



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A nova regra SEC da diretiva anti-elisão e o seu impacto  
no ordenamento tributário português**

**Nuno Maria Veloso de Carvalho Poças Martins**

**Faculdade de Direito | Escola do Porto  
Abril de 2017**



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A nova regra SEC da diretiva anti-elisão e o seu impacto  
no ordenamento tributário português**

**Nuno Maria Veloso de Carvalho Poças Martins**

**Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, elaborada sob a orientação do  
Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira**

**Faculdade de Direito | Escola do Porto  
Abril de 2017**

**Aos meus avós,  
Maria José, Gaspar, José Alberto e Alice**

**“If the doors of perception were cleansed  
everything would appear to man as it is, infinite”**

**William Blake (1793)**

## **Agradecimentos**

Ao Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira, “o maestro” desta dissertação, por me ter aceite como orientando e por toda a preocupação, aconselhamento, interesse, paciência, dedicação e disponibilidade inesgotáveis,

Aos meus Pais, por toda a compreensão e incentivo ao longo de todo o meu percurso académico,

À Maria João, por todo o amor, apoio, paciência e força,

Ao meu irmão, um modelo a seguir, por todo o companheirismo e preocupação e à minha cunhada, minha “irmã” emprestada,

À minha afilhada que tão bem me “distraiu” e me fez rir nas horas vagas,

Aos meus amigos, por toda a força que me transmitiram,

Ao meu patrono, Ricardo Guimarães Teixeira, por toda a força e impulso,

Aos meus colegas de escritório, pela ajuda e flexibilidade indispensáveis enquanto elaborei este estudo,

À Universidade Católica Portuguesa, especialmente durante este período do curso de Mestrado de Direito Fiscal, por todas as valências que me proporcionou.

A todos, o meu muito obrigado.

## **Resumo**

A presente dissertação tem como intuito analisar a integração dos artigos 7.º e 8.º da diretiva anti-elisão no ordenamento tributário português. Pretendemos apurar de que forma deve a legislação portuguesa adotar os mecanismos impostos hierarquicamente pelo direito da União Europeia, relativamente à norma anti-abuso específica sobre sociedades controladas. Faremos uma abordagem global, atendendo à dogmática da regra SEC e à sua integração negativa e positiva. Por fim, faremos uma comparação entre a legislação portuguesa atual e os dispositivos constantes da diretiva anti-elisão em matéria de SEC. De toda esta análise resulta que a diretiva anti-elisão é uma (tímida) evolução e que o ordenamento tributário português terá de fazer várias alterações de forma a compatibilizar a cláusula anti-abuso em causa com o direito da União Europeia.

**Palavras-chave: Sociedades estrangeiras controladas; Sociedades que controlam; Sociedade controlada/ subsidiária; Empresa multinacional; Política fiscal; Legislação fiscal; Regime fiscal mais favorável**

## **Abstract**

The purpose of this dissertation is to analyse the integration of articles 7 and 8 of the anti-avoidance directive in Portuguese tax law. The goal of this study is to ascertain how Portuguese law should adopt the mechanisms that are hierarchically imposed by European Union law concerning the specific anti-abuse rule on controlled foreign companies. We will have a comprehensive approach, considering the CFC rule, and its negative and positive integration. Finally, we will compare the current Portuguese legislation and the provisions contained in the anti-avoidance directive on CFC. It emerges from this analysis that the anti-avoidance directive is a (timid) evolution and that Portuguese tax law will have to go through several changes in order to make the anti-abuse clause in question compatible with European Union law.

**Keywords: Controlled foreign companies; Holding companies; Controlled company/subsidiary; Multinational enterprise; Tax policy; Tax legislation; Tax havens**

# Índice

<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
LANÇAMENTO DO TEMA	11
HIPÓTESE CENTRAL DE INVESTIGAÇÃO	11
METODOLOGIA	12
SEQUÊNCIA	12
<b>CAPÍTULO I – ANÁLISE DOGMÁTICA DAS NORMAS SEC</b>	<b>13</b>
<b>1.1 – As NORMAS SEC COMO CLÁUSULAS ANTI-ABUSO ESPECÍFICAS</b>	<b>13</b>
1.1.1 - CONCEITO E RATIONALE	13
1.1.2 - CARACTERÍSTICAS	14
1.1.2.1 - O requisito controlo	14
1.1.2.2 - O regime fiscal privilegiado	15
1.1.2.3 - A natureza dos rendimentos	15
1.1.2.3.1 - As diferentes modalidades de SEC	16
A - Abordagem de transação ou natureza da receita ( <i>Transaction or nature of income approach</i> )	16
B - Abordagem global ( <i>Global approach</i> )	17
C - Abordagem por entidade ( <i>Entity approach</i> )	17
D - Abordagem Jurisdicional ( <i>Jurisdictional approach</i> )	17
E - A combinação das diferentes modalidades	18
<b>CAPÍTULO II – INTEGRAÇÃO POSITIVA</b>	<b>19</b>
<b>2.1 – INTRODUÇÃO</b>	<b>19</b>
<b>2.2 – A NORMA SEC PORTUGUESA</b>	<b>19</b>
2.2.1 - ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO	19
2.2.2 - JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	21
<b>2.3 – O RELATÓRIO FINAL DA AÇÃO 3 DA BEPS</b>	<b>24</b>
2.3.1 - DEFINIÇÃO DE SEC	24
2.3.2 - A ISENÇÃO DE SEC E O SEU REQUISITO LIMITE	24
2.3.3 - DEFINIÇÃO DE RENDIMENTO	25
2.3.4 - CÁLCULO DE RENDIMENTO	25
2.3.5 - IMPUTAÇÃO DE RENDIMENTO	25
2.3.6 - PREVENÇÃO E ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO	25
<b>2.4 – A DIRETIVA 2016/1164, DE 12/07/2016</b>	<b>26</b>
2.4.1 - OBJETIVO	26
2.4.2 - ALCANCE	27
2.4.2.1 - Controlo	27
2.4.2.2 - Nível de tributação da sociedade controlada	27
2.4.2.3 - Abuso	27

2.4.2.3.1 - Imputação de rendimentos passivos	28
2.4.2.3.2 - Imputação de rendimentos derivados de montagens não genuínas	28
2.4.2.4 - Derrogações à regra geral	29
2.4.2.5 - Nível mínimo de proteção	29
2.4.2.6 - Cálculo dos Rendimentos	30
<b><u>CAPÍTULO III – INTEGRAÇÃO NEGATIVA</u></b>	<b>32</b>
<b>3.1 – A JURISPRUDÊNCIA DO TJUE</b>	<b>32</b>
3.1.1 - O CONCEITO DE ABUSO E OS SEUS LIMITES	32
3.1.1.1 - Ac. do TJUE de 12/09/2006, <i>Cadbury Schweppes</i> – C-194/04	32
3.1.1.2 - Ac. do TJUE de 23/04/2008, <i>Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue</i> , C-201/05	34
3.1.1.3 - Ac. TJUE de 13/11/2014, <i>Comissão vs. RU</i> , C-112/14	35
<b>3.2 – A DIRETIVA ANTI-ELISÃO E AS LIMITAÇÕES JURISPRUDENCIAIS CONSAGRADAS PERANTE ESTADOS-MEMBROS E ESTADOS TERCEIROS</b>	<b>36</b>
3.2.1 - O ELEMENTO OBJETIVO DO ABUSO – “ARRANJOS PURAMENTE ARTIFICIAIS”	36
3.2.2 - NOÇÃO DE CONTROLO NOS ESTADOS TERCEIROS	39
<b><u>CAPÍTULO IV – UMA PROPOSTA DE FUTURO PARA A NORMA SEC PORTUGUESA</u></b>	<b>41</b>
<b>4.1 – INTRODUÇÃO</b>	<b>41</b>
<b>4.2 – O REQUISITO DE CONTROLO</b>	<b>42</b>
4.2.1 - PERCENTAGEM DE DETENÇÃO DIRETA OU INDIRETA NA ENTIDADE SEC	42
<b>4.3 – O REGIME FISCAL PRIVILEGIADO</b>	<b>43</b>
4.3.1 - NÍVEL DE TRIBUTAÇÃO	43
4.3.2 - APURAMENTO DO LUCRO	44
<b>4.4 – A NATUREZA DOS RENDIMENTOS</b>	<b>45</b>
<b>4.5 – CONCLUSÕES PRELIMINARES</b>	<b>46</b>
<b><u>CONCLUSÕES</u></b>	<b>47</b>
<b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b>	<b>50</b>
ARTIGOS E MONOGRAFIAS	50
OUTROS RECURSOS	56
<b><u>LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CITADA</u></b>	<b>58</b>
ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	58
ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO – SUL	58
ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA	58

## Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
AT	Autoridade Tributária
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CFC	<i>Controlled Foreign Company</i>
CIRC	Código sobre o Imposto das Pessoas Coletivas
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estado-Membro
UE	União Europeia
IBFD	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IFSC	<i>International Finance Service Center</i>
<i>Idem</i>	O mesmo autor, obra e página da citação anterior
<i>Ibidem</i>	O mesmo autor e a mesma obra da citação anterior
MCCCIS	Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
n.º	Número
n.ºs	Números
Op. cit.	Obra citada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	Página
pp.	Páginas
SEC	Sociedade Estrangeira Controlada
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume
Vs.	Versus
§	Parágrafo

## **Introdução**

### **Lançamento do tema**

A desarmonização fiscal em matéria de tributação direta<sup>1</sup> e a existência de liberdades fundamentais na União Europeia são dois dos alicerces encontrados por várias multinacionais para promoverem esquemas de planeamento fiscal agressivo.<sup>2</sup> Os Estados-Membros incluíram várias normas anti-abuso nas suas legislações internas, que apesar de eficazes, não respeitavam o direito primário da União.

