, preservando-o de eventuais ajustamentos arbitrários ou caprichosos de outros Estados. Sobre esta questão v. ainda SHELTON, NED, *Interpretation and Application of Tax Treaties*, 2004, London p. 358, ABREU, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Os Preços...*, cit., p. 170.

¹⁹⁵ C-336/96, *Gilly* (12 de Maio de 1998).

¹⁹⁶ *Idem*, para. 15 e 16. Sobre esta questão cfr. ainda O'SHEA, TOM, *EU Tax Law and Double Tax Conventions*, 2008, London, p. 61.

¹⁹⁷ São disso exemplo as CDT celebradas com Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, Coreia, Finlândia, França, Itália, Noruega, Reino Unido e Suíça.

resultado que ela visa impedir. Esta política, no entanto, alterou-se: recentemente, Portugal tem incluído o art. 9.º, n.º 2 nas suas CDT, mas com a seguinte menção cautelar: efectuado o ajustamento primário, «o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto, se este outro Estado considerar o ajustamento justificado»¹⁹⁸.

O art. 18.º da Portaria n.º 1446-C/2001 regula o procedimento em caso de ajustamento correlativo a efectuar pela Administração Fiscal Portuguesa no caso do ajustamento primário ter sido realizado por uma Administração Fiscal dum País com uma CDT celebrada com Portugal. Nesse caso, de acordo com o n.º 1, o sujeito passivo deverá apresentar ao director-geral dos Impostos um pedido de revisão da sua situação tributária com fundamento no ajustamento primário ao lucro tributável de entidades que com ele estejam relacionadas, pedido esse que deve conter os elementos indicados no n.º 2, para além de dever ser apresentado nos termos e no prazo previsto na CDT aplicável ao caso concreto (art. 18.º, n.º3).

Mesmo na ausência de uma disposição semelhante ao art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE, é discutido se o procedimento amigável regulado no art. 25.º pode ser utilizado para realizar o ajustamento correlativo. Os parágrafos 11 e 12 dos Comentários ao art. 25.º da Convenção Modelo da OCDE afirmam expressamente que a maior parte dos Estados-membros da OCDE entendem que o procedimento amigável é aplicável aos ajustamentos de preços de transferência, mesmo na ausência de uma norma com um conteúdo idêntico ao art. 9.º, n.º 2 da Convenção¹⁹⁹.

Há ainda que acrescentar que, mesmo efectuado o ajustamento primário pela Administração Fiscal, poderão ainda ter sido transferidos para uma empresa relacionada fundos que, em princípio, deveriam estar na posse da outra empresa relacionada. Por outras palavras: o ajustamento primário e o ajustamento correlativo não alteram o facto do excesso de lucro representado pelo ajustamento não ser ainda

¹⁹⁸ São disso exemplo as CDT celebradas com África do Sul, Argélia, Barbados, Bulgária, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colômbia, Cuba, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovénia, Espanha, Estados Unidos, Estónia, Grécia, Guiné-Bissau, Holanda, Hungria, Índia, Indonésia, Irlanda, Islândia, Israel, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Macau, Malta, Marrocos, México, Moçambique, Panamá, Paquistão, Polónia, República Checa, República da Moldova, República Eslovaca, Roménia, Rússia, Singapura, Suécia, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Venezuela.

¹⁹⁹ No entanto, como afirma LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, *Preços de Transferência e Acordos de Dupla Tributação*, 2000, CTF, n.º 398, Lisboa p. 60 e 61, as administrações fiscais de alguns países têm opinião diversa, sobretudo aquelas cuja lei interna não prevê a figura do ajustamento correspondente, “argumentando que o disposto nas convenções de dupla tributação, em matéria quer de correcções quer de ajustamentos correspondentes, só terá aplicação se a legislação fiscal dos Estados contratantes prever, respectivamente, tal poder ou obrigação”. Sobre esta matéria v. ainda OECD, *Transfer..*, cit., p. 141, para. 4.33.

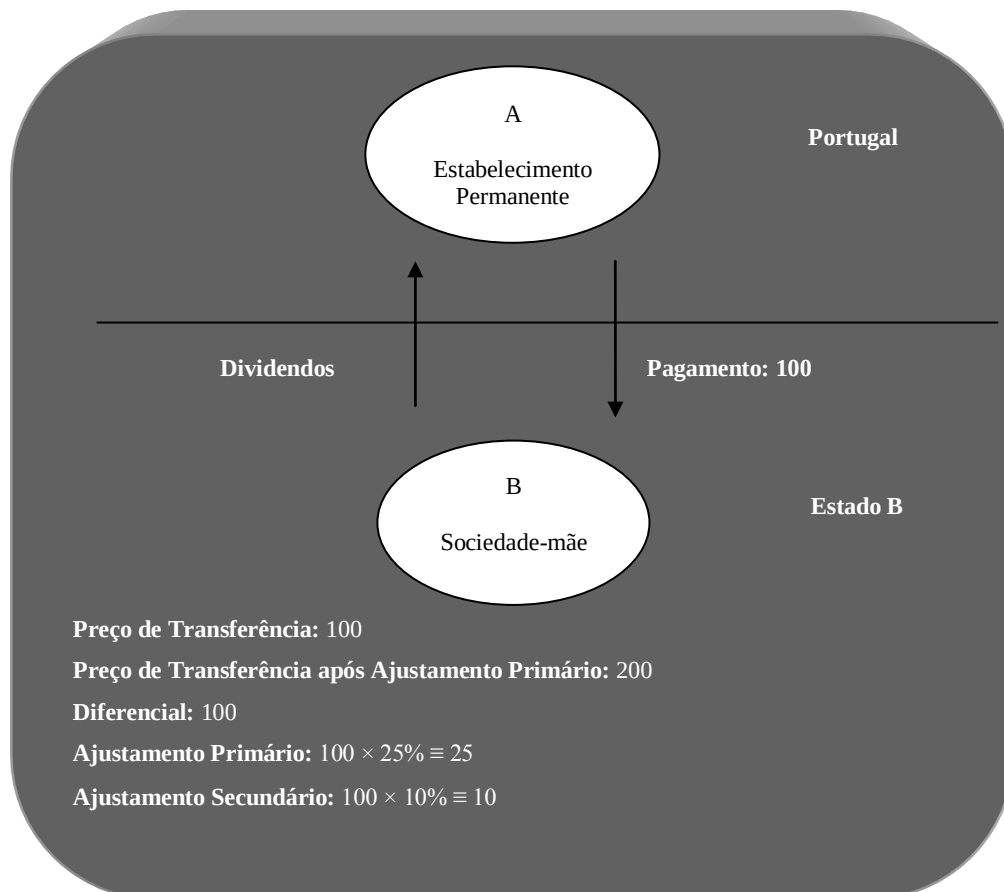
conforme com o resultado que ocorreria caso a operação vinculada tivesse sido transaccionada numa base de plena concorrência. Para tornar a operação de redistribuição dos lucros alinhada com o ajustamento primário e o princípio da plena concorrência, a Administração Fiscal pode considerar que haja ainda lugar a uma transacção construtiva secundária e que, portanto, essa transacção deve também ser alvo de reajustamento. É o chamado ajustamento secundário pelo qual a Administração, depois de reconstruir a transacção secundária, tributa o excesso de lucro que permanece nas mãos de uma empresa relacionada. Normalmente, este tipo de transacções secundárias tomam a forma de transferência de dividendos, empréstimos, ou entradas de capital.

Tomemos como exemplo a seguinte operação de distribuição oculta de dividendos como forma de evadir uma situação de retenção na fonte²⁰⁰. A empresa A, estabelecimento permanente residente em Portugal, vende à empresa B, sociedade-mãe residente no Estado B, um determinado bem pelo preço de 100. A é uma sociedade totalmente detida por B. A Administração Fiscal portuguesa, depois de fiscalizar os preços de transferência de A, conclui que o preço praticado entre A e B não é idêntico ao que normalmente seria aceite entre entidades independentes em operações comparáveis. Assim, a Administração Fiscal Portuguesa fixa o preço de plena concorrência em 200, adicionando 100 ao lucro tributável de A, o que dará um ajustamento de 25 (suponhamos que, neste caso, a taxa aplicável seria de 25%). No entanto, o excesso de fundos de 100 continua nas mãos da empresa B, residente no Estado B. Suponhamos, ainda, que a empresa A pretendia distribuir os seus dividendos a B. A empresa A sabe, todavia, que esses dividendos estão sujeitos a retenção na fonte. Nesse sentido, e para evitar que esses dividendos sejam retidos quando distribuídos, A pode deflacionar intencionalmente o custo de venda do bem de forma a transferir indirectamente e artificialmente esses dividendos por via do preço de transferência. Então, para tornar a transacção alinhada com o ajustamento primário e o preço de plena concorrência, e após reconstruir a transacção secundária artificial (a distribuição oculta de dividendos), a Administração Fiscal irá considerar o excesso de fundos nas mãos da empresa B uma distribuição de dividendos e tributar essa transferência de modo a neutralizar o comportamento abusivo das entidades

²⁰⁰ O exemplo que se segue é baseado no exemplo dado por TEIXEIRA, RENATA R., *Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 8/9, p. 452.

relacionadas. Assim, a Administração Fiscal Portuguesa imporá, suponhamos, uma taxa de 10% sobre os dividendos distribuídos a B, perfazendo um ajustamento secundário de 10. Inexistindo, portanto, uma disposição que consagre o reajustamento secundário, permanecem algumas possibilidades de evasão fiscal. Eis a situação esquematicamente:

Figura IV – O Ajustamento Secundário nos Preços de Transferência



A legislação portuguesa, no entanto, não consagra este tipo de ajustamento²⁰¹. Uns Estados consideram a sua consagração necessária para prevenir a evasão fiscal, outros rejeitam-na uma vez que a sua aplicação comporta dificuldades por se tratar de um procedimento complexo. O próprio art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE não

²⁰¹ Ao contrário do que sucede noutros países. A França, por exemplo, na sequência de um ajustamento primário, aplica um reajustamento secundário caso considere que há uma distribuição de lucro sujeita a retenção na fonte. Na Alemanha, a habilitação para aplicar o ajustamento secundário deriva das leis gerais tributárias. A Holanda também aplica o ajustamento secundário e a respectiva tributação caso haja uma transacção secundária. Em Espanha, o art. 16.º, n.º 8 da *Ley del Impuesto sobre Sociedades* também o permite. Por todos v. TEIXEIRA, RENATA R., *Tax Treaty...*, cit., 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 8/9, p. 456 e 457.

aborda esta problemática. No entanto, sublinhe-se, tal não impede os Estados de consagrarem o ajustamento secundário na sua lei interna²⁰².

2.1.4. O Princípio da Plena Concorrência na Jurisprudência do TJCE

Tudo o que vimos dizendo até agora sobre o princípio de plena concorrência vem atravessando um período de alguma indefinição e incerteza provocado pela recente decisão do TJCE no Caso *SGI* (²⁰³) que poderá ter consequências importantes no futuro desenvolvimento da temática dos preços de transferência. Antes, porém, de termos o nosso olhar neste caso em particular, será benéfico analisar a evolução da jurisprudência trilhada pelo TJCE. Começemos pelo caso *Lankhorst-Hohorst*²⁰⁴.

O que está em causa no caso *Lankhorst-Hohorst* é a compatibilidade do § 8a da *Körperschaftsteuergesetz* (lei relativa ao imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas alemã, daqui em diante KStG) com o art. 43.º do TCE que estabelece a liberdade de estabelecimento. O que o TJCE considerou também – e este é o ponto que aqui nos importa – é a justificação comercial subjacente à concessão de um empréstimo entre partes relacionadas, isto é, de uma sociedade-mãe (a *Lankhorst Taselaar BV*, daqui em diante LTBV, sediada nos Países Baixos) a uma filial sobreendividada (a *Lankhorst-Hohorst GmbH*, fixa na Alemanha) à luz do princípio da plena concorrência.

Ora, no caso concreto, atendendo ao princípio da plena concorrência, uma entidade independente, nomeadamente um banco, não aceitaria contratar, nos mesmos termos em que o fez a sociedade-mãe com a *Lankhorst-Hohorst* face à sua situação de sobreendividamento e incapacidade de apresentar garantias – assim o afirma o tribunal de reenvio²⁰⁵. Logo, os termos em que o negócio foi firmado não seriam contratados entre entidades independentes, *dealing at arm's length*. O TJCE, no entanto, entendeu de forma diversa, concluindo que não foi provada a existência de qualquer abuso na operação entre a LTBV e a *Lankhorst-Hohorst*, ou seja, o empréstimo concedido pela sociedade-mãe não residente foi, de facto, acordado com o objectivo de reduzir o encargo dos juros financeiros suportados por uma filial

²⁰² V. OECD, *Transfer...*, cit., p. 152, para. 4.69.

²⁰³ Caso C-311/08, *SGI* (21 de Janeiro de 2010). Para uma análise do caso *SGI* v., por exemplo, O'SHEA, TOM, *ECJ Upholds Belgian Transfer Pricing Regime*, 2010, Volume 57, Number 6, *Tax Notes International*, p. 491-494.

²⁰⁴ Caso C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* (12 de Dezembro de 2002).

²⁰⁵ Cfr. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, para. 10 e 12.

sobreendividada resultantes do seu crédito bancário²⁰⁶ e não para criar um mero expediente artificial. O que verdadeiramente importa ter aqui presente é que o TJCE parece levar em linha de conta a razão comercial apresentada para a realização da operação apresentada pela filial – isto é, que o empréstimo foi concedido com o único objectivo de minimizar os seus encargos e permitir realizar consideráveis economias em termos de juros bancários²⁰⁷. E o TJCE aceita este argumento mesmo tendo consciência de que a operação em causa não seria realizada entre partes independentes – e esta é a conclusão mais surpreendente que emana do acórdão. Com efeito, esta posição representa, não um afastamento marginal, mas antes significativo do entendimento plasmado pela OCDE no seu Relatório sobre Preços de Transferência relativamente ao princípio de plena concorrência. Na verdade, a OCDE não parece atribuir às legítimas razões comerciais das empresas relevância como factor a ponderar na análise da operação. Decerto - e o próprio Relatório o afirma²⁰⁸ -, aquando da análise da comparabilidade das operações entre partes relacionadas e aquelas realizadas entre partes independentes, é necessário considerar as circunstâncias económicas do negócio, mas partindo duma análise objectiva, ponderando, designadamente, a existência de ciclos económicos ou de negócio, a localização geográfica dos mercados, a sua dimensão, a competição neles existente, e daí em diante. Mas estes são factores objectivos, isto é, não procuram indagar da motivação subjacente à operação da perspectiva do sujeito que a levou a cabo, mas sim examinando as condições objectivas do negócio que são susceptíveis de revelar, pelas suas características, o carácter artificial da operação.

O acórdão do Caso *Lankhorst-Hohorst* tal como foi definido pelo TJCE levantou, pois, dúvidas quanto ao entendimento do tribunal sobre o recorte interpretativo que ele fazia do princípio da plena concorrência, nomeadamente, se este entendimento do TJCE se poderia estender e ser aplicado aos preços de transferência, ou se pelo

²⁰⁶ *Idem*, para. 38.

²⁰⁷ *Idem*, para. 15. Com efeito, os factos confirmam e suportam esta orientação: o empréstimo concedido pela sociedade-mãe permitiu à *Lankhorst-Hohorst* reduzir um outro empréstimo concedido por uma instituição de crédito e diminuir o montante dos juros que suportava. A sua delicada situação financeira era, de resto, reflectida no seu balanço – nos exercícios de 1996 a 1998, ela apresentou um elevado prejuízo não coberto por capitais próprios. Cfr. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, para. 9 e 10. Recordamos ainda, neste contexto, as palavras de COZIAN, MAURICE, *Les Grands Principes de la Fiscalité des Entreprises*, 1996, 3e éd., Paris, p. 19, sobre a ajuda de sociedades-mãe a filiais gravemente endividadas: “De même, une société mère a le droit, et même le devoir dans certaines cas, de venir au secours d’une filiale connaissant des difficultés financières”.

²⁰⁸ V. OECD, *Transfer...*, cit., p. 48 e segs., para. 1.55 e segs.

contrário, se mantinha restrito às normas de subcapitalização²⁰⁹. Essas dúvidas seriam adensadas com a decisão do TJCE no Caso *Thin Cap*²¹⁰. À semelhança do Caso *Lankhorst-Hohorst*, também aqui se colocava em causa a compatibilidade da legislação interna do Reino Unido quanto ao fenómeno da subcapitalização com o direito comunitário em função da existência de uma diferença de tratamento entre sociedades mutuárias residentes em função do local da sede da sociedade do grupo mutuante²¹¹. Afirmada a existência da restrição, em primeiro lugar, o TJCE começa por admitir a compatibilidade com o TCE de uma restrição à liberdade de estabelecimento fundada no combate à evasão fiscal quando a disposição em causa tenha por objectivo impedir que comportamentos que consistam em criar esquemas puramente artificiais, *desprovidos de realidade económica*, (ênfase nosso) eludam o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional²¹².

Todavia, o exame da compatibilidade da norma de subcapitalização do Reino Unido com as regras comunitárias não termina aqui: há ainda que aferir se a legislação é adequada para atingir o objectivo a que se propõe²¹³ e não ultrapassar o necessário para atingir o objectivo a que se propõe. No âmbito deste último requisito, o TJCE reconhece que o princípio da plena concorrência constitui um elemento objectivo e verificável por terceiros para aferir do carácter puramente artificial da operação, isto é, se o empréstimo concedido pela sociedade-mãe à sua filial, caso inexistissem relações especiais entre elas, teria sido, de facto, concedido, ou se o juro pago pela filial à sociedade-mãe teria sido estabelecido num montante diferente²¹⁴. Nesse caso, o princípio da plena concorrência será um indicador da artificialidade da operação. Mas para que o princípio da plena concorrência não ultrapasse o necessário para combater a evasão fiscal, o TJCE impõe duas condições²¹⁵. Aquela que mais nos importa para a nossa análise é a seguinte: em cada caso deve ser dada possibilidade ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas, de apresentar

²⁰⁹ JÍMEÑEZ, ADOLFO MARTÍN, *Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgment in SGI: Some Thoughts on Controversial Issues*, 2010, BFD, Vol. 64, Number 5, p. 276.

²¹⁰ Caso C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, (13 de Março de 2007).

²¹¹ *Idem*, para. 63.