Uma dessas normas, de origem norte-americana, é a das SEC. Tal regra, introduzida no nosso ordenamento em 1993,<sup>3</sup> foi alvo de decisões judiciais e de obras doutrinárias. No entanto, a sua aplicação continua a gerar muitas dúvidas. Existe ainda uma grande diversidade de critérios no seio do mercado interno. Nestes termos, uma multinacional vê-se perante regras específicas para cada país em que opere. Para tentar atenuar todos estes problemas foram adotados os artigos 7.º e 8.º da diretiva anti-elisão fiscal,<sup>4</sup> objeto desta dissertação.

### **Hipótese central de investigação**

Este trabalho centra-se no estudo cuidadoso e reflexivo da nova norma SEC introduzida pela diretiva mencionada. Dispensamos uma análise prolixa, baseada numa exaustiva preocupação com o passado, do qual a doutrina existente se encarregou. Procuramos focar-nos na evolução legislativa, nomeadamente, na identificação das motivações da diretiva, na comparação das diferenças destas normas com a legislação nacional, na verificação do cumprimento de critérios estandardizados do TJUE em relação às mesmas e, por fim, na análise do seu

---

<sup>1</sup> Contrariamente às recomendações sobre a transparência fiscal e simplificação de estruturas fiscais indicadas pelo relatório “Newmark”, já em 1962. Vide GARBARINO, C., – “Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union”. *EC Tax Review*, Vol. 25, 5/6 (2016), p. 277.

<sup>2</sup> NOGUEIRA, J. F. Pinto (2010) - *Direito fiscal europeu – o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer, p. 203.

<sup>3</sup> Através do Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro.

<sup>4</sup> Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

conteúdo. Por último, faremos algumas propostas relativas à transposição da diretiva que consideramos que melhor protegeriam os interesses do Estado português.

## **Metodologia**

A presente dissertação segue as regras estabelecidas no recente Manual de Estilo da Universidade Católica Portuguesa - Escola de Direito do Porto. Procedemos a uma revisão bibliográfica e jurisprudencial e também a uma análise de direito comparado. Serão utilizadas de forma fungível as expressões “sociedade que controla” e “sociedade controlada” ou “subsidiária controlada”.

## **Sequência**

Após um breve enquadramento dogmático das normas sobre SEC, onde abordaremos os conceitos essenciais da matéria em estudo, no capítulo II faremos uma análise cronológica da evolução deste tipo de normas no contexto nacional e europeu.

No capítulo III, faremos uma súmula dos principais acórdãos do TJUE e extrairemos o que de mais importante aí é abordado, nomeadamente no que se refere a arranjos puramente artificiais e à noção de controlo relativamente a Estados terceiros. Procederemos a uma análise crítica às novas soluções apontadas na diretiva anti-elisão, à luz da jurisprudência.

No capítulo IV, apresentaremos aquela que entendemos ser a melhor solução de transposição da diretiva anti-elisão para o ordenamento português.

Terminaremos com as habituais conclusões.

## Capítulo I – Análise dogmática das normas SEC

### 1.1 – As normas SEC como cláusulas anti-abuso específicas

#### 1.1.1 - Conceito e rationale

Constatando-se que os vários sujeitos passivos criavam subsidiárias controladas em países de fiscalidade mais favorável, visando com isso acumular lucros que só seriam tributados quando distribuídos e recebidos pelos sócios, surgiu a necessidade de legislar contra esse fenómeno. Perante este “abuso dos paraísos fiscais”,<sup>5</sup> os Estados Unidos, nos anos 30, esboçam pela primeira vez a ideia que mais tarde viria a concretizar-se no regime fiscal das sociedades estrangeiras controladas implementado em 1962.<sup>6</sup> A introdução desta cláusula alargou-se à Europa, tendo sido implementada na Alemanha em 1972 e, posteriormente adotada na França, Reino Unido, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Portugal, Espanha, Estónia, Itália, Grécia, entre outros. Ressalte-se que esta foi ainda alvo de recomendação pela OCDE como norma necessária ao combate à concorrência fiscal prejudicial.

Em traços gerais, a norma sobre SEC's é uma norma anti-abuso específica<sup>7</sup> que opera uma desconsideração da personalidade tributária, através do “levantamento do véu” da personalidade de uma ou mais sociedades parte(s) de uma estrutura societária.<sup>8</sup> Através da transparência fiscal, desconsidera-se uma dada entidade jurídica, normalmente situada num território com baixa ou nula tributação societária, e imputam-se os seus rendimentos na esfera jurídico-patrimonial de pessoa diferente.

Este tipo de normas revela-se essencial para a obtenção da igualdade tributária e da justiça na distribuição dos encargos tributários, num mundo em que o sujeito passivo passou a ser interventor e protagonista e em que o planeamento fiscal legítimo “constitui

---

<sup>5</sup> XAVIER, Alberto (2016) - *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Atualizada, Coimbra, Almedina, p. 409.

<sup>6</sup> DOURADO, A.P. – “The role of CFC rules in the BEPS initiative and in the EU”. *British Tax Review*, 3 (2015), p. 344.

<sup>7</sup> “(...) regras que visam combater a evitação fiscal em zonas e através de comportamentos específicos, prognosticadas como de risco ou potencialmente suspeitos, através da criação de presunções ilidíveis ou inilidíveis, inversões de ónus da prova ou, de forma mais radical, desconsideração de certos custos.” Cfr. SANCHES, José Luís Saldanha (2006) - *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 199.

<sup>8</sup> “(...) consagrando como que uma “transparência fiscal internacional” de certas sociedades (...)” Cfr. MORAIS, Rui Duarte (2005) - *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Porto, Publicações Universidade Católica, p. 69.

não só um direito subjetivo, mas também uma condição necessária para a segurança jurídica nas relações tributárias.”<sup>9</sup>

### 1.1.2 - Características

A norma sobre SEC's possui vários elementos constitutivos como o requisito controlo, o regime fiscal privilegiado e a natureza dos rendimentos.<sup>10</sup> Nos seguintes segmentos analisaremos cada um deles de um modo mais aprofundado.

#### 1.1.2.1 - O requisito controlo

Para que a regra se aplique é necessário que a sociedade localizada num sistema fiscal privilegiado seja controlada pela “sociedade-mãe”,<sup>11</sup> residente no Estado onde se pretende aplicar a regra SEC. Deve ser realçado que este controlo na maioria das legislações depende de uma participação maioritária de residentes em entidades não residentes. Esta situação pode ser contornada através de uma transferência de participações das sociedades que controlam para outras sociedades inseridas no mesmo grupo, não residentes e localizadas fora de regimes fiscais mais favoráveis. Devido ao risco desta “distribuição” de participações, torna-se essencial existirem regras que considerem também participações indiretas, ou seja, aquelas que sejam detidas por pessoas físicas e/ou coletivas que estão ou se presume estarem sob o controlo de um dado sujeito passivo.<sup>12</sup>

Podem existir dois tipos de controlo: i) controlo legal e, ii) controlo económico.<sup>13</sup>

O controlo legal é aquele em que uma sociedade detém uma percentagem de capital ou direitos de voto que lhe permite nomear os responsáveis pela gestão da SEC.

---

<sup>9</sup> SANCHES, José Luís Saldanha, Op. cit. p. 9.

<sup>10</sup> FERREIRA, Alcídio Mateus (2011) - *As normas CFC no CIRC e a sua incompatibilidade com o direito comunitário – o novo artigo 66º CIRC aprovado pela lei do OE 2012*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

<sup>11</sup> “(...) a ocorrência deste efeito, ou a sua manipulação, é tão mais provável quanto maior for o controlo dos proprietários sobre a entidade”. Cfr. MENDES, António Rocha (2016) - *IRC e as reorganizações empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 109.

<sup>12</sup> FERREIRA, Alcídio Mateus (2011), Op. cit., p. 8.

<sup>13</sup> OCDE, “Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 - 2015 final report, Paris OCDE, apresentado em Outubro de 2015, § 37.

O controlo económico diz respeito aos lucros, capital e ativos da sociedade, sendo que a detenção destes direitos pode levar à conclusão de que os sócios residentes controlam a sociedade não residente.

Tomando em consideração os dois critérios em simultâneo será possível aplicar a norma num leque mais vasto de situações. Esta questão do grau de influência é fulcral, pois, como adiante veremos, terá implicações na identificação da liberdade fundamental da União Europeia que está em causa.

### 1.1.2.2 - O regime fiscal privilegiado

Os regimes fiscais privilegiados são normalmente definidos por um sistema de listas.<sup>14</sup>

As listas negras elencam os “*paraísos fiscais clássicos*”,<sup>15</sup> caracterizados por uma tributação baixa ou mesmo nula.<sup>16</sup>

As listas cinzentas aglutinam os “*paraísos fiscais especializados*”,<sup>17</sup> que são definidos por um sistema complexo de normas fiscais, normalmente caracterizados por um regime de exceção aplicável “(...) a sociedades que atuem em áreas definidas (zonas francas) ou que exerçam certo tipo de atividades (...)”.<sup>18</sup>

Naturalmente que estas classificações serão sempre estabelecidas tendo por base a comparação entre o país dos sócios e o país da sociedade controlada, atendendo ao valor de taxas nominais ou efetivas. Este sistema de listas acaba por ser o mais eficaz, havendo legislações que admitem a não vinculação às mesmas, mediante prova em contrário.

### 1.1.2.3 - A natureza dos rendimentos

Os rendimentos afetados pela norma SEC variam de Estado para Estado, consoante a sua política fiscal. Encontramos sistemas com uma tributação universal e abrangente de rendimentos e outros com uma tributação mais restrita limitada aos rendimentos passivos,

---

<sup>14</sup> “(...) elaboradas por organizações internacionais e pela lei ou pelas administrações fiscais de muitos países”, MORAIS, Rui Duarte, Op. cit., p. 343.

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> “Nestes países ou territórios existe, normalmente, um regime fiscal simples, implicando nenhuma ou uma reduzida tributação do rendimento (...)”, MORAIS, Rui Duarte, Op. cit. p.343.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

por exemplo. Para auxiliar a compreender melhor a natureza e alcance dos mesmos, teremos de atender às diferentes modalidades de regras SEC.

#### **1.1.2.3.1 - As diferentes modalidades de SEC**

Neste segmento abordamos os diferentes sistemas adotados pelos países na tentativa de resolução de problemas de não tributação colocados pelas SEC's. Trataremos assim de cada uma das diferentes abordagens: transação ou natureza da receita; global; de entidade; e jurisdicional. É igualmente possível uma combinação entre estas.<sup>19</sup>

##### **A - Abordagem de transação ou natureza da receita (*Transaction or nature of income approach*)**

Esta modalidade caracteriza-se pela tributação dos sócios residentes pelos lucros das entidades controladas, atendendo ao tipo de atividade exercida pela sociedade controlada.<sup>20</sup>

Os rendimentos normalmente em questão são os dividendos, juros, royalties e rendas. A natureza passiva dos rendimentos aumenta a tentação de investir em países cujo rendimento é tributado a taxas inferiores ou com outras vantagens. Isto porque, para a obtenção desses rendimentos a localização física (com muita substância) não é necessária. Apenas se necessita de capital, o qual pode ser empregue para adquirir participações, para fornecer um empréstimo, para obter propriedade intelectual, etc., desde um território com tributação mais baixa.

Esta abordagem tem por objetivo imputar na sociedade que controla todo o rendimento recebido de investimentos passivos e fazer com o mesmo fique sujeito a tributação no território da sociedade que controla.

O método baseia-se na ideia de que o rendimento “contaminado” deve ser atribuído à sociedade residente que controla, mas o rendimento empresarial genuíno, pode ser

---

<sup>19</sup> CATARINO, João Ricardo, BRANCO GUIMARÃES, Vasco (coord.) (2015) - *Lições de Fiscalidade – Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Coimbra, Almedina, p. 391.

<sup>20</sup> *Idem*.

diferido. É a natureza do rendimento que constitui o fator decisivo para a imputação, não interessando a taxa de imposto da sociedade controlada.<sup>21 22</sup>

### **B - Abordagem global (*Global approach*)**

Esta abordagem verifica-se quando os Estados tributam a totalidade do lucro das sociedades controladas ou coligadas no exterior, independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação do país ou do território onde estão domiciliados.<sup>23</sup>

### **C - Abordagem por entidade (*Entity approach*)**

Os Estados imputam à sociedade que controla rendimentos da sociedade não residente controlada, conforme o nível de tributação a que esta última está sujeita, e independentemente da natureza do rendimento por ela auferido. Trata-se de uma abordagem bastante simples e que permite uma diminuição dos custos administrativos. No entanto, é pouco justo ou fiável, já que poder-se-á correr o risco de imputar rendimento em situações de *underkill* ou de *overkill*.<sup>24</sup>

### **D - Abordagem Jurisdicional (*Jurisdictional approach*)**

Os Estados aplicam o regime SEC a todos os rendimentos de sociedades controladas situadas num determinado território, independentemente da sua natureza.<sup>25</sup>

O paradigma desta aproximação é a preocupação com o local onde a entidade controlada se situa, em vez da natureza do rendimento que a entidade gera.

Para imputar rendimento à sociedade que controla, é necessário definir regimes fiscais claramente mais favoráveis. Para tal, são usados dois tipos de teste. O teste objetivo diz-nos que estamos perante um regime tributário de baixa tributação se a tributação sobre

---

<sup>21</sup> XAVIER, Alberto, Op. cit., p.,413.

<sup>22</sup> OCDE, “Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 - 2015 final report, Paris OCDE, apresentado em Outubro de 2015, § 95.

<sup>23</sup> CATARINO, João Ricardo, BRANCO GUIMARÃES, Vasco (coord.), Op. cit., p. 391.

<sup>24</sup> OCDE, “Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 - 2015 final report, Paris OCDE, apresentado em Outubro de 2015, § 96.

<sup>25</sup> CATARINO, João Ricardo, BRANCO GUIMARÃES, Vasco (coord.), Op. cit., p. 391.

o rendimento societário é substancialmente inferior ao verificado em outros países. O teste subjetivo é aplicado através de um “teste de reputação”, ou seja, um país terá um regime fiscalmente mais favorável se se promover como tal e se os especialistas tributários assim o considerarem.<sup>26</sup>

Utilizando esta abordagem é possível imputar rendimentos por uma de duas formas. A primeira aplicando o regime SEC se uma subsidiária se encontra numa jurisdição que satisfaz certos requisitos estipulados (“jurisdição de baixa tributação” ou “regime fiscal privilegiado”).<sup>27</sup> A segunda forma é a de utilizar a lista de territórios.<sup>28</sup>

Este sistema poderá não ser totalmente eficaz pois, se um país de baixa tributação não está na lista, a sociedade residente não será considerada como SEC e, conseqüentemente, qualquer país que não aparecer na lista será visto como um país com uma taxa de imposto comparável.<sup>29</sup>

## **E - A combinação das diferentes modalidades**

Vários países optam por abordagens mistas, como Portugal. Na nossa regra há uma preocupação maioritária com os rendimentos passivos, característica típica do sistema da abordagem de transação ou natureza da receita (*transaction or nature of income approach*). No entanto, esta tem ainda em consideração o nível de tributação dos países da sede das subsidiárias controladas, em linha com a abordagem jurisdicional (*jurisdictional approach*).<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Neste sentido, WORKMAN, Douglas J.– “The Use of Offshore Tax Havens for the Purpose of Criminally Evading Income Taxes”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 73, 2 (1982), p. 678.

<sup>27</sup> “Studies in Taxation of Foreign Source Income: CFC Legislation”, Paris OCDE, 1996, p. 46.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>29</sup> BURNS, L.– “Rethinking the Design of Australia’s CFC Rules in the Global Economy”. *Bulletin for International Taxation* - Vol. 59, 7 (2005), p. 275.

<sup>30</sup> CATARINO, João Ricardo, BRANCO GUIMARÃES, Vasco (coord.), Op. cit., p. 391.

## Capítulo II – Integração positiva

### 2.1 – Introdução

Neste capítulo pretendemos fazer uma caracterização da realidade da legislação e jurisprudência portuguesas e europeia no que toca a regras anti-abuso de sociedades estrangeiras controladas. Esta análise será de extrema utilidade para a melhor compreensão e abordagem dos capítulos seguintes.