²¹² *Idem*, para. 74.

²¹³ Segundo o TJCE, no caso concreto, a norma era efectivamente adequada para atingir o seu objectivo. Cfr. *Idem*, para. 77.

²¹⁴ V. C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, para. 81.

²¹⁵ *Idem*, para. 82 e 83. Essas mesmas condições são reafirmadas no para. 92.

elementos relativos às eventuais *razões comerciais* (ênfase nosso) por que essa transacção foi celebrada.

Em função da jurisprudência definida pelo TJCE no caso *Lankhorst* e no caso *Thin Cap*, levantaram-se dúvidas quanto ao princípio da plena concorrência face às interpretações, aparentemente divergentes, que dele eram feitas pela OCDE e pelo TJCE. Corresponderão, pois, as razões comerciais de que fala o TJCE no Caso *Thin Cap* a um *business purpose test* tal como validamente aplicável à cláusula geral anti-abuso, útil para identificar o carácter artificial da operação, e como tal deve também ser considerado na avaliação dos preços de transferência praticados entre empresas relacionadas, mesmo quando esses preços não sejam negociados *at arm's length*? Ora, tal interpretação do TJCE do princípio da plena concorrência diverge significativamente do entendimento da OCDE. Com efeito, a OCDE atenta não à boa fé que o contribuinte revela, mas à boa fé revelada pelas condições objectivas do negócio que, por sua vez, serão a indicação da boa ou má fé do contribuinte²¹⁶.

Tendo em conta a progressão do princípio da plena concorrência rumo a um carácter manifestamente anti-abusivo²¹⁷, e a orientação do tribunal de que as normas destinadas a combater a evasão fiscal devem apenas ser dirigidas aos expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, para que possam legitimamente restringir um direito consagrado no Tratado – juntando estes dois elementos parece que o Tribunal entende que no momento da aplicação do princípio da plena concorrência aos preços de transferência se deve ter em devida conta a razão comercial apresentada pelo contribuinte para a celebração do negócio.

Era, por isso, com natural expectativa que era aguardada a decisão do TJCE no Caso *SGI* para aferir mais detalhadamente da sua orientação do princípio da plena

²¹⁶ As *Guidelines* da OCDE afirmam mesmo que “*a tax adjustment under the arm's length principle would not affect the underlying contractual obligations for non-tax purposes between the associated enterprises, and may be appropriate even where there is no intent to minimize or avoid tax*”. V. OECD, *Transfer...*, cit., 2010, p. 31, para. 1.2. Por outro lado, o Relatório afirma: “*Tax administrations are encouraged to take into account the taxpayer's commercial judgement about the application of the arm's length principle in their examination practices and to undertake their analyses of transfer pricing from that perspective*”. V. OECD, *Transfer...*, cit., 2010, p. 20 e 21, para. 16.

²¹⁷ Esta é a opinião de JÍMENEZ, ADOLFO MARTÍN, *Transfer Pricing...*, cit., p. 276. No mesmo sentido cfr. POGORELOVA, LIOUBOV, *Transfer Pricing and Anti-Abuse Rules*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 12, p. 684 e 685. Num sentido contrário, no entanto, WITTENDORF, JENS, *The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model*, 2009, BFD, Vol. 63, Number 3, p. 109 e 110, afirma que essa interpretação deve ser rejeitada: assim, para este autor, o art. 25.º da Convenção Modelo da OCDE parece indicar que o motivo para a existência do art. 9.º é apenas a prevenção da dupla tributação, sendo de rejeitar, portanto, qualquer finalidade anti-abusiva.

concorrência, isto é, se as orientações prévias afirmadas no Caso *Lankhorst-Hohorst* e no Caso *Thin Cap* iriam ser reafirmadas.

Eis então, sumariamente, os factos contidos no caso *SGI*. A *SGI* é uma sociedade *holding* de direito belga que detinha uma participação de 65% no capital da sociedade francesa *RECYDEM SA*, para além de ser um dos administradores desta sociedade. 34% da *SGI* era ainda detida pela sociedade luxemburguesa *COBELPIN SA* que exercia também funções de administrador e administrador delegado da *SGI*. Em 2000, a *SGI* fez um empréstimo à *RECYDEM* sem exigir em contrapartida o pagamento de juros. A administração fiscal belga ao abrigo do art. 26.º do *Code des Impôts sur les Revenus* (Código do Imposto sobre o Rendimento) adicionou aos lucros próprios da *SGI* o montante dos juros que seriam presumivelmente pedidos à *RECYDEM* pela realização do empréstimo. A questão é que, em condições idênticas, o art. 26.º do *Code des Impôts sur les Revenus* não tributa um suprimento gratuito concedido por uma sociedade belga residente a outra sociedade estabelecida na Bélgica com a qual mantenha, directa ou indirectamente, relações de interdependência. Logo, existe um tratamento fiscal diferente consoante a sede da sociedade beneficiária do suprimento se situe ou não na Bélgica o que pode configurar uma violação do art. 43.º do TCE.

O TJCE começa por inquirir da existência de uma restrição que efectivamente, *in casu*, se confirmava²¹⁸ para, logo em seguida, examinar da justificação subjacente à restrição em causa. Aqui, o tribunal conclui pela compatibilidade dos objectivos da norma com os direitos consagrados no TCE²¹⁹, baseando-se em dois argumentos. Por um lado, a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, isto é, a norma visa prevenir comportamentos susceptíveis de comprometer o direito de um Estado exercer a sua legítima competência fiscal em relação às actividades desenvolvidas no seu território pelo desencadear dos pressupostos de que resultam o vínculo tributário e, portanto, do estabelecimento de uma relação jurídica fiscal entre o Estado e o contribuinte²²⁰. Por outro lado, o tribunal invoca a necessidade de combater os esquemas puramente artificiais que tenham por finalidade a evasão fiscal²²¹.

²¹⁸ V. C-311/08, *SGI*, para. 55 com a justificação dada pelos para. 42, 43, 44 e 45.

²¹⁹ *Idem*, para. 69.

²²⁰ *Idem*, para. 64 com a justificação dada pelos para. 60, 62 e 63.

²²¹ *Idem*, para. 67 e 68. Da mesma forma, no C-231/05, *Oy AA*, para. 56, o TJCE reconheceu que a admissibilidade de uma transferência financeira transfronteiriça como a que estava em causa no processo, comprometeria o sistema de repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

Mas para além da adequação da norma aos objectivos que pretende prosseguir, deve ainda verificar-se se ela não ultrapassa o necessário para atingir esses mesmos objectivos. E neste ponto o Tribunal reafirma aquilo que havia já dito no Caso *Thin Cap*, recordando as condições necessárias para que a disposição não ultrapasse o necessário para atingir o fim por ela prosseguido²²². Reafirmada a orientação estabelecida no Caso *Thin Cap*, o TJCE devolve a questão prejudicial ao tribunal de reenvio, cabendo-lhe a interpretação da lei interna. Contudo, e como afirma o TJCE²²³, o art. 26.º do *Code des Impôts sur les Revenus* só será compatível com o TCE se os requisitos que indica forem respeitados pela lei belga²²⁴. Mas aqui as dúvidas regressam: e se o ónus da prova não recair sobre a Administração Fiscal? Será a disposição contrária à lei comunitária por violação do princípio da proporcionalidade?

Assim, o TJCE não esclareceu ainda cabalmente o seu entendimento do princípio da plena concorrência e a sua articulação com o conceito de “razões comerciais”. Será ele um factor a ter em conta na análise da comparabilidade, ou será antes, à semelhança do que acontece na cláusula geral anti-abuso, um verdadeiro *business purpose test*? E se tal assim for, a apresentação de uma razão comercial legítima (tal como aconteceu no Caso *Lankhorst*) excluirá automaticamente o carácter artificial da operação e, portanto, a existência de qualquer ajustamento por parte da Administração Fiscal? A realidade é que parece, de facto, haver uma certa oposição nas posições do TJCE e da OCDE: de um lado, a aparente consideração do conceito de razões comerciais, factor eminentemente subjectivo na linha de um *business purpose test*; de outro, o exame das circunstâncias do negócio de um ponto de vista tradicionalmente objectivo.

As dúvidas subsistem: mas as dificuldades sentidas pelo Tribunal talvez se devam ao facto de se tratar de uma área em que o Tribunal ainda se encontra a desenvolver, amadurecer e solidificar a sua jurisprudência. De qualquer forma, ninguém pode

²²² *Idem*, para. 71 e 72.

²²³ *Idem*, para. 75.

²²⁴ Para o juízo final do TJCE de que (sem prejuízo da ulterior averiguação do tribunal de reenvio) a norma é necessária para prosseguir os seus objectivos contribuíram os esclarecimentos prestados pelo governo belga, afirmando que o ónus da prova recai sobre a Administração Fiscal; que o contribuinte tem a oportunidade de demonstrar as razões comerciais que concorreram para a realização da operação; e que o poder tributário só é exercido sobre a parte que excede aquilo que duas sociedades actuando de forma independente teriam acordado. Cfr. *Idem*, para. 73 e 74.

negar ao Caso *SGI* a sua importância na jurisprudência do TJCE²²⁵, com grande relevância na disciplina dos preços de transferência, com consequências e reflexos na legislação de cada um dos Estados-Membros, uma vez que estes acolhem sobretudo as orientações da OCDE²²⁶ e podem, conseqüentemente, não ter em conta as preocupações manifestadas pelo TJCE em termos da proporcionalidade das normas de preços de transferência.

Ora, esta orientação coloca um conjunto de novos problemas à compatibilidade da legislação interna dos Estados com as normas comunitárias: serão elas, pois, proporcionais em relação aos objectivos que pretendem atingir²²⁷? E no caso que aqui mais directamente nos importa – será a legislação portuguesa sobre preços de transferência proporcional aos objectivos que pretende atingir, segundo os requisitos do TJCE? A questão centra-se, sobretudo, num aspecto: até que ponto o art. 63.º do CIRC abarca no seu conteúdo o conceito de “razões comerciais” de que fala o TJCE? É verdade que o art. 63.º, n.º 2 do CIRC indica que na análise de comparabilidade devem ser tidos em conta, entre outros factores, a situação económica e financeira dos sujeitos passivos ou a sua estratégia de negócio. Mas estes são factores objectivos, isto é, restritos a factores comparativos que devem ser avaliados numa análise de comparabilidade, segundo a lógica da OCDE. No entanto, o que verdadeiramente importa para respeitar os requisitos de proporcionalidade do TJCE é que no decorrer da avaliação dos preços de transferência dos contribuintes à luz do princípio da plena concorrência lhes seja dada possibilidade de demonstrarem as razões comerciais que concorreram para a realização do negócio.

2.2. O Artigo 65.º do CIRC: os pagamentos a entidades não residentes sujeitas a regime fiscal privilegiado

Segundo o n.º 1, do art. 65.º do CIRC, as importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí

²²⁵ BAKER, PHILIP, *Transfer Pricing and Community Law: The SGI Case*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 4, p. 194, apelida mesmo o Caso SGI de “*leading case*”.

²²⁶ Esse é também o caso português. Na verdade, a introdução da Lei n.º 30-G/2000 e da Portaria n.º 1446-C/2001 visaram precisamente a aproximação da legislação portuguesa sobre preços de transferência às orientações da OCDE. Sobre esta questão cfr. TEIXEIRA, GLÓRIA e RITA TAVARES DE PINA, *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, 2009, IBFD, ponto 2.8.

²²⁷ Como sabemos, embora a fiscalidade directa releve da competência dos Estados-Membros, estes devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário. Cf., por exemplo, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, para. 26; C-397/98, *Metallgesellschaft*, para. 37; C-251/98, *Baars*, para. 17.

submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável, a menos que o contribuinte demonstre que esses encargos correspondem a operações verdadeiras e que não têm um carácter anormal ou um montante exagerado. Inverte, pois, a lei o ónus da prova quanto à demonstração da veracidade dos pagamentos efectuados a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal favorável.

Neste sentido, para demonstrar da veracidade das operações realizadas, é insuficiente apresentar os contratos celebrados entre as partes; se o art. 65.º do CIRC inverte o ónus da prova, fá-lo porque essas operações são tidas como presumivelmente simuladas. Ora, o contrato pelo qual se firma essa operação também se deverá ter por presumivelmente simulado. Logo, para efeitos de ilidir a presunção do art. 65.º do CIRC, o contribuinte deve demonstrar «a efectiva prestação de serviços, o recebimento de empréstimos, a utilização de direitos de propriedade intelectual»²²⁸. O mesmo é válido para a demonstração da inexistência de um carácter anormal ou montante exagerado na transacção. Aqui, por exemplo, o recurso ao princípio da plena concorrência, provando que entidades independentes em condições análogas acordariam a transacção em termos idênticos aos firmados, constituirá um critério aferidor da normalidade da operação. Ao disposto no art. 65.º do CIRC, acrescentou o legislador no n.º 8, do art. 88.º do CIRC que os pagamentos a estas entidades serão sujeitos a uma taxa autónoma de 35%, taxa essa que será de elevada para 55% no caso de essas despesas serem efectuadas por sujeitos passivos total ou parcialmente isentos, ou que não exerçam, a título principal, actividades de natureza comercial, industrial ou agrícola.

É o juízo de desconfiança e suspeição da prática de evasão fiscal que justifica que o legislador inverta o ónus da prova. Com efeito, as operações realizadas com entidades sujeitas a regimes fiscais favoráveis são, sobretudo, estabelecidas com o intuito de obter uma poupança fiscal. Por conseguinte, ao inverter o ónus da prova, o legislador prossegue a finalidade de evitar a evasão fiscal, conferindo, no entanto, ao contribuinte a possibilidade de demonstrar a veracidade das operações.

²²⁸ LEITÃO, LUÍS MENEZES, *A Introdução na Legislação Portuguesa de Medidas Destinadas a Reprimir a Evasão Fiscal Internacional: o Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, 1995*, CTF, n.º 377, Lisboa, p. 99.

2.3. O Artigo 66.º do CIRC: a imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (as *controlled foreign companies*)

Foram os Estados Unidos, em 1937, os primeiros a legislar contra os efeitos dos esquemas de planeamento fiscal que recorriam à utilização de sociedades-base com o fim de adiar indefinidamente o pagamento de impostos; nessa altura, porém, a legislação americana lidava com o fenómeno das *foreign personal holding companies*²²⁹. Somente em 1962 viria a ser criada a *Subpart F* do *Internal Revenue Code* que serviria de inspiração a muitos outros países para o desenho de legislação sobre *controlled foreign companies* nos seus sistemas fiscais. Em Portugal, foi o Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, que introduziu no CIRC e no CIRS a legislação sobre *controlled foreign companies*, à semelhança do que vinha sucedendo na legislação fiscal dos países mais desenvolvidos. Como indica o Preâmbulo desse mesmo diploma, o que se pretende é «contrariar a acumulação, por residentes, de resultados em sociedades por eles controladas, situadas em território que lhes concede um regime fiscal privilegiado, e decorre directamente do princípio da tributação numa base ilimitada dos rendimentos obtidos por residentes».

2.3.1. A *Ratio* do Artigo 66.º do CIRC

De acordo com o princípio do rendimento mundial (*worldwide income principle*), as entidades residentes estão sujeitas a IRC pela totalidade dos seus rendimentos, mesmo que obtidos em território estrangeiro. As entidades não residentes, por sua vez, estão apenas sujeitas a IRC quanto aos rendimentos obtidos em território português, guiando-se pelo princípio da tributação territorial (*source principle*)²³⁰. Assim, a não ser que a sociedade não residente proceda a uma distribuição de dividendos aos sócios, os rendimentos por ela obtidos apenas ficarão sujeitos a tributação no seu país de residência – o regime fiscal privilegiado. Consequentemente, a tributação dos dividendos do sócio daquela sociedade no seu país de residência encontra-se dependente da sua distribuição; não havendo essa distribuição, o país de residência do

²²⁹ Assim, seriam imputáveis aos sócios norte-americanos os lucros da sociedade não residente se cinco residentes ou cinco cidadãos dos Estados Unidos detivessem, directa ou indirectamente, pelo menos, 50% do capital social da sociedade não residente e mais de 60% dos rendimentos por ela obtidos.

²³⁰ Sobre esta questão v. TEIXEIRA, GLÓRIA, *Manual...*, cit., p. 71, NABAIS, CASALTA, *Direito...*, cit., p. 559.

sócio, não os poderá tributar. A possibilidade do sócio diferir *sine die* ou evitar a tributação no seu Estado de residência viola o princípio da neutralidade de exportação de capitais²³¹, segundo o qual o residente de um determinado País deve ser tributado da mesma forma e na mesma extensão ora invista internamente, ora externamente²³². Por conseguinte, através do recurso às sociedades-base, seria mais favorável ao residente investir externamente do que internamente. De sorte que os Estados de residência dos sócios se acautelam contra este tipo de esquemas, limitando a sua utilização através da consagração legal de normas anti-abuso – a imputação aos sócios de lucros de sociedades não residentes por eles controladas sujeitas a um regime fiscal privilegiado, independentemente da sua distribuição. A *ratio* desta norma é, pois, bem clara: ela visa combater aqueles comportamentos puramente artificiais de acumulação de rendimentos em sociedades não residentes de forma a evitar a tributação dos sócios no seu Estado de residência.

2.3.2. Os Requisitos do art. 66.º do CIRC

Abrangidos pelo art. 66.º do CIRC são todas as pessoas colectivas sujeitas a imposto sobre o rendimentos das pessoas colectivas. Mas não só: nos termos do n.º 3, do art. 20.º do CIRS, constitui rendimentos dos sócios o resultante da imputação efectuada nos termos do art. 66.º do CIRC. Logo, também as pessoas singulares são abrangidas pela previsão do art. 66.º do CIRC.

Definidas as entidades abrangidas pelo art. 66.º do CIRC, é necessário analisar os seus requisitos. Desde logo, e como se trata da imputação de lucros de sociedades não residentes, é imprescindível que a sociedade seja não residente. Entidades não residentes para efeitos do art. 66.º do CIRC são apenas as «sociedades» - logo, só o rendimento destas pode ser imputado aos sócios. Excluídos do art. 66.º do CIRC e do conceito de sociedades são os *trusts*, as associações, as fundações, os estabelecimentos permanentes e outras entidades não-empresariais. Na ausência de referência à lei do território de residência da sociedade, a qualificação da entidade não residente para efeitos do art. 66.º do CIRC no conceito de «sociedade» deve ser feita

²³¹ HELMINEN, MARJAANA, *Is There a Future for CFC-regimes in the EU?*, 2005, EC Tax Review, Vol. 33, Issue 3, p. 117.