A norma SEC surge em Portugal nos anos 90<sup>31</sup> devido à globalização do planeamento fiscal internacional feito com recurso a sociedades-base, nomeadamente com o receio de esvaziamento das bases tributárias nacionais em países de baixa tributação.<sup>32</sup>

A jurisprudência nacional em matéria SEC é parca. Neste capítulo veremos se tal se deve à falta de litigância, ao legislador, à natureza da própria norma ou a uma combinação de todos estes fatores.

No relatório da OCDE sobre a BEPS uma das ações propostas para o combate ao planeamento fiscal agressivo é a ação 3 – *Strengthening CFC Rules*. As recomendações desta ação são incorporadas na proposta de diretiva do Conselho de 28 de Janeiro de 2016<sup>33</sup> que viria a moldar-se na diretiva anti-elisão fiscal.<sup>34</sup>

### 2.2 – A norma SEC portuguesa

#### 2.2.1 - Enquadramento legislativo

A norma portuguesa em matéria de SEC's imputa lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em Portugal e sujeitas a um regime fiscal mais favorável, a entidades residentes que sejam sujeitos passivos de IRC.<sup>35</sup> Esta imputação de rendimentos exige controlo por parte da sociedade-mãe. Para existir controlo, é necessária a detenção

---

<sup>31</sup> Graças a um, como nos diz Rui Duarte Morais, "(...) sentimento da necessidade de um arsenal legislativo especificamente dirigido à prevenção e combate à utilização por residentes de sociedades-base sediadas em paraísos fiscais (...)". Cfr. MORAIS, Rui Duarte, Op. cit., pág. 269.

<sup>32</sup> Neste sentido, *idem, ibidem*, p. 270.

<sup>33</sup> Proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno. Bruxelas, 28.1.2016 COM (2016) 26 final 2016/0011 (CNS), mais concretamente, os arts.º 8 e 9.º

<sup>34</sup> Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016, mais concretamente, os arts.º 7.º e 8.º

<sup>35</sup> Cfr. art. 66.º n.º 1 CIRC.

de uma participação de 25% do capital da entidade controlada. Por outro lado, se a sociedade residente for detida direta ou indiretamente em, pelo menos, 50% por sócios residentes em Portugal, o valor supramencionado é de 10%.

Este controlo pode ser exercido por “mandatário, fiduciário ou interposta pessoa” e também ao abrigo de participações sociais detidas, “direta ou indiretamente por entidades com as quais o sujeito passivo tenha relações especiais”.

O lucro só se imputa à sociedade que controla se as subsidiárias controladas estiverem sedeadas em regimes fiscais privilegiados.<sup>36</sup> A definição do regime fiscal privilegiado é feita através de um sistema de listas, supra referido.<sup>37</sup> Verifica-se se existe, no país onde se localiza a entidade controlada, um imposto análogo ao IRC e tem-se em conta o imposto já pago.

O sistema aplicado é o da *black list*, ou seja, caso a SEC se localize num dos territórios constantes dessa lista, então essa entidade será considerada automaticamente como estando submetida a um regime fiscal claramente mais favorável.<sup>38</sup>

Quanto ao imposto pago, o CIRC tem por base a taxa nominal nacional, independentemente da taxa de tributação efetiva suportada e impõe um limite de pelo menos 60% do percentual da taxa nacional para que os rendimentos não sejam tributados em Portugal.

O apuramento do lucro em Portugal será efetuado de acordo com as regras vigentes em Portugal.

A imputação aos sócios residentes será proporcional à participação social de cada um, sendo que, no caso de existir dupla tributação internacional a sua correção será feita através do método de crédito de imposto, de acordo com o imposto pago pela entidade controlada no Estado onde se localiza.<sup>39</sup>

O escopo desta norma exclui ainda a natureza dos lucros provenientes de atividade agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços. A atividade da banca, crédito e seguradora, devido ao elevado risco de transferência artificial inerente ao seu desenvolvimento, fica também de fora.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Cfr. art. 66 n.º 5 CIRC.

<sup>37</sup> *Vide supra* p.15.

<sup>38</sup> *Vide* lista aprovada pela Portaria n.º 150/2004, alterada pela Portaria n.º 292/2011.

<sup>39</sup> Cfr. art. 66 n.º 3 e 4 CIRC.

<sup>40</sup> Cfr. art. 66.º n.º 6 CIRC.

Ressalte-se que em 2012 procedeu-se à alteração desta norma na tentativa de a compatibilizar com o direito da União Europeia, nomeadamente, com a jurisprudência de *Cadbury Schweppes*.<sup>41 42</sup>

De acordo com o aí vertido, a regra não se aplicará caso o sujeito passivo prove que a entidade controlada existe, havendo por isso “razões económicas válidas”<sup>43</sup> e que esta “desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços”.

A alteração aludida não cumpriu os desígnios a que se propôs, continuando o regime nacional incompatível com o regime SEC plasmado no direito da União Europeia, conforme explicaremos adiante.

### 2.2.2 - Jurisprudência nacional

Destacamos quatro acórdãos recentes sobre matéria de SEC.<sup>44</sup> No acórdão do STA de 16/01/2013<sup>45</sup>, estamos perante a questão de saber se a Autoridade Tributária poderia ou não aplicar o disposto no n.º 8 do artigo 60 do CIRC (à data dos factos)<sup>46 47</sup> num caso em que um banco beneficia de uma isenção em relação a uma determinada fonte de rendimentos obtidos através de uma financeira exterior situada na zona franca da Madeira.

A AT entendia que, como os rendimentos imputados pelo banco (sociedade que controla) à sucursal (subsidiária controlada), beneficiam de uma isenção temporária relativa aos proveitos e que, o banco não estaria sujeito ao regime geral de tributação mas sim ao regime especial de tributação. Aplicar-se-ia assim o disposto no art. do art. 60.º n.º 8 CIRC e, por conseguinte, deveriam ser imputados os lucros da sociedade controlada à sociedade que controla, e os mesmos ser tributados.

---

<sup>41</sup> Cfr. art. 66.º n.º 12 CIRC.

<sup>42</sup> TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>43</sup> Vide TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem* e TJUE, 10.11.2011, C-126/10, *Foggia – SGPS*.

<sup>44</sup> DOMINGUES, Rodrigo, LOPES, Alexandra *et all* (2016) - *Coletânea Tributária Anotada 2016 – Vol. II*, Carcavelos, Letras e Conceitos Lda., pp.462-465.

<sup>45</sup> Ac. STA, de 16/01/2013, proc. n.º 01264/12.

<sup>46</sup> “Quando o sócio residente em território português, que se encontre nas condições do n.º1, esteja sujeito a um regime especial de tributação, a imputação que lhe seria efetuada, nos termos aí estabelecidos, será feita diretamente às primeiras entidades, que se encontrem na cadeia de participação, residentes nesse território e sujeitas ao regime geral de tributação, independentemente da sua percentagem de participação efetiva no capital da sociedade não residente, sendo aplicável o disposto nos n.ºs 2 e seguintes deste artigo, com as necessárias adaptações.”

<sup>47</sup> Redação dada pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

Por seu turno, o banco entendia que mais não era do que uma sociedade sujeita a tributação no regime geral, que controla uma subsidiária localizada num regime fiscal mais favorável, sem personalidade jurídica nem personalidade tributária, e que beneficiava de um regime de isenção temporária, (não constituindo, assim, um regime especial de tributação e não se aplicando, por isso, o disposto no art. 60.º n.º 8 CIRC). Neste sentido, o seu entendimento era de que a liquidação deveria ser parcialmente anulada na parte respeitante à correção impugnada.

No caso em apreço, o Tribunal não deu provimento ao recurso da AT dado que existiam fontes de rendimento que estavam sujeitas ao regime geral de tributação. Para a decisão destacou o facto de as sucursais carecerem de personalidade tributária, além de não estar a totalidade dos rendimentos do sujeito passivo a coberto de uma isenção, não beneficiando em toda a amplitude de uma taxa reduzida.

O segundo acórdão, de 15/01/2014<sup>48</sup> também do STA deparou-se com uma questão em tudo igual, em termos de direito, ao acórdão anterior, tendo sido a sentença redigida com base nos mesmos argumentos.

O terceiro acórdão, do TCA Sul de 23/04/2015<sup>49</sup>, refere-se igualmente à interpretação do disposto no art. 60.º n.º 5 CIRC (redação dada à época dos factos),<sup>50</sup> relativamente à dedução na base tributável dos lucros que já foram tributados no regime mais favorável.

O contribuinte, (um banco), alegava que os rendimentos da sua subsidiária controlada não tinham sido obtidos em território nacional e, como tal, não poderiam ser sujeitos a retenção na fonte em Portugal. Ainda que assim não se considerasse, os mesmos já teriam sido tributados no território onde se localizava a sociedade controlada, devendo ser aplicada a convenção para evitar a dupla tributação e, conseqüentemente, deveria ser deduzido o valor dos lucros anteriormente tributados.

A AT, por seu turno, considerava que a dedução que o contribuinte pretendia fazer correspondia a lucros distribuídos pela sociedade controlada referentes ao exercício anterior, sendo que o mecanismo previsto pela norma SEC seria perentório. Não tendo sido atempadamente imputados os rendimentos pretendidos pelo sujeito passivo para

---

<sup>48</sup> Ac. STA, de 15/01/2014, proc. n.º 0102/12.

<sup>49</sup> Ac. TCA Sul, de 23/04/2015, proc. n.º 08149/14.

<sup>50</sup> Redação dada pelo DL n.º 198/2001, de 3 de Julho.

beneficiar da dedução, não podia ser deduzido o valor pretendido pelo contribuinte relativamente ao lucro imputado no ano em questão.

No caso em concreto, o Tribunal entendeu que a aplicação do n.º 5 do art. 60.º CIRC exigia que os lucros que fossem alvo de distribuição tivessem sido imputados ao lucro tributável no exercício da sua formação, o que não ocorreu. Assim, deveria ser revertida a dedução ao lucro tributável declarada pelo sujeito passivo, por não estarem preenchidos os pressupostos da norma em causa. O Tribunal, entendeu manter a decisão tomada em 1ª instância.

O quarto acórdão do TCA Sul de 18/06/2015<sup>51</sup> refere-se à interpretação do disposto no art. 60 n.º5 CIRC (redação vigente à época dos factos),<sup>52 53</sup> relativamente à dedução na base tributável dos lucros que já tinham sido tributados no regime mais favorável.

Do lado do contribuinte é alegado o prejuízo ilegítimo causado pela dupla tributação preconizada pela AT. O sujeito passivo refere que durante os exercícios em que deteve a sociedade, os lucros não distribuídos foram sujeitos a IRC e que, assim, aquando da alienação da participação social dessa sociedade, deveria ser deduzido o valor dos lucros anteriormente tributados.

A AT, por seu turno, afirmava ter existido anulação dos acréscimos efetuados pela sociedade “para efeitos do cálculo do reporte dos prejuízos fiscais”. O contribuinte, porém, assegurava não ter sido notificado de tal situação, e como tal não ter beneficiado do reporte dos benefícios fiscais e em não ter podido por isso apurar o seu lucro tributável no ano em questão ao abrigo do art. 60.º n.º 5 do CIRC.

O objetivo de evitar a dupla tributação, através da dedução dependia de prova apresentada pelo sujeito passivo de como imputou os lucros para efeitos de determinação de lucro tributável, em exercícios anteriores. Ora, no caso em concreto não ocorreu uma efetiva distribuição dos lucros, mas apenas uma alienação de uma participação social, que gerou uma mais-valia, pelo que o tribunal entendeu não estarem reunidos os requisitos quanto a esta matéria, negando provimento ao recurso interposto pelos contribuintes, e mantendo assim a sentença recorrida, nessa parte.

---

<sup>51</sup> Ac. TCA Sul, de 18/06/2015, proc. n.º 07526/14.

<sup>52</sup> “Quando ao sócio residente sejam distribuídos lucros relativos à sua participação em sociedade não residente a que tenha sido aplicável o disposto no n.º1, são deduzidos na base tributável relativa ao exercício em que esses rendimentos sejam obtidos até à sua concorrência, os valores que o sujeito passivo prove que já foram imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de exercícios anteriores, sem prejuízo de aplicação nesse exercício do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar, nos termos da alínea b) do n.º2 do artigo 83.º e do artigo 85.º.”

<sup>53</sup> Redação dada pelo DL n.º 198/2001, de 3 de Julho.

No que respeita à jurisprudência do CAAD, não existe até este momento quaisquer acórdãos que versem sobre SEC.

## **2.3 – O relatório final da Ação 3 da BEPS**

O relatório BEPS preconiza que os países devem adotar regras similares para reduzir as preocupações com o planeamento fiscal agressivo. Este relatório está dividido em 15 ações e cada uma incide sobre os grandes veículos de elisão fiscal utilizados pelas multinacionais.<sup>54</sup> A ação 3 da proposta BEPS indicava a necessidade de fortalecer as regras SEC através de seis pilares orientadores:<sup>55</sup> definição de SEC's; isenção de SEC's e requisito limite; definição de rendimento; cálculo de rendimento; Imputação de rendimento; Prevenção e eliminação da dupla tributação.

### **2.3.1 - Definição de SEC**

Nesta parte, examina-se o conceito de influência, de modo a determinar quando é que os acionistas têm influência suficiente sobre uma sociedade estrangeira para que esta sociedade seja enquadrável como SEC.<sup>56</sup>

### **2.3.2 - A isenção de SEC e o seu requisito limite**

O relatório recomenda que as regras SEC apenas se apliquem a SEC's que sejam sujeitas a taxas efetivas significativamente baixas relativamente às aplicáveis na jurisdição do país de residência da sociedade que controla.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> DELOITTE. “BEPS update – Action 3 Don’t get caught by complexity”, 2/mar/2015. <[http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pt/Documents/tax/beps/newsletter\\_BEPS\\_3.pdf](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pt/Documents/tax/beps/newsletter_BEPS_3.pdf)>, consultado pela última vez em 20 de Março de 2017.

<sup>55</sup> OCDE, “Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 - 2015 final report, Paris OCDE, apresentado em Outubro de 2015, pp.9-10.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>57</sup> *Idem*.

### **2.3.3 - Definição de rendimento**

O relatório recomenda que as regras SEC incluam uma definição de “rendimento SEC” e que existam listas não exaustivas de abordagens, ou uma combinação de abordagens, que as regras SEC possam usar para a determinação do rendimento a imputar à sociedade que controla.<sup>58 59</sup>

### **2.3.4 - Cálculo de rendimento**

No cálculo de rendimento, o relatório sugere que se usem regras da jurisdição mãe para calcular os rendimentos SEC a serem imputados à sociedade que controla. Recomenda ainda que as perdas de SEC sejam compensadas perante os lucros da mesma SEC ou de outras SEC na mesma jurisdição.<sup>60</sup>

### **2.3.5 - Imputação de rendimento**

O relatório recomenda que, quando possível, o limiar de imputação deve ser vinculado ao limiar de controlo e o montante de rendimento a ser imputado deve ser calculado por referência à proporção de propriedade ou influência na sociedade controlada.<sup>61</sup>

### **2.3.6 - Prevenção e eliminação da dupla tributação**

As regras SEC não devam conduzir à dupla tributação. A OCDE recomenda que jurisdições com este tipo de legislação adotem um crédito para o imposto estrangeiro efetivamente pago, incluindo algum imposto pago por sociedades intermediárias.<sup>62</sup> É também sugerido que os países considerem uma atenuação da dupla tributação quando

---

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> DOURADO, A. P. – “The role of CFC rules in the BEPS initiative and in the EU”. *British Tax Review*, 3 (2015), pp. 350-351.

<sup>60</sup> OCDE, “Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 - 2015 final report, Paris OCDE, apresentado em Outubro de 2015, p.10.

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> SCHMIDT, P. K. – “Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for Anti-Tax Avoidance Directiva – An Interim Nordic Assessment”. *Nordic Tax Journal*, 2 (2016), pp.100-101.

uma subsidiária controlada distribua dividendos a partir de rendimentos que já tenham sido anteriormente imputados à sociedade que controla, devendo haver uma isenção de imposto sobre os rendimentos nesta sociedade, que já foram tributados ao abrigo da norma SEC.<sup>63</sup>

## 2.4 – A Diretiva 2016/1164, de 12/07/2016<sup>64</sup>

### 2.4.1 - Objetivo

A 28 de Janeiro de 2016 surge a proposta de diretiva do Conselho que estabelecia regras contra as práticas de elisão fiscal que afetassem diretamente o funcionamento do mercado interno.<sup>65</sup> Esta proposta viria a ser adotada quase na íntegra pela versão final da diretiva, de Julho de 2016.<sup>66</sup>

No que toca a regras relativas a sociedades estrangeiras controladas, estabelecem-se procedimentos a adotar dentro da União e na relação com países terceiros.

Tais regras encontram-se no art. 7.º sob a epígrafe *Regra das sociedades estrangeiras controladas* e no art. 8.º *Cálculo dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas*.

A transposição desta diretiva para os Estados-Membros deverá ser efetuada até 31/12/2018, passando a ser aplicável a partir de 01/01/2019.<sup>67 68 69</sup>

---

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> Para um relatório mais completo sobre aplicação da diretiva a alguns Estados-Membros *vide* GUTMANN, D. *et al* – “The impact of ATAD on domestic systems: a comparative survey”. *European taxation*, Vol. 57, 1 (2017), pp. 2-20.

<sup>65</sup> Proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno. Bruxelas, 28.1.2016 COM (2016) 26 final 2016/0011 (CNS).