²³² SANDLER, DANIEL, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, Second Edition, 1998, The Hague, p. 17.

de acordo com a lei portuguesa²³³. O art. 980.º do Código Civil constitui um auxiliar importante para este efeito ao enumerar quatro elementos que compõem o conceito de sociedade: (a) a associação ou agrupamento de pessoas; (b) fundo patrimonial; (c) o objecto – o exercício de certa actividade económica que não seja de mera fruição; (d) o fim – obtenção de lucros para serem repartidos pelos associados.

Um dos requisitos habilitantes indispensáveis à imputação aos sócios de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado é que aqueles detenham um determinado grau de participação na sociedade. O n.º 1, do art. 66.º do CIRC estatui duas hipóteses de participação: (i) o sócio residente detém uma participação social de, pelo menos, 25%, irrespectivamente da sociedade não residente ser ou não detida maioritariamente por sócios residentes e (ii) a sociedade não residente ser detida em mais de 50% por sócios residentes, desde que o sócio residente detenha uma participação social de, pelo menos, 10%²³⁴. Naturalmente, o art. 66.º do CIRC envolve quer as participações directas, quer as indirectas, visando impedir as chamadas «*constructive ownership rules*» pelas quais se fragmenta o controlo das participações de forma a não atingir uma participação social de 10%, embora quando somado o conjunto das participações sociais se verifique que o sócio exerce um controlo efectivo sobre a entidade não residente²³⁵. E como se efectua o cálculo das participações? A lei fala em «participações sociais»; estas podem ser definidas como o «conjunto unitário de direitos e obrigações actuais e potenciais do

²³³ Neste sentido v. BORGES, RICARDO, National Report Portugal, in *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, The Hague, p. 532. Sustentando, por outro lado, a opinião de que a qualificação há-de ser feita por referência à lei do país da sede ou administração da entidade não residente cfr. MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação...*, cit. p. 288 e segs.

²³⁴ A AStG prevê que a participação do residente na sociedade não residente deverá ser superior a 50% do capital ou dos direitos de voto. Cfr. FORSTER, GUIDO e DIRK SCHMIDTMANN, *CFC Legislation in Germany*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 10, p. 477. Assim também a *Ley del Impuesto sobre Sociedades* estatui que o sócio, por si próprio ou em conjunto com outros sócios residentes, deve deter uma participação superior a 50% no capital. Cfr. ROSEMBUIJ, TULLIO, *Fiscalidad Internacional*, 1998, Madrid, p. 67. Neste sentido, a opção consagrada pelo legislador português de que o sócio que, por si só, detenha uma participação social de 25% na sociedade não residente se sujeita ao art. 66.º do CIRC constitui uma solução quase inovadora tendo em conta a lição do direito comparado e criticável face à *ratio* que orienta este requisito. A França, no entanto, opta por uma solução semelhante. O art. 209.º B do *Code Général des Impôts* prevê que o sócio que detenha 5% do capital social, dos direitos financeiros ou dos direitos de voto da sociedade não residente possa cair no âmbito da norma. Ainda assim, introduz um requisito adicional – é necessário que mais de 50% destes mesmos direitos sobre a sociedade não residente sejam detidos por sócios residentes em França. Cfr. MALHERBE, JACQUES et al, *Atribución de Rentas en el caso de sociedades extranjeras controladas*, 2009, REDF, n.º 141, p. 113.

²³⁵ Por exemplo – com o fim de se subtrair ao âmbito de aplicação do art. 66.º do CIRC, o sócio criaria diferentes sociedades residentes em Portugal pelas quais exerceria um controlo dominante, ainda que difuso sobre a sociedade não residente, mas cada uma delas detendo uma participação social inferior a 10%. Para todos os efeitos, o sócio exerce uma influência dominante sobre a entidade não residente, alcançando o resultado que a lei visa impedir.

sócio (enquanto tal)»²³⁶. Ora, se analisarmos o CSC, direitos dos sócios de acordo com o art. 21.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), são o direito a quinhão nos lucros e o direito a participar nas deliberações dos sócios. Por outro lado, nos termos da alínea *a*), do art. 20.º, todo o sócio é obrigado a entrar para a sociedade com bens susceptíveis de penhora ou, nos tipos de sociedade em que tal seja permitido, com indústria. Ao eleger a «participação social» como critério aferidor do cálculo da participação do sócio na sociedade não residente quererá, pois, a lei abranger como critérios aferidores a participação do sócio nos lucros da sociedade, os seus direitos de voto e ainda a sua participação no capital social? Se atendermos à lição de direito comparado²³⁷, que nos demonstra a consagração de uma relativa amplitude de critérios aferidores, estamos em crer que sim. Refira-se, ainda, que o cálculo da participação do sócio deve ter por base o dia do encerramento do exercício da sociedade não residente.

Os critérios para identificar o regime fiscal privilegiado são estabelecidos no art. 66.º, n.º 3 do CIRC: nesses termos serão considerados territórios fiscalmente privilegiados aqueles que constarem da lista aprovada por portaria do Ministério das Finanças²³⁸, ou quando a sociedade ali não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português²³⁹. Se o primeiro critério não exige grandes

²³⁶ ABREU, J. M. COUTINHO DE [coord.], *Estudos de Direito das Sociedades*, 9.ª ed., 2008, Coimbra, p. 131.

²³⁷ Em Espanha, a *Ley del Impuesto sobre Sociedades* prevê que o cômputo da participação do sócio se efectua com base no capital social, nos capitais próprios, na participação dos lucros e nos direitos de voto. Cfr. ROSEMBUIJ, TULLIO, *Fiscalidad...*, cit., p. 67. A AStG tem em conta o capital social, bem como os direitos de voto. Cfr. FORSTER, GUIDO e DIRK SCHMIDTMANN, *CFC Legislation...*, cit., p. 477. A lei italiana, por seu lado, tem em conta, para além dos direitos de voto, a possibilidade de o sócio exercer uma influência real e dominante sobre a sociedade não residente.

²³⁸ A Portaria que enumera a lista dos regimes claramente mais favoráveis é a Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro. Importa ainda referir que determinados Estados, num procedimento inverso, precisamente pela garantia de troca efectiva de informações e transparência assegurada por determinados Estados, elaboram listas pelas quais se presume que as jurisdições constantes das mesmas não são jurisdições de baixa fiscalidade. São as chamadas «white lists» por contraste com as «black lists», onde constam os territórios considerados como regimes fiscais privilegiados. É o caso, por exemplo, do Reino Unido.

Como referimos aquando da análise do conceito de paraíso fiscal, o sistema da elaboração de listas negras não se isenta de críticas. Com efeito, esta lista corre o risco de se desactualizar ficando, contudo, o contribuinte sujeito a essas disposições enquanto não ocorrer nova actualização. Nesse caso, deve ser dada possibilidade ao contribuinte de demonstrar que pagou efectivamente mais de 60% do imposto que seria devido em Portugal. No caso particular da legislação CFC e partilhando da mesma opinião cfr. BORGES, RICARDO, *National...*, cit., p. 535.

²³⁹ O valor de 60% estabelecido pelo legislador português para definir um determinado território como sendo um regime fiscal privilegiado parece ser uma solução equilibrada se atendermos à experiência

considerações, os segundo e o terceiro critérios merecem um pequeno aprofundamento. A identidade ou a analogia do imposto pago pela sociedade não residente com o IRC português é um critério criticável²⁴⁰. Aqui importará, sobretudo, aquilatar da ideia estruturante que preside ao IRC português – a tributação das pessoas colectivas. Sucintamente, podemos caracterizar o IRC como um imposto que visa tributar, de acordo com os princípios da universalidade e da territorialidade, a generalidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas, em função do rendimento por elas auferido, independentemente de ele ser ou não resultado da participação na actividade produtora²⁴¹. Por último, estatui o n.º 3 do art. 66.º do CIRC que será havida como sujeita a um regime fiscal privilegiado aquela sociedade cujo imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português. Aqui procede-se a uma comparação entre o imposto efectivamente pago pela sociedade não residente e aquilo que de outra forma seria pago caso a sociedade fosse residente em território português. O que importa comparar com este segundo elemento é o imposto efectivamente pago pela sociedade não residente e não o imposto nominal; de outra forma, o art. 66.º do CIRC poderia ser facilmente eludido. Com efeito, de forma a contornar a legislação anti-abuso, o Estado de acolhimento da sociedade não residente consagraria elevadas taxas de tributação com o intuito de escapar ao âmbito de aplicação da norma, mas simultaneamente reduziria o seu alcance através das regras de quantificação da matéria tributável, nomeadamente pelo tratamento dado às depreciações e amortizações, às imparidades e provisões: deste modo, apesar das elevadas taxas de tributação consagradas na lei, na prática, as regras de quantificação da matéria tributável permitiriam alcançar o resultado que as normas anti-abuso pretenderiam evitar. Ciente destes perigos, estabeleceu o legislador que sempre que o imposto efectivamente pago pela sociedade não residente for igual ou inferior a 60%

comparada – a percentagem média praticada na Comunidade Europeia é de 66%. A legislação francesa sobre *CFC* considera um regime fiscal como privilegiado quando o imposto efectivamente pago seja inferior a 50% daquele que seria aplicado em França; na Suécia, de 55%; definindo a mesma percentagem que a legislação portuguesa, temos a Finlândia; na Estónia e na Hungria, 66%; Dinamarca, Lituânia, Espanha e Reino Unido fixam uma percentagem de 75%; o § 8, n.º 3 da AStG, por seu lado, considera uma jurisdição como fiscalmente privilegiada sempre que o imposto efectivamente pago for inferior àquele praticado no seu País. V. por todos MAISTO, GUGLIELMO e PASQUALE PISTONE [coord.], *A European...*, cit. p. 508 e 509.

²⁴⁰ Neste sentido v. LEITÃO, LUÍS MENEZES, *O Controlo e Combate às Práticas Tributárias Nocivas*, 2003, CTF, n.º 409/410, Lisboa, p. 124 e 125.

²⁴¹ Cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Estruturar o Sistema Fiscal do Portugal Desenvolvido*, 1998, Coimbra, p. 242.

do imposto que seria pago se a sociedade fosse residente em Portugal, a sociedade é considerada como sujeita a um regime fiscal privilegiado. Para proceder a esta comparação, dever-se-á iniciar por determinar qual seria o imposto pago pela sociedade não residente caso fosse residente em Portugal, partindo-se da contabilidade da empresa e o resultado que através dela foi apurado. Em seguida, é necessário ajustar o resultado contabilístico ao resultado fiscal, corrigindo aquele em função das regras próprias do sistema fiscal português, como por exemplo em termos da dedutibilidade de custos. Apurado o resultado fiscal de acordo com o sistema fiscal português, subsequentemente, determinar-se-á o imposto que seria efectivamente pago caso a sociedade fosse residente em Portugal. Revelando-se, então, que o imposto efectivamente pago pela sociedade não residente é igual ou inferior a 60% do imposto que seria pago em Portugal, concluir-se-á que a sociedade está, de facto, sujeita a um regime fiscal privilegiado caindo, portanto, no âmbito de aplicação do art. 66.º do CIRC.

Como dissemos, a legislação sobre *CFC* tem por fim combater aqueles esquemas puramente artificiais, desprovidos de substância económica que nada mais visam do que a obtenção de vantagens fiscais através da utilização de sociedades-base. Neste sentido, prosseguindo o negócio jurídico uma legítima razão comercial, revestindo-se ele de um verdadeiro carácter económico, não pode a lei fiscal obstar a que os indivíduos busquem os seus fins no quadro da sua autonomia privada. É, pois, com naturalidade, que a imputação de lucros aos sócios residentes por via do art. 66.º do CIRC considere a natureza da actividade desenvolvida pela sociedade não residente – será ela destinada a alcançar uma legítima finalidade económica ou a obtenção de uma vantagem fiscal indevida? É, partindo desta distinção que duas vias podem ser seguidas para delimitar o campo de aplicabilidade desta norma anti-abuso: por um lado, segundo a *entity approach*, caso se determine a predominância de rendimento passivo na *controlled foreign company*, a totalidade do lucro será imputada ao sócio na proporção da sua participação; por outro lado, de acordo com a *transactional approach*, apenas parte do lucro - aquele proveniente do rendimento passivo da sociedade não residente, poderá ser imputado ao sócio. O n.º 4, do art. 66.º do CIRC delimita o alcance da imputação, enumerando, em primeiro lugar, aquelas fontes de rendimento que consubstanciam a existência de uma genuína actividade económica, para, logo em seguida, em sentido inverso, indicar aquelas actividades sobre as quais recaem maiores suspeitas de acumulação de rendimentos meramente passivos nas

sociedades não residentes. Assim, dois requisitos terão de estar cumulativamente preenchidos: (i) que a *controlled foreign company* exerça uma verdadeira actividade económica, isto é, que exerça uma actividade agrícola, industrial ou comercial e (ii) que a actividade principal da sociedade não consista (a) na realização de operações bancárias, (b) de seguros, (c) de operações relativas a partes de capital ou outros valores mobiliários e (d) á locação de bens, excepto imóveis situados no território da residência. Analisemos mais demoradamente cada um destes requisitos.

Para identificar de forma mais inteligível em que consiste uma actividade económica será, talvez, útil recorrer ao IVA e à interpretação do TJCE sobre este conceito – uma vez que o IVA incide sobre a actividade económica. Assim, segundo o TJCE, «constitui actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado»²⁴².

Em primeiro lugar, começa a alínea a), do n.º 4, do art. 66.º do CIRC por excluir da norma anti-abuso aqueles lucros que provenham, em pelo menos, 75% do exercício de uma actividade agrícola ou industrial no território onde estão situadas. Como bem se entende, não existe aqui qualquer esquema puramente artificial dirigido à obtenção da vantagem fiscal que legitime a intervenção do art. 66.º, n.º 1 do CIRC, mas antes a prossecução de uma verdadeira finalidade económica traduzida na internacionalização da actividade. Ainda segundo a alínea a), do n.º 4, do art. 66.º do CIRC, não serão imputados aos sócios os lucros que provenham em, pelo menos, 75% do exercício de uma actividade comercial que não tenha como intervenientes residentes em território português ou, tendo-os, esteja dirigida predominantemente ao mercado do território onde se situa. À semelhança do exercício de uma actividade agrícola ou industrial, também aqui se prossegue na busca de uma verdadeira finalidade económica, inexistindo qualquer esquema puramente artificial.

²⁴² Neste sentido cfr. C-180/98, *Pavlov*, para. 75 e C-35/96, *Comissão/Itália*, para. 36. Devemos analisar ainda, neste contexto, as decisões do TJCE nos Casos *Polysar* e *Sofitam*. No Caso *Polysar*, o TJCE considerou que a actividade de uma *holding* pura que se limita a deter participações financeiras não constitui actividade económica para efeitos de IVA. No Caso *Sofitam*, do qual participava um *holding* misto, o TJCE decidiu que a percepção de dividendos não entra no campo de aplicação do IVA e que, por isso, os dividendos são estranhos ao sistema do direito à dedução. Na base destas decisões, está o conceito de actividade económica, distinguindo-se entre sociedades operacionais (aquelas com uma actividade económica em sentido próprio) e sociedades de controlo (aquelas cuja actividade envolve meramente a detenção de participações sociais). Há, no entanto, que ter em conta um aspecto muito relevante: é que a detenção de acções é uma actividade económica, apenas não o sendo na perspectiva do IVA por não implicar custos de IVA. V. por todos SANCHES, SALDANHA J. L. e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Pró Rata Revisitado: Actividade Económica, Actividade Acessória e Dedução do IVA na Jurisprudência do TJCE*, 2006, CTF, n.º 417, Lisboa, p. 116 e 117.

Como referimos, 75% dos lucros da sociedade não residente devem provir do exercício de uma actividade agrícola, industrial ou comercial. Ora, o legislador ao consagrar como critério aferidor da legitimidade do exercício da actividade económica não se isenta de críticas²⁴³. Com efeito, a lei poderá redundar em soluções contrárias ao seu espírito. Um exemplo: suponhamos que uma sociedade não residente exerça uma genuína actividade industrial. Num determinado ano, no entanto, do exercício da actividade industrial da sociedade resultaram prejuízos, compensados pelo rendimento obtido a partir da execução de determinadas actividades passivas, marginais no seu quadro de actividade. Deste modo, o lucro da sociedade será predominantemente passivo, apesar de prosseguir uma legítima actividade económica. Aqui, não obstante a sociedade não residente exercer uma verdadeira actividade económica, ela cairia no campo de aplicação do art. 66.º do CIRC.

Controvertida é a questão de saber se a prestação de serviços consistirá também ela numa verdadeira actividade económica à luz do n.º 4, do art. 66.º do CIRC. A questão é discutida uma vez que a letra da lei nada diz sobre o assunto, mas como observamos, constitui jurisprudência do TJCE que a oferta de serviços num determinado mercado constitui uma actividade económica. Parece, pois, claro que em nome da coerência do sistema, a prestação de serviços deveria constituir uma excepção à imputação aos sócios dos lucros das sociedades não residentes para efeitos do art. 66.º, n.º 4 do CIRC²⁴⁴.

Ao contrário da alínea *a*), a alínea *b*), do n.º 4, do art. 66.º do CIRC, por sua vez, lista aquelas actividades cujo exercício pelas sociedades não residentes desencadeia um dever de imputação. Começa, desde logo, a lei por fazer referência às «operações próprias da actividade bancária». O conceito de actividade bancária deve ser aqui entendido num sentido amplo, como abarcando o universo dos bancos, das instituições de crédito, das sociedades financeiras e, em geral, da actividade desenvolvida por essas entidades com os seus clientes²⁴⁵. Ora, a lei portuguesa ao

²⁴³ No mesmo sentido cfr. MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação...*, cit., p. 403.

²⁴⁴ Manifestando a sua concordância v. também MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação...*, cit., p. 396 e segs. O § 8, n.º 1 da AStG, por exemplo, inclui os serviços entre as actividades adequadas a gerar rendimentos activos. Cfr. FORSTER, GUIDO e DIRK SCHMIDTMANN, *CFC Legislation...*, cit., p. 477.

²⁴⁵ Assim o diz CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 3.ª ed., 2006, Coimbra, p. 21. A lei pode também constituir aqui um bom auxiliar. Nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, art. 2.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, “são instituições de crédito as empresas cuja actividade consiste em receber do público

estabelecer um dever de imputação de lucros da sociedade não residente que tenha por actividade principal actividade a realização de operações bancárias, presumindo de forma irrefutável que as mesmas são puramente artificiais, a lei portuguesa, dizíamos nós, levanta sérias dúvidas de compatibilidade com o direito comunitário²⁴⁶. Considere-se a seguinte situação hipotética: uma entidade bancária cria uma sociedade não residente num regime fiscal privilegiado, mas exercendo genuinamente nesse território a sua actividade, dispondo para o efeito dos meios indispensáveis à execução da sua actividade, e apenas contratando com os residentes dessa mesma jurisdição. Afigura-se-nos claro que não estamos perante um esquema puramente artificial, mas antes diante do exercício legítimo da liberdade de estabelecimento. E, no entanto, esta situação recai no campo de aplicabilidade do art. 66.º do CIRC, embora contrarie a *ratio* da norma que visa apenas combater aqueles esquemas artificiais destinados ao diferimento da tributação no país de residência do sócio²⁴⁷. A situação é tanto mais caricata e incompreensível quando no número seguinte, o legislador tem o cuidado de não imputar à actividade seguradora os rendimentos resultantes de seguros relativos a bens situados no território de residência da sociedade ou a pessoas nele residentes.

De acordo com a lei portuguesa, serão ainda imputáveis as operações relativas a partes de capital ou outros valores mobiliários. Pretende aqui a lei dirigir o aplicador do direito para aqueles rendimentos que são mais comumente considerados como rendimentos passivos – como dividendos, juros, royalties, ou mais-valias. A propriedade intelectual, por sua vez, pode ser definida como um direito de exploração exclusiva de uma certa invenção ou de uma certa marca. Os royalties referem-se, em

depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito”.

²⁴⁶ Com efeito, constitui jurisprudência assente do TJCE que a instituição de uma regra de carácter geral que vise combater os esquemas artificiais, quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscal, ultrapassaria o que é necessário para atingir o seu objectivo, violando o princípio da proporcionalidade. V. C- 28/95, *Leur-Bloem*, para. 44. No mesmo sentido cfr. C-286/94, *Garage Molenheide BVBA*, C-340/95, *Peter Schepens*, C-401/95, *Bureau Rik Decan-Business Research & Development NV* e C-47/96, *Sander BVBA*, para. 52.

²⁴⁷ Parece claro que o legislador português não revelou os mesmos cuidados que outros legisladores no tratamento desta situação. O § 8, n.º 1 da AStG considera o rendimento da actividade bancária como rendimento activo desde que a actividade da sociedade não residente seja substancialmente bancária e as operações não sejam predominantemente efectuadas com residentes na Alemanha. Cfr. FORSTER, GUIDO e DIRK SCHMIDTMANN, *CFC Legislation...*, cit., p. 478. Da mesma forma, a *Ley del Impuesto sobre Sociedades* estabelece que não se aplicará a norma sobre CFC se mais de 50% dos rendimentos decorrentes da actividade bancária da sociedade não residente derivarem de operações realizadas com entidades não relacionadas. Cfr. MALHERBE, JACQUES et al, *Atribución de Rentas en el caso de sociedades extranjeras controladas*, 2009, REDF, n.º 141, p. 150.

geral, aos direitos constituídos sobre as diferentes formas de propriedade literária ou artística, aos elementos de propriedade intelectual e à informação sobre a experiência industrial, comercial ou científica; eles correspondem à remuneração da disponibilidade de propriedade intelectual necessária à execução do projecto²⁴⁸. A lei fala, ainda, da prestação de assistência técnica que RUI DUARTE MORAIS equipara à cedência de *know-how*²⁴⁹. O *know-how* pode ser definido como a informação não divulgada de natureza industrial, comercial ou científica que resulta de experiências anteriores, e que tem aplicação prática na operação da empresa e que pela divulgação da mesma pode derivar um benefício económico. No contrato de cedência de *know-how*, uma das partes acede em comunicar à outra, para proveito desta, o seu conhecimento especial e experiência que permanece inacessível ao público²⁵⁰. À semelhança do que dissemos a propósito do exercício da actividade bancária, também se poderá questionar a imputação de todo e qualquer rendimento resultante de operações relativas a partes de capital ou outros valores mobiliários, independentemente de se tratarem ou não de rendimentos obtidos de forma artificial²⁵¹.

Por fim, por locação, de acordo com o art. 1022.º do Código Civil, devemos considerar «o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição». A locação de bens imóveis situados no território de residência da sociedade, no entanto, não constitui rendimento imputável – ora, a disponibilização do imóvel implica a presença física onde o mesmo se encontra, pelo que a actividade será dirigida ao território onde se localiza a sociedade, não constituindo qualquer actividade puramente artificial.

Cumulados os requisitos habilitantes do art. 66.º do CIRC, em que moldes processa a lei a imputação? Segundo com o n.º 2, do art. 66.º do CIRC é imputado ao sócio o

²⁴⁸ Cfr. *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, p. 222, para. 8.

²⁴⁹ MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação...*, cit., p. 418.

²⁵⁰ Cfr. *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, p. 225, para. 11 e 11.1.

²⁵¹ O Reino Unido, por exemplo, estuda alterações ao seu regime *CFC* no que respeita aos rendimentos das sociedades não residentes derivados de direitos de propriedade intelectual visando excluir da imputação aqueles rendimentos da sociedade não residente que não eludam a sua base fiscal e, por conseguinte, se tratem do exercício de verdadeiras actividades económicas. Neste sentido, os rendimentos das sociedades não residentes que tenham aquela origem não devem ser tributados a não ser que haja um nexo específico com o Reino Unido, aferido pelo financiamento ou pela actividade de gestão: isto é, requer-se que, nos últimos dez anos ou que durante a sua criação, o seu desenvolvimento ou melhoramento ela fosse detida por um período relevante por uma entidade relacionada sujeita à lei fiscal do Reino Unido. V. RICHARDS, GARY e LIESL FICHARDT, *Corporate Tax Reforms: UK's CFC Proposal*, 2011, BTR, Number 1, p. 12 e DEVEREUX, MICHAEL, *Proposals for Controlled Foreign Companies Reform: A Tale of Two Principles*, 2010, BTR, Number 2, p. 118.

lucro da sociedade estrangeira por ele controlada, depois de deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros, apurados de acordo com o regime fiscal aplicável pelo Estado de residência da sociedade.

2.3.3. A compatibilidade da Legislação sobre *Controlled Foreign Companies* com o Direito Comunitário na Jurisprudência do TJCE

A legislação nacional sobre *controlled foreign companies* pode conflitar com o direito comunitário uma vez que a sociedade não residente na qual participa o sócio pode localizar-se num outro Estado-Membro²⁵². Esse conflito resulta do facto da legislação sobre sociedades estrangeiras controladas implicar uma diferença de tratamento dos sócios residentes em função do nível de tributação que incide sobre a sociedade na qual detêm uma participação que lhes assegura o seu controlo. Por um lado, se a sociedade não residente for qualificada como *controlled foreign company* nos termos do art. 66.º do CIRC, os lucros por ela realizados são, por força desse artigo, atribuídos ao sócio residente, independentemente da sua distribuição, que é tributado sobre esses lucros; pelo contrário, se a sociedade for constituída no país de residência do sócio e aí for tributada, ou caso seja constituída noutro Estado que não o da residência do sócio, não seja qualificada como sociedade estrangeira controlada para efeitos do art. 66.º do CIRC, nesse caso então, o sócio não é tributado pelos lucros da sociedade controlada. Por conseguinte, esta diferença de tratamento cria uma desvantagem fiscal para o sócio residente ao qual é aplicável a legislação *CFC* pela qual a norma trata o sócio residente que estabelece uma sociedade noutro Estado menos favoravelmente do que aquele que estabelece essa sociedade no seu Estado de residência. Desta maneira, este diferente tratamento fiscal que resulta das normas sobre *controlled foreign companies* e a desvantagem fiscal por elas criadas para os sócios residentes que constituam uma subsidiária noutro Estado-Membro sujeita a um nível de tributação inferior, pode constituir um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento (art. 43.º do TCE). Constitui jurisprudência assente do TJCE que essa

²⁵² Com efeito, a legislação sobre *controlled foreign companies* não é restrita aos paraísos fiscais clássicos. O Luxemburgo, por exemplo, no que respeita às sociedades *holding* no sentido da legislação luxemburguesa que se rege pela Lei de 31 de Julho de 1929 e pela Decisão Grã-Ducal de 17 de Dezembro de 1938, constitui nos termos da Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro um território fiscalmente privilegiado. Da mesma forma, no Caso *Cadbury Schweppes*, em que o TJCE se debruçou sobre a compatibilidade das normas *CFC* do Reino Unido com o direito comunitário, foram imputados a uma sociedade residente no Reino Unido os lucros de duas subsidiárias localizadas na Irlanda.

restrição apenas pode ser justificada (i) por razões imperiosas de interesse geral, (ii) que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objectivo prosseguido e (iii) que não ultrapasse o que é necessário para o atingir.

Foi em *Cadbury Schweppes* que o TJCE se pronunciou sobre a compatibilidade da legislação sobre *controlled foreign companies* do Reino Unido com o direito comunitário. Sucintamente, eis os factos em disputa: o caso envolve a sociedade *Cadbury Schweppes*, localizada no Reino Unido e duas filiais por ela detidas indirectamente estabelecidas no *International Financial Services Center* (IFSC), de Dublin, Irlanda, aí sujeitas a uma taxa de imposto de 10%, cujas actividades consistiam em angariar fundos e colocá-los à disposição das filiais do grupo *Cadbury Schweppes*. Facto igualmente assente é o de que o estabelecimento das duas filiais no IFSC apenas tinha por objectivo permitir que os lucros relacionados com as actividades de financiamento do grupo pudessem usufruir do regime fiscal do IFSC. Nesse sentido, e tendo a Administração fiscal do Reino Unido verificado que, face à taxa de imposto aplicada às duas filiais, as sociedades se encontravam sujeitos a um nível de tributação inferior para efeitos da legislação relativa a *CFC*, os lucros foram imputados à *Cadbury Schweppes*²⁵³.

Como dissemos anteriormente, a legislação sobre *CFC* pode constituir um obstáculo ao art. 43.º do TCE; essa restrição pode, contudo, admitir-se se justificada por razões imperiosas de interesse geral. Depois de rejeitar que a obtenção de uma vantagem fiscal pela constituição de uma filial num Estado-Membro diferente daquele onde se encontra a sociedade-mãe resultante da baixa fiscalidade praticada nesse território constitua uma razão imperiosa de interesse geral²⁵⁴, o TJCE reconhece que uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-Membro em causa²⁵⁵. Ora, estando em causa uma restrição à liberdade de estabelecimento há que analisar do objectivo por ela prosseguido para averiguarmos se estamos, de facto, na presença de expedientes puramente artificiais. Segundo o TJCE, a liberdade de estabelecimento pressupõe uma dupla finalidade: (i) uma implantação real da sociedade em causa no Estado-Membro de acolhimento e (ii) o exercício de uma

²⁵³ Cfr. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, para. 13, 14, 15, 18, 19 e 20.

²⁵⁴ *Idem*, para. 49.

²⁵⁵ *Idem*, para. 55.

actividade económica efectiva neste²⁵⁶. Dito isto, será que a legislação *CFC* terá por fim combater os esquemas puramente artificiais? Porque as normas sobre sociedades estrangeiras controladas visam contrariar as práticas cujo único objectivo é contornar o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional pela constituição de uma filial noutro Estado-Membro, sujeita a uma tributação claramente mais favorável, o TJCE responde afirmativamente – que, com efeito, tal legislação é susceptível de atingir o objectivo em razão do qual foi adoptada²⁵⁷. Porém, como observamos, a restrição em causa, para ser admitida, não pode ir além do que é necessário para atingir esse objectivo. Aqui é necessária uma pequena incursão pela legislação relativa a *CFC* do Reino Unido. As *Sections* 747 a 756 e os *Schedules* 24 a 26 do *Income and Corporation Taxes Act* de 1998 (lei relativa aos impostos sobre o rendimento e sobre as sociedades) continham determinadas excepções em que a aplicação da tributação dos lucros das *CFC* à sociedade residente era afastada²⁵⁸ – no caso concreto nenhuma das excepções se aplicava às duas filiais estabelecidas no IFSC de Dublin. Isso, porém, aliado à existência de uma finalidade fiscal para a constituição da mesma no IFSC, não basta para que caracterizemos este esquema como sendo um esquema puramente artificial e desprovido de realidade económica. Com efeito, o TJCE exige dois requisitos para tal: (i) um elemento subjectivo – a intenção de obter uma vantagem fiscal e (ii) que esse elemento subjectivo possa ser aferido através de elementos objectivos (nomeadamente quanto ao grau de existência física da *CFC* em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos)²⁵⁹ pelos quais se demonstre que, não obstante o respeito formal pelo art. 43.º do TCE, o objectivo por ele prosseguido não foi atingido²⁶⁰, demonstração essa que deve ser comprovável por terceiros. Partindo

²⁵⁶ *Idem*, para. 54.

²⁵⁷ *Idem*, para. 59.

²⁵⁸ Para conhecer mais profundamente as excepções previstas pelo *Income and Corporation Taxes Act* de 1998 v. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, para. 61 e 62.

²⁵⁹ Alguns aspectos a ter em conta neste aspecto são:

- a presença física da sociedade no território para aí exercer a sua actividade. Tal pode ser aferido pela posição da sociedade como proprietária ou locatária do edifício onde exerce a sua actividade; pela existência de contratos de fornecimento de electricidade, de água ou telefone;

- se a actividade é dirigida a terceiras entidades – um indício disso constituirá, por exemplo, a existência de um sinal identificativo da sociedade no exterior do edifício;

- a existência de um quadro de recursos humanos suficiente para exercer as funções a que a sociedade se dedica;

- o relacionamento da sociedade com entidades locais, como bancos ou fornecedores.

V. por todos SCARIONI, PAOLO e SIMONE MUNI, *The New Italian CFC Rules: EU Holding Companies Challenge the Artificial Arrangement Assessment*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 10, p. 529.

²⁶⁰ *Idem*, para. 64 e 67.

destes elementos, se concluirmos que a implantação da sociedade estrangeira controlada no território de acolhimento é meramente fictícia, não exercendo aí qualquer actividade económica efectiva, estaremos então perante um esquema puramente artificial – tal será o caso de uma filial «caixa de correio» ou de «fachada»²⁶¹. Em todo o caso, deve ser dada possibilidade à sociedade residente de apresentar elementos relativos à realidade da implantação da sociedade estrangeira controlada e ao carácter efectivo das suas actividades²⁶².

Que ensinamentos poderemos, então, extrair das orientações do TJCE? Em primeiro lugar, a constituição duma filial num outro Estado-Membro que não o Estado da sociedade-mãe com o único objectivo de aí obter uma vantagem fiscal não implicará, por si só, um esquema puramente artificial. Tal não autorizará o Estado-Membro da sociedade-mãe a compensar essa vantagem através de um tratamento fiscal menos favorável àquela. Por outro lado, para que assim seja, o TJCE exige que haja uma implantação real da filial no Estado-Membro de acolhimento e que seja exercida uma efectiva actividade económica. Cumprindo a filial estes dois requisitos, no nosso entendimento das palavras do TJCE, afigura-se-nos que a transferência de actividades de um Estado-Membro para outro Estado-Membro, mesmo que somente determinada por razões fiscais, não autorizará um Estado-Membro a aplicar as suas normas *CFC* sobre o sócio residente²⁶³.

As implicações da decisão do TJCE no caso *Cadbury Schweppes* para os Estados-Membros²⁶⁴ e a sua legislação relativa a *CFC* são vastas: - o TJCE enuncia princípios gerais que a legislação nacional de cada um dos Estados deve cumprir para que se possa ter como compatível com o direito comunitário. E as consequências da decisão deste caso revelar-se-ão particularmente melindrosas para o ordenamento jurídico-

²⁶¹ *Idem*, para. 68.

²⁶² *Idem*, para. 70.

²⁶³ Não obstante, algumas dúvidas permanecem quanto a certos aspectos. No caso das actividades prosseguidas pelas *holdings* cuja constituição é frequentemente determinada por finalidades fiscais e que implicam uma reduzida presença física no Estado de acolhimento – cumprirão elas os requisitos indicados pelo TJCE? E em relação àquelas sociedades que geram rendimentos passivos? Os rendimentos passivos são aqueles, geralmente, ligados aos esquemas puramente artificiais, caracterizando-se pela facilidade da sua transferência para jurisdições de baixa fiscalidade. Por outro lado, a sociedade que gera este tipo de rendimentos poderá argumentar que através deles está a participar activamente na economia do Estado de acolhimento. V. por todos MEUSSEN, GERARD T. K., *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States*, 2007, *European Taxation*, Vol. 47, Number 1, p. 17.

²⁶⁴ Para uma análise desta questão v. RAINER, ANNO et al, *ECJ Restricts Scope of CFC Legislation*, 2006, *EC Tax Review*, Vol. 34, Issue 12, p. 638.

tributário português que, como vimos, não se isenta de críticas e haverá situações mesmo em que enfermará de incompatibilidade com o direito comunitário.

2.4. O Artigo 67.º do CIRC: a subcapitalização

Como manifestação da sua autonomia privada, os sócios dispõem de um espaço de liberdade para dotar a sociedade dos meios que considerem como adequados para a sociedade prosseguir a sua actividade. Se por um lado se afirma esta liberdade de financiamento dos sócios que se subdivide tanto na liberdade de dispor acerca do próprio financiamento e do modo de financiamento, por outro lado, essa não é uma liberdade absoluta, mas antes comporta limites. Se o financiamento através de capitais próprios assegura a dupla finalidade de constituir um acervo patrimonial que permita à sociedade o início da sua actividade, mas também assumir-se como garantia perante os credores da sociedade, o financiamento pelo recurso a capitais alheios apenas cumpre a primeira destas finalidades²⁶⁵. Daqui decorre que o recurso abusivo ao financiamento através de capitais alheios poderá lesar os interesses dos credores da sociedade. E este risco lesivo não se manifesta somente no campo de acção do direito comercial ao introduzir-se insegurança no tráfego jurídico-comercial em função da indispensabilidade de se presumir da solidez financeira da sociedade; também no direito fiscal se repercutem os efeitos da subcapitalização das sociedades. Daí que os Estados não permaneçam indiferentes a este fenómeno.