<sup>66</sup> Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>67</sup> Conforme o disposto no art. 11.º n.º 1 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.

<sup>68</sup> EUROPEU, Conselho, UNIÃO EUROPEIA, Conselho da – “Pacote Anti-elisão Fiscal – O que é?”, 2016. <<http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/anti-tax-avoidance-package/>>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

<sup>69</sup> Note-se que quando se faça referência a um montante monetário em euros, os Estados-Membros cuja moeda não seja o euro podem optar por calcular o contravalor na moeda nacional em 12 de julho de 2016. *Vide art. 11.º n.º 3* da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

## 2.4.2 - Alcance

As regras relativas às SEC imputam à sociedade que controla o rendimento de uma filial controlada nos moldes que a seguir iremos demonstrar.

### 2.4.2.1 - Controlo

No requisito controlo, já anteriormente explicado,<sup>70</sup> a sociedade que controla deve disjuntiva ou conjuntivamente possuir mais de 50% do capital ou dos direitos de voto (ou seja, deve ter o controlo legal); ou ter o direito a receber mais de 50% dos lucros dessa entidade (isto é, o controlo económico).<sup>71</sup>

### 2.4.2.2 - Nível de tributação da sociedade controlada

Quanto ao nível de tributação da sociedade controlada, este deverá ser menor que a diferença entre o imposto que teria sido cobrado à subsidiária controlada caso esta se localizasse no Estado onde se localiza a sociedade que controla e o imposto sobre as sociedades tivesse sido efetivamente pago pela subsidiária controlada.<sup>72</sup> Trata-se de uma comparação que tem por base as taxas efetivas de imposto.<sup>73</sup>

### 2.4.2.3 - Abuso

O terceiro requisito é o do abuso,<sup>74</sup> isto é, o teste específico que vai depender do tipo de rendimento a incluir. Na diretiva existem duas opções relativas ao rendimento a imputar: i) imputação de rendimentos passivos e ii) imputação de rendimentos derivados de montagens não genuínas. A cada uma destas opções vai estar associado um teste de abuso específico, como veremos infra.

---

<sup>70</sup> Vide supra p. 14.

<sup>71</sup> Art. 7.º n.º 1, al. a) da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>72</sup> Art. 7.º n.º 1, al. a) da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>73</sup> GUTMANN, D. *et all* – “The impact of ATAD on domestic systems: a comparative survey”. *European taxation*, Vol. 57, 1 (2017), p. 13.

<sup>74</sup> Materializando o “(...) “princípio geral do direito comunitário de que o abuso do direito é proibido”.” Cfr. DE LA FÉRIA, R. – “Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano I, 2 (2008), p. 221. Vide TJUE, 05.07.2007, C-321/05, *Kofoed*.

#### 2.4.2.3.1 - Imputação de rendimentos passivos

No que concerne à inclusão de rendimentos passivos, temos uma ampla abrangência, com os dividendos, juros, royalties, rendimentos provenientes de locação financeira, rendimentos provenientes de atividades financeiras e de seguros, e ainda com os rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços.<sup>75</sup>

Quanto a esta opção, o teste de abuso é, no fundo a regra dos arranjos puramente artificiais, surgida em *Cadbury Schweppes*.<sup>76</sup> A sociedade estrangeira controlada deve levar a cabo uma atividade económica substantiva baseada em pessoal, equipamento, bens e instalações adequados à sua atividade.<sup>77</sup> <sup>78</sup> Nesta primeira opção encontramos uma cláusula de salvaguarda, de aplicação opcional, em que os Estados-Membros podem não aplicar o teste acima indicado caso a subsidiária controlada se localize num Estado-Membro.

#### 2.4.2.3.2 - Imputação de rendimentos derivados de montagens não genuínas

A segunda opção diz respeito a quaisquer rendimentos. O teste de abuso é mais compreensivo. Serão imputados à sociedade que controla os rendimentos da controlada, desde que derivados de montagens não genuínas que se estabeleçam com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal. Tal verifica-se quando a sociedade controlada não seria detentora dos ativos ou não assumiria os riscos que geram uma parte ou a totalidade do seu rendimento se não fosse controlada pela sociedade em que são exercidas as funções dos dirigentes que são relevantes para esses ativos e riscos e que são essenciais para gerar os rendimentos da sociedade controlada.

Estamos perante uma novidade não utilizada anteriormente neste âmbito, que utiliza conceitos provenientes dos preços de transferência.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Art. 7.º n.º 2, al. a) da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>76</sup> TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>77</sup> Art. 7.º n.º 2, al. a) da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>78</sup> VANISTENDAEL, F. – “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law”. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 3 (2016), p. 167.

<sup>79</sup> HJI PANAYI, C. – “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 1/2 (special issue) (2016), p.100.

#### **2.4.2.4 - Derrogações à regra geral**

Como derrogação a esta primeira opção, o Estado-Membro poderá optar por excluir as empresas financeiras, caso um terço ou menos do rendimento da empresa das categorias abrangidas pelo artigo 7.º n.º 2, alínea a), seja proveniente de operações com o contribuinte ou com as suas empresas associadas.<sup>80</sup>

Como derrogação à segunda opção, no caso de Pequenas e Médias empresas, os Estados-Membros podem optar por não aplicar a regra às entidades ou estabelecimentos estáveis com lucros contabilísticos não superiores a 750.000 euros e rendimentos não comerciais não superiores a 75.000 euros ou cujos lucros contabilísticos não sejam superiores a 10% dos seus gastos operacionais no período de tributação.<sup>81</sup>

#### **2.4.2.5 - Nível mínimo de proteção**

A diretiva anti-elisão, dispõe, no seu art. 3.º que “a presente diretiva não obsta à aplicação das disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir um nível mais elevado de proteção das bases tributáveis nacionais.” Estamos perante a ideia de que a diretiva contempla um nível mínimo de proteção, isto é, obriga os Estados a estabelecerem um limite base para a qualificação de uma conduta como abuso, podendo os Estados, se assim o entenderem, ir para além do fixado na mesma, isto é, optarem por um “nível máximo de proteção”.<sup>82</sup>

Fica claro que os Estados-Membros podem adotar regras mais estritas do que as da diretiva, criando assim obstáculos unilaterais no mercado interno. Note-se que tais regras poderão ser escrutinadas pelo TJUE e ser consideradas desproporcionais.<sup>83</sup>

Tanto a abordagem pelo nível mínimo de proteção como pelo acima referido “nível máximo de proteção” têm vantagens e desvantagens.

A abordagem pelo nível mínimo intensifica múltiplas opções concedidas aos Estados Membros na diretiva anti-elisão e continuará a promover uma incerteza legal, disparidades, dupla tributação e dupla não tributação.

---

<sup>80</sup> Cfr. Art. 7.º n.º 3 da da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>81</sup> Cfr. Art. 7.º n.º 4, al. a) e b) da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>82</sup> DOURADO, A. P. – “The EU anti-tax avoidance package: moving ahead of BEPS?”. *Intertax*, Vol. 44, 6&7 (2016), p. 442.

<sup>83</sup> *Idem*.

A opção pelo “nível máximo” não encontraria o apoio necessário e a União Europeia perderia a histórica oportunidade de estar na linha da frente do movimento anti-BEPS. Mais do que isso, a implementação de indicações da BEPS em que cada EM poderia colocar em perigo o mercado interno e o objetivo de coordenação subjacente ao projeto BEPS.

É incerto se os Estados-Membros se guiarão e interpretarão as medidas anti-elisão de acordo com a ideia do nível mínimo de proteção. O setor empresarial pode colocar pressão sobre os parlamentos e governos nacionais de forma a limitar as medidas nacionais àquelas mencionadas na diretiva, por propósitos de competitividade e redução de disparidades.<sup>84</sup>

Tomando em conta os prós e contras, a abordagem pelo nível mínimo com simples normas coercivas foi, na nossa opinião, a melhor solução para o mercado interno.

#### **2.4.2.6 - Cálculo dos Rendimentos**

Os rendimentos obtidos pelas sociedades estrangeiras controladas devem ser calculados de acordo com regras vigentes no Estado-Membro da sociedade-mãe. No caso de se optar pela imputação de rendimentos passivos, as perdas geradas na sociedade controlada poderão ser reportadas em períodos subsequentes de tributação, sem prejuízo do critério proporcional.<sup>85 86</sup>

Já se a opção recair na imputação de rendimentos derivados de montagens não genuínas, então, a inclusão de rendimentos na base tributável da sociedade que controla estará limitada aos montantes gerados através de ativos e riscos ligados às funções dos dirigentes assumidas pela sociedade-mãe, sendo calculado com base no princípio da plena concorrência, regra típica dos preços de transferência.<sup>87</sup>

A diretiva prevê ainda um mecanismo de “desimputação”, ou seja, quando a subsidiária controlada distribui lucros ao contribuinte, e esses lucros sejam incluídos no seu rendimento tributável, o montante dos lucros anteriormente imputado deve ser deduzido, de modo a evitar a dupla tributação internacional.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 1 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>86</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 3 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016

<sup>87</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 2 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>88</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 5 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

Dá-se, igualmente, a possibilidade de o contribuinte poder deduzir, para efeito do apuramento do imposto devido em resultado da participação alienada na entidade SEC, os lucros ou rendimentos não distribuídos e que lhe foram imputados nos períodos de tributação anteriores.<sup>89</sup>

Por último, o EM da sociedade que controla autoriza a dedução do imposto pago pela subsidiária controlada à coleta do primeiro, no Estado em que se localiza, nos termos da legislação aí vigente.<sup>90</sup> Os rendimentos são incluídos no período de tributação da sociedade controlada em que termina o ano fiscal da subsidiária controlada.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 6 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>90</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 7 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>91</sup> Cfr. Art. 8.º n.º 4 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

## Capítulo III – Integração Negativa

### 3.1 – A Jurisprudência do TJUE

#### 3.1.1 - O conceito de abuso<sup>92</sup> e os seus limites

##### 3.1.1.1 - Ac. do TJUE de 12/09/2006, *Cadbury Schweppes* – C-194/04

Neste processo questionava-se a compatibilidade das normas do Reino Unido em matéria de SEC's com a liberdade de estabelecimento. Isto porque tais regras permitiam a tributação no Reino Unido dos lucros obtidos pelas SEC's ainda que tais lucros não fossem distribuídos e ainda que as atividades económicas das subsidiárias estrangeiras fossem exercidas de forma genuína.

A Cadbury Schweppes era uma sociedade residente no Reino Unido, que detinha duas sociedades residentes no IFSC, na Irlanda. Estas subsidiárias eram as sociedades financeiras do grupo, obtendo empréstimos de terceiros e financiando as atividades do grupo.<sup>93 94 95</sup>

A AT britânica aplicou a regra SEC e imputou os lucros não distribuídos das subsidiárias irlandesas à sociedade que controla, sendo aqueles tributados no Reino Unido. A Cadbury Schweppes considerou que tal violava a liberdade de estabelecimento.

A decisão do TJUE acompanha o parecer do Advogado Geral emitido em 2 de Maio de 2006 e assenta em dois pontos essenciais.

Em primeiro lugar, referiu que a decisão de estabelecimento de uma subsidiária num Estado-Membro que não o Estado-Membro da sociedade que controla, pode legitimamente assentar na intenção de beneficiar um regime fiscal mais favorável. Ou seja, tal decisão não constitui indício decisivo de evasão fiscal, nem é, por si só, um exercício abusivo da liberdade de estabelecimento.<sup>96</sup>

Em segundo lugar, referiu que não poderá existir imputação dos lucros à sociedade que controla quando a localização e o desenvolvimento da atividade da SEC no outro EM

---

<sup>92</sup> Vide TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem*, onde o Tribunal exprime grande parte da sua visão.

<sup>93</sup> Cfr. MEUSSEN, G.T.K. – “Cadbury Schweppes: the ECJ significantly limits the application of CFC rules in the member states”. *European Taxation*, Vol. 47, 1 (2007), p. 13.

<sup>94</sup> Cfr. TAYLOR, D., SYKES, L. – “Controlled Foreign Companies and Foreign Profits”. *British Tax Review*, 5 (2007), p. 612.

<sup>95</sup> TERRA, Ben. J. M., WATTEL, Peter J. (2012) - *European Tax Law*, 6th edition, Deventer, Deventer Kluwer, p. 547.

<sup>96</sup> Cfr. artigos 49 e 56 TFUE, respetivamente.

tenha substância e racionalidade económica, o que deverá poder ser objetivamente comprovado através da constatação da existência física da SEC no EM.<sup>97</sup> Esta atividade substantiva existe quando a subsidiária detenha instalações, pessoal qualificado e equipamento que sejam genuínas e tenham valor económico (perante a sociedade que controla e o grupo).

Em terceiro lugar, qualquer restrição através de normas tributárias nacionais à liberdade de estabelecimento só será aceite se for proporcionada a promover uma justificação válida, como a luta contra a fraude e evasão fiscal. Tais práticas existirão quando se demonstre que a decisão de localização de uma SEC consubstanciou uma “montagem” totalmente artificial destinada apenas a obter benefícios fiscais através da aparência de um estabelecimento. Tal será o caso em que a SEC se traduza afinal numa “caixa postal” ou numa mera “sociedade de fachada”.<sup>98 99</sup>

De acordo com a decisão, o facto de a atividade desenvolvida pela SEC poder ser igualmente exercida no Estado da sociedade que controla não permite validar a aplicação do regime SEC. O regime SEC envolve uma diferenciação do tratamento fiscal aplicável a subsidiárias do Estado-Membro da sociedade que controla e a subsidiárias de outros Estados Membros com regimes fiscais mais favoráveis. Tal tratamento diferenciado apenas será conforme à liberdade de estabelecimento consagrado nos Tratados da UE se, dada ao contribuinte a oportunidade de demonstrar que a SEC se encontra efetivamente estabelecida no Estado-Membro e que as suas atividades são genuínas, o mesmo contribuinte não lograr provar tais factos, concluindo-se que a localização da subsidiária na jurisdição mais favorável constituiu um arranjo puramente artificial.<sup>100 101</sup>

---

<sup>97</sup> CATARINO, João Ricardo, BRANCO GUIMARÃES, Vasco (coord.), Op. cit., p. 147.

<sup>98</sup> TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, §68.

<sup>99</sup> O’SHEA, T. – “The UK’s CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?”. *EC Tax Review*, Vol. 16, 1 (2007), p.20.

<sup>100</sup> PINELAS PINTO, A. – “Acórdão Cadbury Schweppes – o futuro dos regimes CFC (Controlled Foreign Corporations)”. *Revista Fiscal*, Outubro (2006), p.10.

<sup>101</sup> No caso em apreço, as regras SEC do Reino Unido restringiam a liberdade de estabelecimento. Cfr. GARBARINO, C. – “Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union”. *EC Tax Review*, Vol. 25, 5/6 (2016), p.284.

### 3.1.1.2 - Ac. do TJUE de 23/04/2008, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue, C-201/05*

Várias sociedades-mães residentes no Reino Unido alegam que se soubessem que a tributação de rendimentos nesse Estado era contrária ao direito da União Europeia não teriam pago imposto sobre os dividendos dos lucros não distribuídos pelas suas subsidiárias controladas. Num dos casos deu-se a recusa de um crédito de imposto a uma sociedade-mãe que detinha menos de 10% do poder de voto sobre a sociedade subsidiária. Ora, à época a lei britânica isentava os dividendos pagos entre sociedades nacionais, mas os dividendos estrangeiros recebidos por uma sociedade britânica eram tributáveis, a não ser que a sociedade mãe controlasse pelo menos 10% do poder de voto, o que não era o caso. Perante isto, as multinacionais reclamavam uma devolução do indevidamente pago e/ou uma compensação pelas perdas sofridas.<sup>102</sup>

O Reino Unido, justificou as suas regras internas com o argumento da eficácia da supervisão fiscal. Considerou que seria moroso e complexo conceder créditos fiscais para além do âmbito da retenção na fonte e, também por motivos de coesão do sistema fiscal e de combate à evasão fiscal.<sup>103</sup>

O Tribunal considerou que a diferença de tratamento fiscal entre os dividendos pagos por sociedades localizadas no mesmo Estado-Membro (isentas) e aqueles recebidos de sociedades estrangeiras (tributáveis e sujeitas a dupla tributação) não era, por si só, contrária ao direito da União. Contudo, a taxa aplicável a dividendos estrangeiros não deveria exceder a tributação de dividendos domésticos e o crédito de imposto deveria ser igual, pelo menos, à quantia paga pela subsidiária controlada, até ao nível de tributação cobrado no país onde os dividendos são recebidos.<sup>104</sup>

Quanto às justificações do Reino Unido, o TJUE entende que a legislação SEC poderia ser justificada se estivermos perante arranjos puramente artificiais com o objetivo de escapar à tributação.<sup>105</sup> Afirma ainda que a legislação nacional deveria garantir uma concessão fiscal a dividendos recebidos de uma sociedade residente e negar a mesma concessão a dividendos semelhantes provenientes de Estados terceiros, sem com isso estar necessariamente a infringir a liberdade de movimento de capitais. Assim, a isenção pode

---

<sup>102</sup> COTRUT, Madalina. *et all* (2013) - *ECJ Direct Tax Compass*, Amsterdão, IBFD, pp. 521 a 527.