A consagração de uma norma anti-abuso atinente à subcapitalização foi introduzida no ordenamento jurídico-tributário português com o Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, pelo qual se aditava o art. 57.º-C ao CIRC. O objectivo, conforme consta do Preâmbulo do referido diploma, era a adopção de regras destinadas a combater o «endividamento excessivo das sociedades em relação a entidades com as quais têm relações especiais, de modo a considerar os juros correspondentes a esse endividamento como dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável dessas sociedades, utilizando assim desse modo abusivo a diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos».

²⁶⁵ Com efeito, se a sociedade se financiar recorrendo apenas a capitais alheios e não a capitais próprios que são directamente responsáveis pelas dívidas sociais, a função de garantia do capital social ficará seriamente comprometida. Por exemplo: se uma sociedade por quotas garantir um capital social mínimo de 5.000€ mas, em contrapartida, o seu endividamento é de 300.000€, então o capital social de pouco valerá como garantia dos credores.

2.4.1. Os Requisitos do art. 67.º do CIRC

Fundamentalmente, são três os requisitos habilitantes a desencadear a estatuição da segunda parte, do n.º 1, do art. 67.º do CIRC, segundo a qual «os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável». São eles: (i) a existência de um endividamento excessivo (ii) para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado-Membro da União Europeia (iii) com a qual existam relações especiais. Analisemos atentamente cada um deles, iniciando a nossa excursão pela existência de um endividamento excessivo.

Nos termos do n.º 3, do art. 67.º do CIRC, existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação às entidades com quem a sociedade mantenha relações especiais, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio. Apesar da *ratio* do art. 67.º do CIRC visar combater o endividamento total da sociedade para com entidades com as quais existam relações especiais, o cálculo do endividamento deve ser efectuado individualmente para com cada uma dessas entidades. Para o cálculo do endividamento são consideradas todas as formas de crédito, em numerário ou em espécie, qualquer que seja o tipo de remuneração acordada, incluindo os créditos resultantes de operações comerciais quando decorridos mais de seis meses após a data do respectivo vencimento (art. 67.º, n.º 4 do CIRC). Para que a sociedade se considere como subcapitalizada, não é necessário que o excesso de endividamento se afira relativamente a um período temporal determinado – para a lei, haverá uma situação de subcapitalização sempre que, em qualquer data do período de tributação, o endividamento relativamente à entidade relacionada seja superior ao dobro do valor da participação no capital próprio da sociedade. Resumidamente, por capital próprio devemos entender a soma do capital social e as reservas da sociedade. Porém, e tal como nos indica a lei, para uma noção mais completa de capital próprio, é necessário convocar o contributo da regulamentação contabilística em vigor: o Sistema de Normalização Contabilística. Para o cálculo do capital próprio não deverão, contudo, ser contabilizadas aquelas rubricas que traduzam mais-valias ou menos-valias potenciais ou latentes (art. 67.º, n.º 5 do CIRC).

O legislador português estabelece, pois, um coeficiente objectivo de subcapitalização. É através desse coeficiente que se indaga da relação entre a

participação do capital próprio do sócio e o montante de endividamento da sociedade face ao sócio para apurar da existência da subcapitalização. Assim sendo, existirá uma situação de subcapitalização sempre que o rácio participação/endividamento fixado por lei seja ultrapassado. Por outro lado, este coeficiente deve também ser encarado como um coeficiente de protecção do contribuinte (uma norma «*safe haven*») segundo o qual a dedutibilidade dos juros não deve ser colocada em causa uma vez respeitado o preceituado nos arts. 23.º e 67.º do CIRC. A opção por um coeficiente objectivo de subcapitalização, apesar de introduzir maior segurança e simplicidade no ordenamento jurídico, torna o sistema rígido e pouco flexível, tornando-o incapaz de considerar devidamente as circunstâncias particulares do caso concreto²⁶⁶. Nesse sentido, pesando as limitações que decorrem da consagração de um coeficiente objectivo de subcapitalização o n.º 6, do art. 67.º do CIRC introduz uma cláusula de salvaguarda do sistema, resguardando-a de soluções injustas²⁶⁷. Segundo aquele preceituado, encontrando-se excedido o coeficiente prescrito pela lei, poderá o sujeito passivo demonstrar, tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão e outros critérios pertinentes, e tomando em conta um perfil de risco da operação que não pressuponha o envolvimento das entidades com as quais tem relações especiais, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

Para além da existência de um endividamento excessivo, a lei exige que esse endividamento se reporte para com uma entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado-membro da União Europeia. Inicialmente, o Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, que aditou o art. 57.º-C ao CIRC, apenas fazia menção do endividamento excessivo da sociedade «para com entidade não residente em território português». Posteriormente, e para compatibilizar a norma portuguesa anti-abuso sobre subcapitalização com o direito comunitário, alargou-se o âmbito dos

²⁶⁶ Cfr. neste sentido PINTO, ALEXANDRE MOTA, *Do Contrato...*, cit., p. 98 - «a subcapitalização, embora se possa definir, é um conceito extremamente impreciso e inseguro, quer em abstracto – exigindo a fixação, em termos ideais, da noção de capitalização adequada (uma relação óptima entre capitais próprios e alheios) – quer, especialmente, em concreto», RODRIGUES, PEDRO NETO, *O regime...*, cit., p. 53 - «a noção de subcapitalização óptima não nos parece que possa ser erigida à condição de parâmetro de aplicação universal e intemporal» ou VENTURA, RAUL, *Apontamentos...*, cit., p. 119. Fazendo eco do resultado desalentador alcançado pelas diferentes teorias das finanças empresariais na definição do nível adequado de capitalização das sociedades cfr. ainda GOIKOETXEA, ROSA OTXOA-ERRARTE, *La Responsabilidad...*, cit., p.86 e segs.

²⁶⁷ Tal como havia sido recomendado pela OCDE. Cfr. OCDE, *La sous-capitalisation*, 1987, Paris.

contribuintes a quem o art. 67.º do CRC não se aplicaria, abrangendo agora também os residentes noutro Estado-membro da União Europeia²⁶⁸.

Por fim, outro requisito exigido pelo art. 67.º do CIRC constitui a existência de relações especiais. A determinação do conceito de relações especiais é feita por remissão para o n.º 4, do art. 63.º do CIRC que considera existirem relações especiais entre duas entidades quando uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra. Em seguida, procede a lei a uma enumeração a título exemplificativo de situações em que considera existir essa influência significativa. Esta intenção da lei, no entanto, poderia ser facilmente contornada se entre as entidades relacionadas surgisse, como intermediário do financiamento, uma instituição de crédito. Deste modo, o mútuo seria formalmente celebrado entre a instituição de crédito e a sociedade mutuária; a sociedade mutuante, por sua vez, prestaria um aval ou uma garantia que assegurasse o risco do financiamento à sociedade mutuária. Para todos os efeitos, aparentemente, o mútuo foi celebrado entre a instituição de crédito e a sociedade mutuária, escapando a operação de financiamento ao âmbito de aplicação do art. 67.º do CIRC. Materialmente, porém, o risco da operação é assumido pela entidade relacionada ao garantir a responsabilidade pelo mútuo e não pela sociedade mutuária; ou dito de outro modo, o mútuo não é directamente concedido pela entidade relacionada, mas é o indirectamente. A lei, ciente destes esquemas que tomam comumente a

²⁶⁸ Com efeito, a lei portuguesa ao prever que a sociedade deve observar um determinado rácio de endividamento apenas «para com entidade não residente em território português» viola o princípio da não discriminação ao tratar de forma diferente a dedutibilidade dos juros pagos pela sociedade residente mutuária, consoante a residência da entidade relacionada mutuante. Quanto aos fundamentos da incompatibilidade da lei portuguesa com o direito comunitário cfr. CUNHA, PAULO DE PITTA E e LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS, *Sobre a Incompatibilidade com o Direito Comunitário do Regime Fiscal da Subcapitalização*, 2005, Fisco, n.º 119/121, Ano XVI, Lisboa, p. 12 e segs. e 17 e segs., CUNHA, PATRÍCIA NOIRET SILVEIRA DA, *A Subcapitalização...*, cit., p. 537 e segs., TORRES, MANUEL ANSELMO, *As Normas contra a Subcapitalização e o Caso Lankhorst*, 2003, Fiscalidade, n.º 13/14, p. 141 e segs.

Outras dúvidas, no entanto, se poderão levantar a propósito da compatibilidade deste requisito com o direito comunitário. Decerto o TJCE tem analisado a relação de compatibilidade entre as normas sobre a subcapitalização e o direito comunitário a partir da liberdade de estabelecimento. Cfr., por exemplo, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, para. 32. Mas a livre circulação de capital também poderá ser posta em causa, o que nos obriga a analisar das consequências da existência de um tal obstáculo. Com efeito, tal hipótese não é inverosímil. Basta pensar na eventualidade de uma sociedade-mãe residente num Estado-Membro da União Europeia investir directamente numa subsidiária localizada num terceiro país. Enquanto a liberdade de estabelecimento é válida apenas para restrições para os cidadãos e sociedades residentes na União Europeia, o art. 56.º do TCE proíbe a existência de restrições à livre circulação de capitais entre os Estados-Membros e países terceiros, excepto nos casos dos arts. 57.º e seguintes. Daí que um terceiro Estado possa surgir alegando, nos termos do art. 56.º do TCE, a existência de uma restrição à livre circulação de capital nas normas de subcapitalização. Cfr. THOMES, OTMAR, BOB STRICOF e KATJA NAKHAI, *Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 3, p. 129 e segs.

designação de «*back-to-back loans*», acautela-se contra este tipo de planeamento. Diz, pois, o n.º 2, do art. 67.º do CIRC: «é equiparada à existência de relações especiais a situação de endividamento do sujeito passivo para com um terceiro que não seja residente em território português ou em outro Estado-membro da União Europeia, em que tenha havido prestação de aval ou garantia por parte» de uma entidade relacionada.

Reunidos estes requisitos, qual a consequência da sociedade se encontrar subcapitalizada, isto é, caso o valor das dívidas da sociedade para com uma entidade com quem mantenha relações especiais seja superior ao dobro do valor da participação no capital próprio? Nos termos do n.º 1, do art. 67.º do CIRC, «os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável»²⁶⁹, isto é, a dedutibilidade dos custos de financiamento para efeitos de IRC sofrerá uma limitação, não sendo considerada a parte dos juros tida em excesso. Esta é a única estatuição que resulta do art. 67.º, n.º 1 do CIRC, não prevendo a lei portuguesa a requalificação do pagamento excessivo de juros como distribuição oculta de lucros. Ora, tal solução legal poderá desencadear situações de dupla tributação: de facto, se o Estado de residência do mutuante integrar o montante dos juros recebidos na base tributável daquele, os juros serão duplamente tributados. Se o Estado de residência do mutuante houver celebrado uma CDT com Portugal e ao abrigo da CDT não reconhecer o ajustamento efectuado pela Administração fiscal portuguesa verificar-se-á, efectivamente, uma situação de dupla tributação. No caso, porém, do mutuante ser residente em Portugal, e sendo o pagamento dos juros requalificado como distribuição oculta de lucros num outro Estado contraente com quem Portugal celebrou uma CDT, o art. 67.º do CIRC não prevê um ajustamento correlativo a realizar por parte da Administração fiscal portuguesa de forma a eliminar a dupla tributação, à semelhança do que sucede, por exemplo, com o n.º 12, do art. 63.º do CIRC²⁷⁰. Relembremos, tal como referimos oportunamente, que as disposições convencionais baseadas nas CDT não autorizam,

²⁶⁹ De acordo com o juízo formulado pelo TJCE no Caso *Thin Cap*, para que a legislação relativa a subcapitalização «seja conforme ao princípio da proporcionalidade, importa (...) quando a apreciação desses elementos levar à conclusão de que a transacção em causa corresponde a um expediente puramente artificial que não tem verdadeiras motivações de ordem comercial, que a requalificação dos juros pagos como lucros distribuídos se limite à fracção desses juros que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes ou entre as partes e terceiros». Cfr. C-524/04, *Thin Cap*, para. 83.

²⁷⁰ Cfr. *supra*, nota 192.

por si só, a Administração fiscal a proceder ao reajustamento, se tal não lhe for permitido pela lei interna. Não estamos aqui perante a ausência na CDT de um preceituado como o art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE, caso em que a sua ausência poderá ser suprida através do recurso ao procedimento amigável regulado no art. 25.º. Neste caso, estamos perante a inexistência de uma disposição interna, no CIRC, que habilite a realização do ajustamento correlativo. Ainda assim, os parágrafos 11 e 12 dos Comentários da Convenção Modelo da OCDE poderão ser invocados para defender a realização do ajustamento, embora as Administrações Fiscais nacionais demonstrem sempre uma enorme relutância face à inexistência de uma disposição interna que habilite o ajustamento.

2.4.2 A Compatibilidade das Normas de Subcapitalização com o Direito Comunitário na Jurisprudência do TJCE

Ao analisar da jurisprudência do TJCE no que se refere à compatibilidade das normas nacionais de subcapitalização dos Estados-Membros com o direito comunitário, o caso *Lankhorst-Hohorst* constitui, incontornavelmente, o seu *leading case*. Com efeito, e conforme referimos anteriormente, no Caso *Lankhorst* estava em causa a compatibilidade do § 8a da KStG, norma que visa combater a prática da subcapitalização na lei alemã, com o art. 43.º do TCE que estabelece a liberdade de estabelecimento.

Sucintamente, eis a matéria de facto em disputa: a *Lankhorst-Hohorst*, sociedade residente na Alemanha, tem como único sócio a sociedade *Lankhorst-Hohorst BV* (daqui em diante LHBV), residente nos Países Baixos. A LHBV era, por sua vez, controlada pela LTBV, também ela residente nos Países Baixos. No ano de 1996, de modo a reduzir os elevados encargos com que a *Lankhorst-Hohorst* vinha remunerando o capital alheio mutuado por uma instituição de crédito, a LTBV concedeu à sociedade residente na Alemanha um empréstimo de 3.000.000,00 de marcos alemães, reembolsável em dez prestações anuais de 300.000,00 marcos. Por esse financiamento, foram, pois, pagos à LTBV, a título de juros, 135.000,00 marcos no ano de 1997 e 109.695,00 marcos em 1998. O financiamento concedido pela LTBV permitiu à sociedade alemã reduzir os encargos com juros com que se havia onerado junto de uma instituição de crédito. Não obstante, a *Lankhorst-Hohorst* apresentou prejuízos não cobertos por capitais próprios nos exercícios de 1996, 1997

e 1998. Assim sendo, o empréstimo concedido pela LTBV à *Lankhorst-Hohorst* caiu na malha do § 8a da KStG, ultrapassando o rácio de endividamento/participação no capital próprio fixado na lei alemã. Além do mais, a cláusula de salvaguarda aí prevista, segundo a qual se excepciona a aplicação deste artigo caso a sociedade em causa possa obter igualmente capitais externos junto de terceiros em condições idênticas não seria aplicável ao caso *sub judice*. Por conseguinte, o *Finanzamt Steinfurt* considerou que os juros pagos à LTBV eram equiparáveis a uma distribuição de lucros ocultos na acepção o § 8a da KStG e, como tal, tributou-os à *Lankhorst-Hohorst* à taxa de 30%²⁷¹.

Enunciados os factos do caso, dissequemos agora a matéria de direito nele vertida. O § 8 da KStG²⁷² não se refere expressamente à remuneração por sociedades residentes dos empréstimos concedidos por uma sociedade não residente, isto é, o § 8 da KStG não contém uma discriminação explícita entre residentes e não residentes pois a sua previsão não está directamente ligada à residência do sócio mutuante, mas sim à impossibilidade do mesmo beneficiar do crédito de imposto. Com efeito, algumas sociedades alemãs também não beneficiam do crédito de imposto, designadamente as pessoas colectivas de direito público ou as pessoas colectivas que assumam missões de interesse geral. Poder-se-ia, então, dizer que inexiste uma discriminação entre residentes e não residentes. O termo de comparação não pode, no entanto, ser acriticamente aceite: de facto, comparar uma sociedade com escopo lucrativo como é o caso da *Lankhorst-Hohorst*²⁷³ a pessoas colectivas de direito público ou pessoas colectivas que assumam missões que devem ser incentivadas, exercendo um fim totalmente diverso, não pode permitir o apuramento de resultados válidos. Se formalmente não existe uma discriminação, materialmente, na prática, ela verifica-se: enquanto os juros pagos por uma filial residente como remuneração de capitais externos provenientes de uma sociedade-mãe não residente são tributados como

²⁷¹ V. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, para. 6, 7, 9, 10, 11 e 12.

²⁷² Segundo o qual «A remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos quando [...] haja sido acordada uma remuneração por referência a uma fracção do capital e o capital externo seja mais de três vezes superior ao capital próprio correspondentes à participação do referido sócio no decurso do exercício, a menos que a sociedade tivesse podido obter o referido capital externo de outra entidade terceira em igualdade de condições ou se o capital externo constituir um empréstimo destinado a financiar operações bancárias habituais».

²⁷³ A *Lankhorst-Hohorst* tinha por actividade o comércio de acessórios náuticos, artigos de desportos náuticos, artigos de tempos livres e *bricolage*, roupa de lazer e de trabalho, objectos decorativos bem como ferragens e outros produtos similares. Cfr. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, para. 5.

dividendos ocultos, por outro lado, no caso de uma filial residente os juros são tratados como despesas, tendo a sociedade-mãe, também ela residente, direito ao crédito de imposto²⁷⁴. Existe, pois, uma diferença de tratamento entre filiais residentes em função da sede da sociedade-mãe que torna menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento²⁷⁵. Essa discriminação pode, contudo, ser justificada se reunidos três requisitos: é necessário que (i) a medida nacional se justifique por razões imperativas de interesse geral, (ii) que seja adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e (iii) que não ultrapasse o necessário para atingir esse objectivo²⁷⁶. Cabe, então, ao TJCE analisar o preenchimento de cada um dos requisitos.

Em primeiro lugar, acerca da existência de razões imperativas de interesse geral que justifiquem a discriminação, começa o TJCE por inquirir da admissibilidade da evasão fiscal configurar-se como uma razão justificativa. Depois de afirmar que a redução de receitas fiscais não constitui uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar uma medida em principio contrária a uma liberdade fundamental²⁷⁷, o TJCE considera que o § 8 da KStG não tem por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação fiscal alemã. De facto, como nota, o TJCE, a norma alemã aplica-se indistintamente a qualquer situação na qual a sociedade-mãe tem a sua sede fora da Alemanha, independentemente da sua finalidade, seja ela fiscal ou não²⁷⁸. Ora, tal situação não configura por si só um esquema puramente artificial cuja finalidade última é a evasão fiscal²⁷⁹, pelo que conclui o TJCE de que o § 8 da KStG é incompatível com o art. 43.º do TCE²⁸⁰.

Que conclusão podemos extrair das palavras do TJCE? Querirá ele de forma definitiva negar a compatibilidade com o direito comunitário de todas as normas que tenham por fim combater o fenómeno da subcapitalização das sociedades? Parece-nos claro que não. De facto, o que o TJCE acentua é que o § 8 da KStG não tem por fim

²⁷⁴ *Idem*, para. 29.

²⁷⁵ *Idem*, para. 32.

²⁷⁶ *Idem*, para. 33.

²⁷⁷ *Idem*, para. 36.

²⁷⁸ *Idem*, para. 37.

²⁷⁹ No caso *sub judice*, não se provou a existência de qualquer operação abusiva, tendo efectivamente o empréstimo tido por objectivo a redução dos encargos com juros resultantes do mútuo bancário celebrado pela *Lankhorst-Hohorst*, inexistindo, portanto, qualquer motivação fiscal. Cfr. *Idem*, para. 38.

²⁸⁰ *Idem*, para. 45.

combater esquemas puramente artificiais; ou seja, e numa leitura *a contrario* das palavras do TJCE – para que as medidas nacionais dos Estados-Membros se reputeem como compatíveis com o direito comunitário é preciso que elas visem aqueles esquemas puramente artificiais cujo objectivo é furtar-se à alçada da legislação nacional²⁸¹.

Esta ideia viria, de resto, a ser confirmada mais tarde no Caso *Thin Cap*. Com efeito, na sequência da decisão do TJCE no Caso *Lankhorst-Hohorst*, um conjunto de sociedades-mãe não residentes no Reino Unido, mas com filiais aí estabelecidas, realizaram pedidos de restituição e/ou indemnização relativos às desvantagens fiscais resultantes da aplicação da legislação do Reino Unido, nomeadamente, o facto do montante do imposto sobre as sociedades haver sido pago em excesso face à recusa da Administração fiscal do Reino Unido em não admitir e/ou limitar a dedução dos juros pagos pela filial à sociedade-mãe nos seus lucros tributáveis²⁸².

O TJCE começa por averiguar da existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento, concluindo que existe, efectivamente, uma diferença de tratamento entre sociedades mutuárias residentes em função do local da sede da sociedade do grupo mutuante, constituindo tal diferença uma restrição à liberdade de estabelecimento²⁸³. Afirmada a existência da restrição, é indispensável que, tal como indicado no Caso *Lankhorst-Hohorst*, se respeitem certos requisitos para que ela se repute como justificada²⁸⁴. Em primeiro lugar, o TJCE começa por admitir – tal como o já havia feito no Caso *Lankhorst*, ainda que tal resulte duma interpretação *a contrario* - a compatibilidade com o TCE de uma restrição à liberdade de estabelecimento fundada no combate à evasão fiscal quando a disposição em causa tenha por objectivo impedir que comportamentos que consistam em criar esquemas puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, eludam o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território

²⁸¹ No mesmo sentido cfr. VINTHER, NIKOLAJ e ERIK WERLAUFF, *The Need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the Consequences of the Judgement of the ECJ in Lankhorst-Hohorst*, EC Tax Review, Vol. 12, Issue 2, p. 95, GUTMANN, DANIEL e LUC HINNEKENS, *The Lankhorst-Hohorst Case. The ECJ Finds German Thin Capitalization Rules Incompatible with Freedom of Establishment*, 2003, ECTax Review, Vol. 12, Issue 3, p. 101 e 102, SANTOS, JOÃO PEDRO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades de 12 de Dezembro de 2002*, 2002, CTF, n.º 408, Lisboa, p. 185 e 186.

²⁸² V. Caso C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, para. 21.

²⁸³ *Idem*, para. 63 com a justificação dada pelo para. 38 e 39.

²⁸⁴ *Idem*, para. 64.

nacional²⁸⁵. Daqui decorre, portanto, de forma clara e indiscutível, que o combate à evasão fiscal constitui uma razão imperiosa de interesse geral justificativa duma restrição ao art. 43.º do TCE, desde que ela tenha por objectivo impedir que esquemas puramente artificiais eludam o imposto normalmente devido em território nacional. Prosseguindo na análise do respeito pelos requisitos enunciados, o TJCE conclui que a legislação em causa ao visar a prática da subcapitalização das sociedades²⁸⁶ é adequada ao cumprimento do objectivo que prossegue. Todavia, o exame da compatibilidade da norma de subcapitalização do Reino Unido com as regras comunitárias não termina aqui: há ainda que aferir se a legislação em causa não ultrapassa o necessário para atingir o objectivo a que se propõe. Nesse sentido, ela deve visar aqueles expedientes puramente artificiais cuja finalidade é escapar à aplicação da lei fiscal do Reino Unido²⁸⁷, impondo o TJCE impõe duas condições²⁸⁸. A saber: (i) em cada caso deve ser dada possibilidade ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas, de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais por que essa transacção foi celebrada e (ii) que a requalificação dos juros pagos como lucros distribuídos se limite à fracção desses juros que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes ou entre as partes e terceiros²⁸⁹.

2.5. A Reacção do Estado Português à Prática do *Treaty Shopping*

A OCDE considera que os efeitos decorrentes do *treaty shopping* são nocivos por três ordens de razão²⁹⁰. Em primeiro lugar, através desta prática os benefícios acordados entre dois Estados são economicamente alargados a pessoas residentes num terceiro Estado dum modo que não era pretendido pelos Estados contratantes,

²⁸⁵ *Idem*, para.74.

²⁸⁶ Sendo tal objectivo evitar a prática o processo nos termos da qual um grupo de sociedades procura reduzir a tributação de lucros gerados por uma das suas filiais ao optar por financiar essa filial através de empréstimos, em vez de o fazer através de fundos próprios, assim permitindo à referida filial transferir lucros para uma sociedade-mãe, sob a forma de juros dedutíveis, aquando do cálculo dos seus lucros tributáveis, e não sob a forma de dividendos não dedutíveis. Cfr. *Idem*, para. 76 e 77.

²⁸⁷ *Idem*, para. 79.

²⁸⁸ *Idem*, para. 82 e 83. Essas mesmas condições são reafirmadas no para. 92.

²⁸⁹ No caso concreto, a legislação do Reino Unido qualificava integralmente como lucros distribuídos os juros pagos pela filial residente à sociedade-mãe não residente, independentemente da operação se reger pelo princípio da plena concorrência, tal como não foi concedida à filial a possibilidade de apresentar elementos relativos às verdadeiras motivações comerciais do empréstimo. V. *Idem*, para. 84.

²⁹⁰ Cfr. OECD, *Double Taxation...*, cit., p. 96.

violando o princípio da reciprocidade e modificando o equilíbrio de sacrifícios estabelecido na convenção. Além do mais, o rendimento cuja dupla tributação se pretende evitar poderá, afinal, na sua totalidade isentar-se do pagamento de imposto ou sujeitar-se a uma tributação insignificante. Ora, certamente que as convenções pretendem promover a eliminação da dupla tributação internacional, facilitando o comércio e as trocas; contudo, a eliminação dessa dupla oneração fiscal supõe que o rendimento será tributado no outro Estado contratante da convenção e não que ele se irá furtar ao imposto, beneficiando um terceiro residente num outro Estado alheio à convenção. Por fim, e uma vez que os beneficiários do *treaty shopping*, residentes num terceiro Estado, obtém as vantagens das convenções para evitar a dupla tributação ainda que sem aceder directamente à rede de tratados do seu País, este terceiro Estado terá poucos incentivos para celebrar uma convenção com o Estado da fonte.

Assim, muitos países procuram combater os efeitos nocivos que resultam do uso impróprio de convenções. Os próprios Comentários à Convenção Modelo da OCDE enumeram um conjunto de cláusulas passíveis de inserção nas convenções de modo a contrariar a prática do *treaty shopping*. Uma delas é a inclusão na convenção de uma cláusula que limita a sua aplicação ao caso de a pessoa residente ser o beneficiário efectivo do rendimento, nomeadamente do rendimento proveniente de dividendos, juros ou royalties²⁹¹. Segundo esta cláusula, o Estado da fonte não é forçado a abdicar do seu direito de tributar simplesmente porque o rendimento foi recebido por um residente do outro Estado Contratante com quem o Estado da fonte celebrou uma convenção. O que devemos entender por beneficiário efectivo não é, porém, concretizado pelos Comentários à Convenção Modelo. De facto, os Comentários indicam apenas que o conceito de beneficiário efectivo deverá ser analisado à luz do objecto e da finalidade da Convenção, acrescentando, contudo, que o rendimento recebido por um residente de um Estado contratante agindo na qualidade de agente, *nominee* ou *conduit company* deve ter-se por excluído do âmbito do conceito de beneficiário efectivo²⁹². Para além da cláusula do beneficiário efectivo, os Comentários à Convenção Modelo sugerem uma outra abordagem à prática do *treaty shopping*: trata-se da cláusula de limitação de benefícios cujo alcance pode ser apreendido partindo de quatro abordagens distintas. Segundo a *look-through*

²⁹¹ Cfr. *Commentaries on the Articles of the Model tax Convention*, p. 187, para. 12 e segs-

²⁹² *Idem*, p. 187 e 188, para. 12.1

approach, a aplicação da convenção é reservada às sociedades controladas directa ou indirectamente por residentes de um dos Estados Contratantes; depois, de acordo com a *tax exclusion approach*, as vantagens decorrentes do Tratado não serão aplicáveis àqueles rendimentos já isentos de imposto; em seguida, a *subject-to-tax approach* condiciona a aplicação das cláusulas de desagravamento do imposto ao facto do rendimento em causa estar sujeito a imposto no outro Estado contratante; por fim, segundo a *channel approach*, as disposições da convenção não serão aplicadas se o rendimento recebido por uma sociedade residente no outro Estado contratante, mas controlada por não residentes, se destinar a satisfazer os interesses destes últimos.

Mas o que fazer quando a Convenção nada dispor acerca do *treaty shopping*? De acordo com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE²⁹³, o princípio geral é o de que os benefícios obtidos pelo contribuinte pelo uso impróprio de convenções não devem ser atribuídos se a causa principal para a realização de certa operação era a de assegurar uma posição fiscalmente mais favorável e obter um tratamento fiscal mais favorável contrário ao objecto e à finalidade das disposições do tratado. Isso não dispensará, segundo a óptica da OCDE, os Estados de incluir nas suas convenções disposições destinadas a prevenir a prática do *treaty shopping*. No entanto, o que importa reter é que de acordo com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, a ausência de disposições na convenção prevenindo a prática do *treaty shopping*, não prejudicará a aplicação das normas internas anti-abusivas. De facto, para a OCDE, uma vez que as normas anti-abusivas fazem parte do quadro interno de normas fiscais dos Estados, elas não são contempladas nas convenções e não são, portanto, afectadas por elas²⁹⁴. Esta orientação não pode deixar de merecer o nosso olhar crítico uma vez que se afigura de difícil coadunação com os princípios básicos do direito internacional, nomeadamente o princípio da *pacta sunt servanda*, ao permitir que normas internas derroguem disposições de convenções.

O legislador português não consagrou nas suas normas internas uma cláusula específica visando a prática do *treaty-shopping*²⁹⁵. E bem no nosso entender²⁹⁶. Com efeito, embora a CRP não esclareça do lugar que o Direito Internacional deva ocupar na hierarquia das fontes do Direito português, estamos em crer como FAUSTO DE

²⁹³ *Idem*, p. 61, para. 9.5 e 9.6.

²⁹⁴ *Idem*, p. 70, para. 22.1.

²⁹⁵ Ao contrário, por exemplo, da Alemanha que consagra uma cláusula *anti-treaty shopping* no § 50d da *Einkommensteuergesetz*. Cfr. ECKL, PETRA, *Tightening of the German Anti-Treaty Shopping Rule*, 2007, *European Taxation*, Vol. 47, Number 3, p. 120-125.

²⁹⁶ No mesmo sentido cfr. LEITÃO, LUÍS MENESES, *A Introdução...*, cit., p. 94.

QUADROS e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA²⁹⁷ que o Direito Internacional convencional que obriga o Estado deve prevalecer sobre a respectiva Constituição. Logo, parece-nos, que a sede própria para combater estes esquemas de planeamento fiscal internacional será a da própria convenção, nomeadamente através da inserção de cláusulas anti-abuso como as que atrás referimos, seja a do beneficiário efectivo, seja a da limitação de benefícios. É essa, de resto, a orientação seguida pelo legislador português. Ao analisarmos a rede de convenções para evitar a dupla tributação do Estado português notamos uma clara preocupação com o combate à prática do *treaty shopping*²⁹⁸, nomeadamente através da consagração da cláusula do beneficiário efectivo²⁹⁹ ou da consagração desta mesma cláusula, conjuntamente com a cláusula da limitação de benefícios^{300 301}.

²⁹⁷ QUADROS, FAUSTO DE e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a Edição, 2005, Coimbra, p. 119 e segs.

²⁹⁸ Apenas as convenções celebradas com Áustria, Bélgica, Finlândia, França, Noruega, Reino Unido e Suíça não dispõem de cláusulas específicas destinadas a lidar com o *treaty shopping*.

²⁹⁹ São disso exemplo as convenções celebradas com a Alemanha, Argélia, Bulgária, China, República da Coreia, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Grécia, Guiné-Bissau, Holanda, Hungria, Índia, Indonésia, República da Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Moçambique, Malta, Marrocos, México, Paquistão, Polónia, República da Moldova, República Checa, Roménia, Rússia, Singapuram Tunísia, Turquia, Ucrânia e Venezuela.

³⁰⁰ São disso exemplo as convenções celebradas com Barbados, Colômbia, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos da América, Estónia, Letónia, Lituânia, Panamá e Suécia.

³⁰¹ Criticando a inserção deste tipo de cláusulas nas convenções para evitar a dupla tributação cfr. GRAAF, ARNAUD DE, *Designing an Anti-Treaty Shopping Provision: An Alternative Approach*, 2008, EC Tax Review, Vol. 17, Issue 1, p. 13 e 14.

Conclusão

O quadro jurídico-legal português consagra as duas vias de combate à prática da evasão fiscal, positivando uma cláusula geral anti-abuso e definindo regras que visam combater comportamentos específicos de evitação fiscal – as normas anti-abuso específicas.

Até à década de 90 do século passado, a consagração de uma cláusula geral anti-abuso no ordenamento jurídico-tributário português sempre foi recusada pela doutrina tradicional. Dos apertados limites que a doutrina portuguesa extraía do princípio da legalidade, segundo o qual o princípio da determinação converteria o tipo tributário num tipo rigorosamente fechado, resultaria a impossibilidade de consagrar no ordenamento jurídico português uma cláusula geral anti-abuso. Durante muito tempo, este foi o entendimento dominante na doutrina portuguesa. E foi apenas com a Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, depois de amadurecida uma nova perspectiva quanto ao princípio da legalidade, segundo a qual a garantia constitucional do art. 103.º, n.º 2 da CRP não se poderia exercer sempre e quaisquer circunstâncias, para satisfazer um qualquer fim pretendido pelo seu titular, que a cláusula geral anti-abuso viria a ser introduzida no ordenamento jurídico português. Habilitada com uma tal cláusula, a jurisprudência portuguesa pode agora contrariar aqueles comportamentos que não obstante não atentarem frontalmente a norma fiscal, obtém o resultado que ela pretende proibir, frustrando as intenções do legislador, ao desconsiderar os efeitos fiscais do negócio jurídico, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais.

Para além desta forma de reacção à fraude à lei, encontramos no CIRC, positivados comportamentos tidos como de risco ou sobre os quais recai um particular juízo de desconfiança e suspeita do legislador, motivando a criação de presunções, inversões do ónus da prova ou a desconsideração de certos custos – são as normas anti-abuso específicas. Entre elas inclui-se o art. 63.º do CIRC, o qual consagra o princípio que governa a avaliação dos preços de transferência entre empresas relacionadas – o princípio da plena concorrência. Deste modo, aquele preceituado prossegue adequadamente o seu objectivo de combater a transferência artificial de matéria tributável de uma jurisdição fiscal para outra tributariamente mais favorável em função da manipulação de preços de transferência entre duas entidades especialmente relacionadas. Havendo, pois, uma divergência relativamente às condições que seriam

contratadas entre entidades independentes, a lei protege a integridade do sistema fiscal português ao conceder à Administração fiscal a possibilidade de efectuar as correcções ao lucro tributável que sejam necessárias para que o montante da operação reflecta aquele que teria sido obtido se a operação se tivesse processado numa situação normal de mercado. Ao ajustamento primário, dever-se-á seguir um ajustamento correlativo pelo qual se verifique uma redução no lucro tributável da outra entidade relacionada envolvida na operação. O mesmo será válido para as situações em que o ajustamento primário é realizado por uma Administração fiscal de um País com quem Portugal celebrou uma convenção para evitar a dupla tributação, salvo no que se refere a um aspecto: segundo o n.º 12, do art. 63.º do CIRC, o ajustamento correlativo não é automático; na verdade, ele encontra-se subordinado ao preceituado na respectiva Convenção. Aqui sublinhe-se e aplauda-se uma mudança na orientação do legislador português: apesar de inicialmente Portugal haver excluído o art. 9.º, n.º 2 da Convenção Modelo da OCDE das convenções por si celebradas Portugal inclui agora o art. 9.º, n.º 2 nas suas convenções, ainda que com a seguinte menção cautelar: efectuado o ajustamento primário, «o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto, se este outro Estado considerar o ajustamento justificado». Tal mudança de política só pode merecer o nosso aplauso uma vez que, como sabemos, a dupla oneração tributária constitui um dos grandes obstáculos ao investimento transfronteiriço. Através da inclusão de uma tal disposição nas suas convenções, Portugal encoraja o investimento no seu território ao desobstuir um entrave ao investimento. Por outro lado, assinala-se que a lei portuguesa não elimina, por completo, os riscos da evasão fiscal através da manipulação de preços de transferência entre entidades relacionadas. Com efeito, ao não instituir no art. 63.º do CIRC a figura do ajustamento secundário, subsistem, pois, algumas possibilidades de ocorrerem transferências artificiais de rendimentos de uma jurisdição fiscal para uma outra fiscalmente mais favorável.

Diga-se ainda que recentemente, na sequência da decisão do TJCE no Caso *SGI* algumas incertezas se têm levantado quanto à compatibilidade dos entendimentos da OCDE e do TJCE relativamente ao princípio da plena concorrência. No Caso *SGI*, estava em causa a compatibilidade de uma norma do *Code des Impôts sur les Revenus* que permitia à Administração fiscal belga a tributação de um suprimento a título gratuito concedido por uma sociedade belga a uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro. O TJCE, ao determinar que deve ser dada, em cada caso,

possibilidade ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais por que essa transacção foi celebrada, parece divergir do conceito de plena concorrência da OCDE. No entanto, o conceito de razões comerciais de que fala o Tribunal Europeu não é ainda totalmente claro. Será ele um factor a ter em conta na análise da comparabilidade, ou será antes, à semelhança do que acontece na cláusula geral anti-abuso, um verdadeiro *business purpose test*? A ser assim, parece, de facto, haver uma certa divergência entre o TJCE e a OCDE, o que não pode deixar de ter repercussões no art. 63.º do CIRC. Na verdade, a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que introduziu as normas sobre preços de transferência no ordenamento jurídico visou a aproximação da legislação portuguesa às recomendações da OCDE. Ora, assim sendo, resta a dúvida: até que ponto o art. 63.º do CIRC permite ao contribuinte apresentar elementos relativos às razões comerciais por que a transacção foi celebrada, reflectindo as preocupações do TJCE?

Por outro lado, e visando contrariar aquelas práticas cujo único objectivo é contornar o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades no território nacional, acumulando-os antes em sociedades controladas por residentes, mas sujeitas a uma tributação claramente mais favorável, o art. 66.º do CIRC responde imputando esse mesmo rendimento aos sócios residentes, independentemente da sua distribuição. Neste caso, a evasão fiscal decorre do enquadramento do princípio da tributação territorial – de acordo com este princípio, as entidades não residentes apenas estão sujeitas a IRC quanto aos rendimentos obtidos em território português. Logo, a não ser que a sociedade estrangeira controlada distribua os seus lucros aos sócios, estes poderão adiar indefinidamente a tributação.

O art. 66.º do CIRC não pode, contudo, visar uma qualquer acumulação de rendimento em sociedades estrangeiras controladas; para que ele se revele proporcional face ao direito comunitário, aquela disposição apenas pode combater os *esquemas puramente artificiais*. Realce-se que, segundo jurisprudência do TJCE, a mera existência de uma finalidade fiscal não é suficiente para reputar um esquema como sendo puramente artificial; efectivamente, e para além da intenção de obter uma vantagem fiscal (elemento subjectivo), deve ainda demonstrar-se através de elementos objectivos que a finalidade prosseguida pelo exercício do direito, embora aparentemente respeitada, não foi atingida (elemento objectivo). Assim, mesmo que a transferência de actividade de um Estado-Membro para outro Estado-Membro tenha

sido exclusivamente determinada por finalidades fiscais, a aplicação do art. 66.º do CIRC será afastada se houver uma implantação real da sociedade no Estado-Membro de acolhimento e for prosseguida uma efectiva actividade económica.

Ao longo da nossa análise do art. 66.º do CIRC deparamo-nos com soluções que, no nosso entender, se afiguram como opções criticáveis por parte do legislador. Desde logo, um dos critérios constantes do n.º 3, do art. 66.º para caracterizar um regime fiscal como claramente mais favorável, é que o mesmo conste de lista aprovada pelo Ministério das Finanças. Ora, como tivemos ensejo de verificar, esta lista corre o risco de se desactualizar. Porém, e enquanto não ocorrer nova actualização, o contribuinte permanece enclausurado a essas disposições. Assim, e para corrigir a inércia da lei, deve ser admitida ao contribuinte a possibilidade de demonstrar que pagou efectivamente mais de 60% do imposto que seria devido em Portugal. Sugerimos ainda a criação de uma lista branca pela qual se presuma que as jurisdições dela constantes não são jurisdições de baixa fiscalidade, constituindo este procedimento um factor adicional de segurança no tráfego jurídico. Outro aspecto controvertido na lei portuguesa na lei portuguesa é a omissão da prestação de serviços da alínea a), do n.º 4, do art. 66.º. No nosso entender, atenta a *ratio* da norma e a qualificação do TJCE da oferta de serviços como uma actividade económica, em nome da coerência do sistema, esta omissão por parte do legislador é, sem dúvida, censurável. Ainda no que respeita ao art. 66.º do CIRC e ainda nos circunscrevendo às críticas que lhe dirigimos, não podemos deixar de sublinhar as nossas suspeitas de incompatibilidade com o direito comunitário das disposições constantes do art. 66.º, n.º 4, alínea b), pontos 1 e 3. Com efeito, ao presumir de forma irrefutável da artificialidade das operações constantes daquelas disposições, a lei parece atentar contra aquilo que constitui jurisprudência do TJCE – nomeadamente, que a instituição de uma regra de carácter geral que vise combater os esquemas artificiais, quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscal, ultrapassaria o que é necessário para atingir o seu objectivo.

O art. 67.º do CIRC, por seu turno, visa combater o endividamento excessivo das sociedades em relação a entidades com as quais têm relações especiais, de modo a considerar os juros correspondentes a esse endividamento como dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável dessas sociedades, utilizando assim desse modo abusivo a diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos. Ora, ao prever como consequência jurídica da estatuição de uma situação de

endividamento excessivo que os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável, o art. 67.º do CIRC é, pois, apto a atingir o objectivo que prossegue. No entanto, e para se manter proporcional em relação ao direito comunitário, importa que a Administração fiscal, em cada caso, possibilite ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas, a apresentação de elementos relativos às eventuais razões comerciais por que essa transacção foi celebrada. No entanto, e se anteriormente aplaudimos a recente alteração do pensamento do legislador em relação ao ajustamento correlativo a operar no quadro do art. 63.º do CIRC, devemos criticar a incoerência do legislador ao não consagrar para os casos de subcapitalização uma norma com o alcance do n.º 12, do art. 63.º do CIRC. Uma omissão que pode apenas ser atenuada pelo recurso ao procedimento amigável previsto no art. 25.º da Convenção Modelo que, segundo os Comentários, pode ser invocado mesmo inexistindo uma norma interna que autorize o ajustamento.

A legislação portuguesa não dispõe de uma cláusula específica destinada a lidar com a prática do *treaty shopping*. Aqui, andou bem o nosso legislador. Atento o lugar do Direito Internacional convencional na hierarquia das fontes do Direito português, uma cláusula anti-*treaty shopping* derogaria disposições de um tratado, violando, consequentemente, o princípio da *pacta sunt servanda*. Logo, afigura-se-nos que a sede própria para lidar com a prática do *treaty shopping* é a da própria convenção, consagrando aí cláusulas anti-abusivas. É isso que vem fazendo o legislador português, seguindo as recomendações das organizações internacionais, incluindo na maioria das suas convenções ora a cláusula do beneficiário efectivo, ora a cláusula do beneficiário efectivo e a cláusula de limitação de benefícios.

Como observamos, Portugal segue as recomendações das organizações internacionais quanto à adopção de medidas destinadas a combater a evasão fiscal, estando o seu sistema fiscal preparado para lidar com a utilização abusiva de paraísos fiscais por cidadãos seus residentes com o fim de escapar à alçada da legislação nacional. No entanto, para lidar adequadamente com o fenómeno da evasão fiscal não basta ter um quadro jurídico adequado – é imprescindível que os órgãos aplicadores do direito possam apropriadamente fiscalizá-lo e zelar pela sua observância. Por isso, e para além do quadro legal, é necessária uma Administração fiscal altamente qualificada e dotada dos recursos humanos e materiais indispensáveis para o combate à evasão fiscal.

Referências Bibliográficas

ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, 1996, Almedina, Coimbra.

ABREU, J. M. COUTINHO DE [coord.], *Estudos de Direito das Sociedades*, 9.^a Edição, 2008, Almedina, Coimbra.

ABREU, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Os Preços de Transferência no Quadro da Evasão Fiscal Internacional*, 2000, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 358, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 109-176.

ALARCÃO, RUI DE, *Breve Motivação do Anteprojecto sobre o Negócio Jurídico na Parte Relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial*, 1964, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 138. p. 71-126.

ALMENDRAL, VIOLETA RUIZ, *Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules*, 2005, EC Tax Review, Vol. 33, Issue 12, Kluwer Law International, p. 562-583.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, 1992, Almedina, Coimbra.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a Edição, 2001, Almedina, Coimbra.

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 1964, Almedina, Coimbra.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *A Estruturação do Sistema de Direitos Liberdades e Garantias*, Vol. I, 2006, Almedina, Coimbra.

ARESPACCHAGA, JOAQUÍN DE, *Planificación Fiscal Internacional*, Segunda Edición, 1998, Marcial Pons, Madrid.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, 1968, Livraria Petrony, Lisboa.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, 2.^a Edição, 2003, Coimbra Editora, Coimbra.

BAKER, PHILIP, *Transfer Pricing and Community Law: The SGI Case*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 4, Kluwer Law International, p. 194-196.

BARROS, DUARTE, *Considerações Jurídicas e Económico-Tributárias*, in *Preços de Transferência e o Caso Português*, 2004, Vida Económica, Porto.

BENTLEY, DUNCAN, *Taxpayers' Rights: Theory, Origin and Implementation*, 2007, Kluwer Law International, The Hague.

BIEGALSKI, ADAM, *The Arm's Length Principle: Fiscalism or Economic Realism? A Few Reflections*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 3, Kluwer Law International, p. 177-186.

BORGES, RICARDO, National Report Portugal, in *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, Kluwer Law International, The Hague.

BRAUER, YARIV, *Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 11, Kluwer Law International, p. 554-567.

CALLEJÓN [coord.], FRANCISCO BALAGUER, *Derecho Constitucional: Derechos y Libertades Fundamentales*, Volumen II, 1999, Tecnos, Madrid.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, Interpretação das Normais Fiscais, in *Problemas Fundamentais de Direito Tributário*, 1999, Vislis Editores, Lisboa.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal*, in *Problemas Fundamentais de Direito Tributário*, 1999, Vislis Editores, Lisboa.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Evolução e Perspectivas do Direito Fiscal*, 1983, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, III, p. 645-675.

CANARIS, CLAUS-WILHELM, [trad. de A. Menezes Cordeiro] *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.^a Edição, 2002, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

CANOTILHO, GOMES J. J. e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Edição, 2007, Coimbra Editora, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. GOMES e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.^a Edição, 2007, Coimbra Editora, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, 2003, Almedina, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, Coimbra Editora, Coimbra.

CANOTILHO, GOMES J. J. e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, 1991, Coimbra Editora, Coimbra.

CÁNOVAS, ESPÍN, *Los Límites de la Autonomía de la Voluntad Privada*, 1957, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Volume XI, Lisboa, Universidade de Lisboa.

CENZANO, JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ, *El Orden Público como Limite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CERRI, AUGUSTO, *Corso di Giustizia Costituzionale, Quarta Edizione*, 2004, Giuffrè Editore, Milano.

CÍCERO, [trad. de Carlos Humberto Gomes] *Dos Deveres: De Officiis*, 2000, Edições 70, Lisboa.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Rapport du comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, 1992.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 3.^a Edição, 2006, Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, 2000, Almedina, Coimbra.

CORREIA, J. M. SÉRVULO, *Direito do Contencioso Administrativo*, Vol. I, 2005, Lex, Lisboa.

CORREIA, J. M. SÉRVULO, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987, Almedina, Coimbra.

COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*, 2004, Almedina, Coimbra.

COZIAN, MAURICE, *Les Grands Principes de la Fiscalité des Entreprises*, Troisième Edition 1996, Edition Litec, Paris.

CUNHA, PATRÍCIA NOIRET SILVEIRA DA, A Subcapitalização no Direito Português – Apreciação face ao Direito Comunitário, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume II, 2000, Almedina, Coimbra.

CUNHA, PAULO DE PITTA E e LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS, *Sobre a Incompatibilidade com o Direito Comunitário do Regime Fiscal da Subcapitalização*, 2005, Fisco, n.º 119/121, Ano XVI, Lex, Lisboa, p. 3-25.

CUNHA, PAULO DE PITTA E, *A Reforma Fiscal*, 1989, Publicações Dom Quixote, Lisboa.

CUNHA, PAULO FERREIRA DA, *Teoria da Constituição: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, II, 2000, Editorial Verbo, Lisboa.

DAFFLON, BERNARD e LUC WEBER, *Le Financement du Secteur Public: Analyse Microéconomique*, 1984, PUF, Paris.

DAVID, RENÉ, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, 2002, Martins Fontes, São Paulo.

DEVEREUX, MICHAEL, *Proposals for Controlled Foreign Companies Reform: A Tale of Two Principles*, 2010, British Tax Review, Number 2, Sweet & Maxwell, London, p. 111-118.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2004, Coimbra Editora, Coimbra.

DOGGART, CAROLINE, *Os Paraísos Fiscais e os seus Usos*, 2.^a Edição, 1998, Vida Económica, Porto.

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital Social: Noção, Princípios e Funções*, 2.^a Edição, 2004, Studia Iuridica, 33, Coimbra Editora, Coimbra.

DOURADO, ANA PAULA, *O Princípio da Legalidade Fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, 2007, Almedina, Coimbra.

DURST, MICHAEL C., *Congress: Fix Transfer Pricing and Protect U.S. Competitiveness*, 2010, Volume 59, Number 6, Tax Notes International, p. 483-488.

DURST, MICHAEL C., *It's not Just Academic: The OECD Should Reevaluate Transfer Pricing Laws*, 2010, Volume 57, Number 3, Tax Notes International, p. 247-256.

ECKL, PETRA, *Tightening of the German Anti-Treaty Shopping Rule*, 2007, European Taxation, Vol. 47, Number 3, IBFD, p. 120-125.

EASTERBROOK, FRANK H. e DANIEL R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, Harvard University Press, Cambridge.

ENGISCH, KARL, [trad. de J. Baptista Machado] *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 9.^a Edição, 2004, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

EVERS, MAIKEL e ARNAUD DE GRAAF, *Limiting Benefit Shopping: Measures of four Large EU Member States to Counter Erosion of their Dividend Tax*, 2010, EC Tax Review, Vol. 19, Issue 5, p. 188-198.

EYNATEN, WIM, *European Holding Company Tax Regimes: A Comparative Study*, 2007, European Taxation, Volume 47, Number 12, IBFD p. 562-570.

FARIA, MARIA TERESA VEIGA DE, *A Fiscalização dos Preços de Transferência das Operações Internacionais*, 1996, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 381, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 141-150.

FARIA, MARIA TERESA BARBOT VEIGA DE, *Paraísos Fiscais: Formas de Utilização e Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, 2003, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 409/410, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 87-115.

FAVEIRO, VÍTOR, *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português. Introdução ao Estudo da Realidade Tributária. Teoria Geral do Direito Fiscal*, I Volume, 1984, Coimbra Editora, Coimbra.

FAVEIRO, VÍTOR, *O Estatuto Jurídico do Contribuinte – A pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, 2002, Coimbra Editora, Coimbra.

FERIA, RITA DE LA, *Evolução do Conceito de Abuso do Direito no Âmbito do Direito Fiscal Comunitário*, 2008, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1, Número 2, Almedina, p. 197-228.

FERREIRA, LEONOR FERNANDES, *A Influência da Fiscalidade na Formação e na Aplicação da Poupança das Empresas*, 1996, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 392, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 7-31.

FORSTER, GUIDO e DIRK SCHMIDTMANN, *CFC Legislation in Germany*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 10, Kluwer Law International, p. 476-485.

FRANCO, ANTÓNIO L. DE SOUSA, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. II, 4ª Edição, 1995, Almedina, Coimbra.

FURTADO, JORGE PINTO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª Edição, 2004, Almedina, Coimbra.

GAFFURI, GIANFRANCO, *Lezioni di Diritto Tributario: Parte Generale*, Seconda Edizione, 1994, CEDAM, Padova.

GAMMIE, MALCOLM, *The Compatibility of National Tax Principles with the Single Market*, in *EU Freedoms and Taxation*, 2006, IBFD, Amsterdam.

GOIKOETXEA, ROSA OTXOA-ERRARTE, *La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su Sociedad*, 2010, Thomson Reuters, Navarra.

GOMES, NUNO SÁ, *As Garantias dos Contribuintes: Algumas Questões em Aberto*, 1993, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 371, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 21-138.

GOMES, NUNO SÁ, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e o Processo Penal Fiscal*, 2000, Rei dos Livros, Lisboa.

GOMES, NUNO SÁ, *Manual de Direito Fiscal*, 9.ª Edição, Volume II, 2000, Rei dos Livros, Lisboa.

GOMES, NUNO SÁ, *O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação dos Tributos e As Garantias dos Contribuintes: algumas questões em aberto*, 1993, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 169, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 143-182.

GONÇALVES, RUI MIGUEL MARQUES, *Fraude Fiscal e Branqueamento de Capitais*, 2007, Almeida & Leitão, Porto.

GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 2005, Almedina, Coimbra.

GOUVEIA, JORGE BACELAR. *A Evasão Fiscal na Interpretação e Integração da Lei Fiscal*, 1994, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 373, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 7-43.

GRAAF, ARNAUD DE, *Designing an Anti-Treaty Shopping Provision: An Alternative Approach*, 2008, EC Tax Review, Vol. 17, Issue 1, Kluwer Law International, p. 12-23.

GRUNDY, MILTON, *Offshore Business Centres: A World Survey*, Seventh Edition, 1997, Sweet & Maxwell, London.

GUTMANN, DANIEL e LUC HINNEKENS, *The Lankhorst-Hohorst Case. The ECJ Finds German Thin Capitalization Rules Incompatible with Freedom of Establishment*, 2003, EC Tax Review, Vol. 12, Issue 2, Kluwer Law International, p. 90-96.

HAMAEKERS, HUBERT, Comparable Profits Method, an Arm's Length Transfer Pricing Method, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, 2003, Fisco, Lisboa.

HART, HERBERT L. A., [trad. de A. Ribeiro Mendes] *O Conceito de Direito*, 3.^a Edição, 2001, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

HASSEMER, WINFRIED, Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei, in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, 2002, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH, [trad. de Orlando Vitorino] *Princípios da Filosofia do Direito*, 4^a Edição, 1990, Guimarães Editora, Lisboa.

HELMINEN, MARJAANA, *Is There a Future for CFC-regimes in the EU?*, 2005, EC Tax Review, Vol. 33, Issue 3, Kluwer Law International, p. 117-123.

HOSSON, FRED C. DE, *Las Empresas Multinacionales y el Desarrollo, Propiedad y Licencia de Marcas y Nombres Comerciales*, 2000, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica, Vol. L, Numero 256, Editorial de Derecho Financiero, p. 265-306.

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION [org.], *Practical Experience with the OECD Transfer Pricing Guidelines*, 1999, Kluwer Law International, The Hague.

JÍMENEZ, ADOLFO MARTÍN, *Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgment in SGI: Some Thoughts on Controversial Issues*, 2010, Bulletin for Fiscal Documentation, Vol. 64, Number 5, IBFD, p. 271-282.

KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, 2003, Giuffrè Editore, Milano.

KELSEN, HANS, On the Essence and Value of Democracy, in *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, 2000, University of California Press, Berkeley.

KORNER, ANDREAS, *The ECJ's Lankhorst-Hohorst Judgemente – Incompability of Thin Capitalization Rules with European Law and Further Consequences*, 2003, EC Tax Review, Vol. 31, Issue 4, Kluwer Law International, p. 162-167.

KRUSE, HEINRICH WILHELM, *Derecho Tributario. Parte General.*, 3ª Edición, 1978, Editorial de Derecho Financiero, Madrid.

LARENZ, KARL, [trad. de José Lamego] *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª Edição, 1997, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *A Introdução na Legislação Portuguesa de Medidas Destinadas a Reprimir a Evasão Fiscal Internacional: o Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro*, 1995, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 377, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 91-104.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *O Controlo e Combate às Práticas Tributárias Nocivas*, 2003, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 409/410, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 117-134.

LIBERO, SANTINO DI, *Comparability in Transfer Pricing: The Elusive Mirror Image*, 2009, Volume 54, Number 4, *Tax Notes International*, p. 293-296.

LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, *As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização*, 1996, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 383, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 9-34.

LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, *Preços de Transferência e Acordos de Dupla Tributação*, 2000, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 47-69.

LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, *Sobre o Enquadramento Fiscal da Subcapitalização*, in *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, Livro 3, 1998, Lisboa, Associação Fiscal Portuguesa.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 2004, Almedina, Coimbra.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª Edição, 1992, Almedina, Coimbra.

MAISTO, GUGLIELMO e PASQUALE PISTONE [coord.], *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Companies (CFCs) – Part 1*, *European Taxation*, Vol. 48, Number 10, p. 503-513.

MAISTO, GUGLIELMO e PASQUALE PISTONE [coord.], *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Companies (CFCs) – Part 2*, *European Taxation*, Vol. 48, Number 11, p. 554-570.

MALHERBE, JACQUES et al, *Atribución de Rentas en el caso de sociedades extranjeras controladas*, 2009, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 141, Editorial Aranzadi, p. 85-163.

MALHERBE, JACQUES, *Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union*, *EC Tax Review*, Vol. 30, Issue 6-7, *Kluwer Law International*, p. 219-224.

MARÍ, M^a PILAR ALGUACIL, *La Capacidad Economica como Parametro de Enjuiciamiento*, 1999, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica, Vol. XLIX, Numero 253, Editorial de Derecho Financiero, p. 573-656.

MARTÍNEZ, PEDRO SOARES, *Manual de Direito Fiscal*, 1983, Almedina, Coimbra.

MARTINS, ANTÓNIO e MÁRIO AUGUSTO, *Is Thin Capitalization a Fiscal Problem? Na Empirical Analysis that shows it may be overstated?*, 2009, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 2, Número 1, p. 161-179.

MARTINS, CARLOS CARVALHO e ANTÓNIO MARTINS, *Os Preços de Transferência nos Grupos Industriais: Análise de Dois Casos*, 2007, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 420, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 31-123.

MARTINS, ELISABETE LOURO, *O Ónus da Prova no Direito Fiscal*, 1^a Edição, 2010, Coimbra Editora, Lisboa.

MASSON, CHARLES ROBBEZ, *La Notion d'évasion fiscale en droit interne français*, 1990, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris.

MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito por Linhas Tortas e Torto por Linhas Direitas*, 2000, Fiscalidade, n.º 4, Edição do Instituto Superior de Gestão, p. 67-79.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, 1979, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa.

MERKS, PAULUS, *Corporate Tax and the OECD*, 2007, EC Tax Review, Vol. 35, Issue 5, Kluwer Law International, p. 322-330.

MEUSSEN, GERARD T. K., *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Applicability of CFC Rules in the Member States*, 2007, European Taxation, Vol. 47, Number 1, p. 13-18.

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Estruturar o Sistema Fiscal do Portugal Desenvolvido*, 1998, Almedina, Coimbra.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 7^a Edição, 2003, Coimbra Editora, Coimbra.

MITA, ENRICO DE, *Fisco e Costituzione*, 1993, Giuffrè Editore, Milano.

MIYATAKE, TOSHIO, *Transfer Pricing and Intangibles – General Report*, 2007, Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 92A, Kluwer Law International, The Hague, p. 17-38.

MOLINA, PEDRO M. HERRERA, *Capacidad Económica y Sistema Fiscal – Análisis del Ordenamiento Español a la luz del Derecho Alemán*, 1998, Marcial Pons, Madrid.

MONÈS, SÉBASTIEN DE, et al., *Abuse of Law Across Europe (Part Two)*, 2010, EC Tax Review, Vol. 19, Issue 3, Kluwer Law International, p. 123-137.

MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação de Lucros de Sociedades não Residentes a um Regime Fiscal Privilegiado*, 2005, Publicações Universidade Católica, Porto.

MORTIMER, MATTHEW, *The Breadth and Limits of the U.K. Ramsay Principle*, 2010, Volume 57, Number 5, Tax Notes International, p. 445-449.

MOSCHETTI, FRANCESCO, La Capacità Contributiva, in *Trattato di Diritto Tributario*, Volume Primo, I Tomo, 1994, CEDAM, Padova.

MUSGRAVE, RICHARD A. e PEGGY B. MUSGRAVE, *Public Finance in Theory and Practice*, 1989, Fifth Edition, McGraw-Hill International Editions, New York.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Contratos Fiscais: Reflexões Acerca da sua Admissibilidade*, 1994, Coimbra Editora, Coimbra.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Estudos de Direito Fiscal*, 2005, Almedina, Coimbra.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Direito Fiscal*, 4ª Edição, 2006, Almedina, Coimbra.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 1998, Almedina, Coimbra.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, 2007, Coimbra Editora, Coimbra.

NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, 1993, Coimbra Editora, Coimbra.

NUNES, GONÇALO NUNO CABRAL DE ALMEIDA AVELÃS, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal – Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária – à luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, 2000, Fiscalidade, n.º 3, Edição do Instituto Superior de Gestão, p. 39-62.

OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998, Paris.

OECD, *International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*, 1987, Paris.

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, Paris.

ORLOV, MYKOLA, *The Concept of Tax Haven*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 2, Kluwer Law International, p. 95-110.

O'SHEA, TOM, *ECJ Upholds Belgian Transfer Pricing Regime*, 2010, Volume 57, Number 6, Tax Notes International, p. 491-494.

O'SHEA, TOM, *EU Tax Law and Double Tax Conventions*, 2008, Avoir Fiscal Limited, London.

PALMA, CLOTILDE CELORICO, *A OCDE, a Concorrência Fiscal Prejudicial e os Paraísos Fiscais: Novas Formas de Discriminação Fiscal?*, 2001, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 403, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 147-171.

PALMA, CLOTILDE CELORICO, *A OCDE e o Combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial: Ponto de Situação e Perspectivas de Evolução*, *Fiscalidade*, n.º 16, 2003, Edição do Instituto Superior de Gestão, p. 49 a 79.

PALMA, CLOTILDE CELORICO, *Da Evolução do Conceito de Capacidade Contributiva*, 2001, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 402, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 109-145.

PEREIRA, JOÃO AVEIRO, *O Contrato de Suprimento*, 2.ª Edição, 2001, Coimbra Editora, Coimbra.

PEREIRA, MANUEL HENRIQUES DE FREITAS, *Tributação das Sociedades e Globalização Económica*, 2008, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 422, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 7-24.

PEREIRA, PAULA ROSADO, *Anotação ao Caso DEFINT – IRC*, 2001, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 402, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 315-342.

PEREIRA, PAULA ROSADO, *O Novo Regime dos Preços de Transferência*, 2001, *Fiscalidade*, n.º 5, Edição do Instituto Superior de Gestão, p.23-47.

PETKOVA, SVETOZARA, *Treaty-Shopping – The Perspective of National Regulators*, 2004, *EC Tax Review*, Vol. 32, Issue 11, Kluwer Law International, p. 543-549.

PINTO, ALEXANDRE MOTA, *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio*, 2002, Almedina, Coimbra.

PIRES, MANUEL, *Da Dupla Tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, 1984, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.

POGORELOVA, LIOUBOV, *Grey Markets and Transfer Pricing*, 2010, *EC Tax Review*, Vol. 38, Issue 11, Kluwer Law International, p. 588-600.

POGORELOVA, LIOUBOV, *Transfer Pricing and Anti-Abuse Rules*, 2009, *EC Tax Review*, Vol. 37, Issue 12, Kluwer Law International, p. 683-693.

PRATA, ANA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, 1982, Almedina, Coimbra.

QUADROS, FAUSTO DE e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, 2005, Almedina, Coimbra.

RAINER, ANNO et al, *ECJ Restricts Scope of CFC Legislation*, 2006, *EC Tax Review*, Vol. 34, Issue 12, Kluwer Law International, p. 636-641.

RAWLS, JOHN, *A Theory of Justice*, 1999, Oxford University Press, Oxford.

RIBEIRO, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA, *Lições de Finanças Públicas*, 5ª Edição, 1997, Coimbra Editora, Coimbra.

RIBEIRO, NUNO DE SAMPAYO, *Regimes Fiscais Preferenciais*, 2002, Fisco, Lisboa.

RICHARDS, GARY e LIESL FICHARDT, *Corporate Tax Reforms: UK's CFC Proposal*, 2011, British Tax Review, Number 1, Sweet & Maxwell, London, p. 10-14.

RODRIGUES, PEDRO NETO, *O Regime jurídico-fiscal da Subcapitalização: do seu âmbito e alcance*, 2005, Fiscalidade, nº 21, Edição do Instituto Superior de Gestão, p. 43-72.

ROSEMBUJ, TULIO, *Fiscalidad Internacional*, 1998, Marcial Pons, Madrid.

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE, *Abuso do Direito*, 1997, Almedina, Coimbra.

SANCHES, SALDANHA J. L., *Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, 2000, Ciência e Técnica Fiscal, nº 397, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 9 – 46.

SANCHES, SALDANHA J. L., *A Interpretação da Lei Fiscal e o Abuso de Direito - Anotação ao AcSTA de 21/06/95*, 1996, Fisco, nº 74/75, Lex, Lisboa, p. 99-111.

SANCHES, SALDANHA J. L., *A Quantificação da Obrigação Tributária*, 1995, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 173, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.

SANCHES, J. L. SALDANHA, *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito*, CTF, nº 310/312, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.

SANCHES, J. L. SALDANHA, *IVA: Controlo Fiscal e Direito ao Reembolso*, 2001, Fiscalidade, nº 5, Edição do Instituto Superior de Gestão, p. 83-99.

SANCHES, SALDANHA J. L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, 2007, Coimbra Editora, Coimbra.

SANCHES, SALDANHA J. L., *O Ónus da Prova no Processo Fiscal*, 1987, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 151, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.

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

SANCHES, SALDANHA J. L. e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Pró Rata Revisitado: Actividade Económica, Actividade Acessória e Dedução do IVA na Jurisprudência do TJCE*, 2006, Ciência e Técnica Fiscal, nº 417, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 101-130.

SÁNCHEZ, JOSÉ ACOSTA, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*, 1998, Tecnos, Madrid.

SANDLER, DANIEL, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, Second Edition, 1998, Kluwer Law International, London.

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, *A Regulação Internacional da Concorrência Fiscal Nefasta*, 1999, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 395, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 7-36.

SANTOS, JOÃO PEDRO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades de 12 de Dezembro de 2002*, 2002, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 408, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 163-186.

SCARIONI, PAOLO e SIMONE MUNI, *The New Italian CFC Rules: EU Holding Companies Challenge the Artificial Arrangement Assessment*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 10, Kluwer Law International, p. 527-531.

SCHMITT, CARL, [trad. de Francisco Ayala] *Teoría de la Constitución*, 3.ª Edição, 1996, Alianza Editorial, Madrid.

SELVA, JOSÉ M. MARTÍNEZ, *Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore: Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior*, 1998, Dostavat Internacional, Madrid.

SERRA, ADRIANO VAZ, *Objecto da Obrigação – A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos*, 1958, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 74, p. 15-283.

SHELTON, NED, *Interpretation and Application of Tax Treaties*, 2004, LexisNexis, London.

SILVA, JOSÉ MANUEL BRAZ DA, *Os Paraísos Fiscais – Casos Práticos com Empresas Portuguesas*, 2000, Almedina, Coimbra.

SOUSA, DOMINGOS PEREIRA DE, *Finanças Públicas*, 1996, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa.

SULLIVAN, MARTIN A., *Transfer Pricing Costs U.S. at Least \$ 28 Billion*, 2010, Volume 27, Number 13, Tax Notes International, p. 1112-1116.

TEIXEIRA, RENATA R., *Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 8/9, Kluwer Law International, p.449-472.

TEIXEIRA, GLÓRIA, *A Fraude Fiscal e o Princípio da Transparência*, 2008, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 422, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 25-42.

TEIXEIRA, GLÓRIA, *Considerações Jurídicas e Económico-Tributárias*, in *Preços de Transferência e o Caso Português*, 2004, Vida Económica.

TEIXEIRA, GLÓRIA, *Manual de Direito Fiscal*, 2008, Almedina, Coimbra.

TEIXEIRA, GLÓRIA e RITA TAVARES DE PINA, *Portugal - The Tax Treatment of Transfer Pricing*, 2009, IBFD.

TERRA, BEN e PETER WATTEL, *European Tax Law*, Third Edition, 2001, London, Kluwer Law International.

THE TAX LAW REVIEW COMMITTEE, *Tax Avoidance: A Report by the Tax Law Review Committee*, 1997, The Institute for Fiscal Studies, London.

THOMES, OTMAR, BOB STRICOF e KATJA NAKHAI, *Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles*, 2004, EC Tax Review, Vol. 32, Issue 3, Kluwer Law International, p. 126-136.

TOMAZ, JOÃO AMARAL, *A Reunião do G20 de 2 de Abril de 2009 e o Futuro dos Paraísos Fiscais*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, 2009, Ano 2, Número 2, Almedina, p. 31-44.

TORRES, MANUEL ANSELMO, *As Normas contra a Subcapitalização e o Caso Lankhorst*, 2003, Fiscalidade, n.º 13/14, p. 127-144.

TROSKIE, HERMAN, *The Luxembourg Business Wrapper*, 2011, International Tax Planning Association Journal, Vol. 11, Number 3, International Tax Planning Association, p. 125-152.

WILDE, MAARTEN F. DE, *Some Thoughts on a fair allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy*, 2010, EC Tax Review, Vol. 38, Issue 5, Kluwer Law International, p. 281-305.

WITTENDORF, JENS, *The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model*, 2009, Bulletin for Fiscal Documentation, Vol. 63, Number 3, IBFD, p. 107-130.

VANISTENDAEL, FRANS, *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax Law?*, 2006, EC Tax Review, Vol. 15, Issue, 4, Kluwer Law International, p. 192-195.

VANISTENDAEL, FRANS, *How Does Tax Relate to Competition in the EU?*, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, 2003, Fisco, Lisboa.

VARELA, ANTUNES, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a Edição, 2004, Coimbra Editora, Coimbra.

VENTURA, RAÚL, *Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 1969, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 182, p. 25-196.

VIDAL, JEAN-PIERRE, *The Achilles' Heel of the Arm's Length Principle and the Canadian GlaxoSmithKline Case*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 10, Kluwer Law International, p. 512-528.

VINTHER, NIKOLAJ e ERIK WERLAUFF, *The Need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the Consequences of the Judgement of the ECJ in Lankhorst-Hohorst*, 2003, EC Tax Review, Vol. 12, Issue 2, Kluwer Law International, p. 97-106.

WEEGHEL, STEF VAN, *The Improper Use of Tax Treaties with Particular Reference to the Netherlands and the United States*, 1998, Kluwer Law International, The Hague.

XAVIER, ALBERTO, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, Almedina, Coimbra.

XAVIER, ALBERTO, *Direito Tributário Internacional*, 1993, Almedina, Coimbra.

XAVIER, ANTÓNIO LOBO, *Preços de transferência no Sector Financeiro*, 2000, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 398, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, p. 71-98.

ZALASINSKI, ADAM, *Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law*, 2007, EC Tax Review, Vol. 35, Issue 5, Kluwer Law International, p. 310-321.

ZALASINSKI, ADAM, *Some Basic Aspects of the Concept of Abuse in the Tax Case Law of the European Court of Justice*, 2008, EC Tax Review, Vol. 36, Issue 4, Kluwer Law International, p. 156-167.

ZIELKE, RAINER, *International Tax Planning with Comtax*, 2009, EC Tax Review, Vol. 37, Issue 3, Kluwer Law International, p. 197-206.

ZIELKE, RAINER, *The Changing Role of Tax Havens – An Empirical Analysis of the Tax Havens Worldwide*, 2011, Bulletin for Fiscal Documentation, Vol. 65, Number 1, IBFD p. 42-56.