<sup>103</sup> *Idem.*

<sup>104</sup> *Idem.*

<sup>105</sup> *Idem.*

ser negada a sociedades residentes num Estado terceiro que não é parte num acordo fiscal ou de troca de informação tributária, que confirme que essas condições foram cumpridas.<sup>106</sup>

### 3.1.1.3 - Ac. TJUE de 13/11/2014, *Comissão vs. RU*, C-112/14

A Comissão Europeia requereu ao tribunal que declarasse incompatíveis com o direito da União as normas referentes à imputação direta de rendimentos a sócios nacionais de entidades não residentes, cujo controlo se encontrasse concentrado em não mais do que cinco sócios, ou em sócios que também fossem diretores da entidade que controla. Isto porque, se todas as entidades em causa fossem residentes no Reino Unido, só haveria lugar a tributação caso houvesse efetiva distribuição de rendimentos aos sócios.<sup>107</sup>

O TJUE considerou que existia uma restrição à livre circulação de capitais, uma vez que se verificava uma diferença de tratamento entre entidades residentes e não residentes.<sup>108</sup>

O tribunal fez notar que a restrição poderia ser compatível com o Direito da União Europeia, sempre que a diferença de tratamento fosse devidamente justificada e proporcional. Tal ocorrência quando a regra SEC impedisse expedientes puramente artificiais que não refletissem uma realidade económica. Constatou-se que a norma era desproporcional pois incidia sobre expedientes cuja realidade económica não podia ser colocada em causa,<sup>109</sup> assim, o Reino Unido, ao adotar tal norma, violava a livre circulação de capitais.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> *Idem.*

<sup>107</sup> Cfr. FERREIRA, R. F. *et all* – “Comentários de Jurisprudência – Síntese de acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria fiscal, do trimestre”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4, Ano IV, (2014), pp. 280-281.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 281.

<sup>109</sup> *Idem.*

<sup>110</sup> *Idem.*

## 3.2 – A diretiva anti-elisão e as limitações jurisprudenciais consagradas perante Estados-Membros e Estados Terceiros

### 3.2.1 - O elemento objetivo do abuso<sup>111</sup> – “Arranjos puramente artificiais”<sup>112</sup>

O conceito de “arranjos puramente artificiais” é a referência dada pelo TJUE para aferir da compatibilidade de legislação nacional com a legislação europeia, mais propriamente para verificar se a legislação nacional consagra uma restrição ou discriminação e, se tal está justificada pela necessidade de combate à fraude e evasão fiscais.<sup>113</sup> As medidas a aplicar neste combate têm que ser proporcionais, não podendo ir além do estritamente necessário.

Entre a proteção legítima da matéria coletável de um país, feita de forma discriminatória, e a liberdade de estabelecimento, o que prevalece é a liberdade de estabelecimento. No entanto, tal só se verifica se a empresa não for uma mera empresa de fachada, isto é, não for um expediente puramente artificial ou caixa de correio.<sup>114</sup> A sociedade controlada tem que ter uma atividade, uma estrutura e uma organização adequada à sua atividade. Se se localiza jurídica e verdadeiramente no Estado onde tem residência, então não se colocam problemas. Se for artificial, as administrações tributárias podem aplicar a regra SEC.

Na nossa opinião, parte do problema é criado pelos Estados. Estes não estão em consonância relativamente às taxas e matérias coletáveis. Se tal acordo surgisse, então já não existiriam tantas deslocalizações.

Em matéria de tributação direta, o requisito dos arranjos artificiais estabelecido em *Cadbury Schweppes*<sup>115</sup> é ainda pouco claro. Tal facto verifica-se, especialmente quanto a sociedades com rendimento essencialmente passivo, que não necessitam de muita

---

<sup>111</sup> “(...) 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”. Cfr. DE LA FÉRIA, R. – “Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Ano 1 (2008), p. 204. Vide TJUE, 14.12.2000, C-110/99, *Emsland-Starke* e TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*.

<sup>112</sup> (...) É, contudo, importante notar que o conceito de abuso do direito em *Halifax* é ligeiramente diferente daquele em *Cadbury Schweppes*: em *Halifax* o Tribunal refere-se à necessidade de a “finalidade essencial” das transacções ser a obtenção de vantagens fiscais; em *Cadbury Schweppes* o Tribunal fala de “expedientes puramente artificiais”.

<sup>113</sup> “(...) têm de estar relacionadas com uma “razão imperiosa de interesse público”” Cfr. DOURADO, Ana Paula (2010) - *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 127-128.

<sup>114</sup> TERRA, Ben. J. M, WATTEL, Peter J., Op. Cit., p. 548.

<sup>115</sup> TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

substância para o exercício da sua atividade. Apesar de tudo, podemos concluir que o uso deste critério na diretiva não coloca qualquer problema em relação à compatibilidade com as liberdades fundamentais.

Quanto à segunda opção relativa ao conceito de abuso, o critério atinente a “funções dos dirigentes” trazido com a diretiva anti-elisão levanta várias preocupações. A definição do que deveria ser considerado “não genuíno” para efeitos da norma SEC parece extremamente intrigante.<sup>116</sup> O uso desta técnica poderá implicar uma análise das atividades de ambas as sociedades, ou seja, a sociedade que controla e a subsidiária controlada. Assim, são verificadas quais as funções desenvolvidas por cada uma, de modo a imputar os riscos e ativos que geram o rendimento passivo, que contrariamente à primeira opção, abrangem todos os tipos de rendimento.

Este teste parece não ser apropriado, desde logo porque foi desenhado com o exclusivo propósito de ser aplicado a estabelecimentos estáveis e não a SEC. A prevalência de funções sobre riscos e ativos faz sentido no contexto da ficção de estabelecimento estável, que consiste na imputação de lucros dentro de uma única empresa sem recurso a contratos legais.<sup>117</sup> Tal é assim porque as relações intraempresas não têm natureza legal, isto é, uma empresa não pode celebrar contratos vinculativos consigo mesma. Já no contexto das SEC’s a prevalência de funções sobre riscos e ativos não faz sentido porque introduz uma abordagem da propriedade económica que no fim se traduz na imputação de um rendimento de uma entidade controlada à entidade controladora, sem precisar de recorrer ao critério das “funções dos dirigentes”.<sup>118</sup>

Assim, parece-nos que a diretiva pretende imputar certos tipos de rendimento mesmo em casos onde não existe o elemento “arranjos puramente artificiais”, por alegado incumprimento do princípio da plena concorrência. O recurso a este padrão poderá ser explicado pelo facto do TJUE admitir a possibilidade de uma medida proporcional que justifique a discriminação em cenários transfronteiriços. Ainda assim, a prevalência de funções para esses riscos e ativos não pode ser automaticamente considerada como

---

<sup>116</sup> De acordo com o art. 7.º n. 2 al. b “...uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que nem a entidade nem o estabelecimento estável seriam detentores dos ativos que geram a totalidade ou parte dos seus rendimentos, nem teriam assumido os riscos a eles associados se não fossem controlados por uma sociedade na qual são exercidas as funções dos dirigentes, que são relevantes para esses ativos e riscos, e que são essenciais para gerar os rendimentos da sociedade controlada.”

<sup>117</sup> NAVARRO, A., PARADA, L., SCHWARZ, P. – “The Proposal for na EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”. *EC Tax Review*, Vol.25, 3 (2016), p. 126.

<sup>118</sup> *Idem*.

cumprindo com o princípio da plena concorrência (“arm’s length”), pelo menos não como definido pela OCDE e Nações Unidas nas suas convenções modelo.<sup>119</sup>

No contexto do princípio da plena concorrência deve sempre partir-se da análise de contratos e condutas das partes, o que significa que os riscos e ativos podem ser alocados contratualmente e podem não depender do desempenho de funções a ser imputado a uma determinada parte. Consequentemente, as definições de “montagens não genuínas” devem ser consideradas como não estando em linha com as decisões do TJUE.

Além disso, a fórmula usada no texto da diretiva, relativamente às funções dos dirigentes, coloca o enfãse na palavra “dirigentes” em vez de o fazer na palavra “funções”, não obstante das funções relevantes serem aquelas desempenhadas por dirigentes. Esta é uma construção ligeiramente diferente da usada no contexto de estabelecimento estável, nomeadamente quanto à expressão “funções importantes de dirigentes”.<sup>120</sup> Assim, a intenção de alinhar este conceito parece não estar preenchida. Além do mais, as medidas em questão não tornam possível determinar o escopo com suficiente precisão, podendo violar o princípio da segurança jurídica que é um princípio geral da União Europeia e do TJUE, tendo em conta as decisões particulares no caso dos acórdãos SIAT<sup>121</sup> e Itelcar.<sup>122</sup>

Finalmente, mesmo que um arranjo ou série de arranjos sejam considerados não genuínos para efeitos de aplicação da norma SEC, a administração fiscal deve demonstrar que aqueles foram feitos com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal. Este teste puramente subjetivo dá origem a várias questões, sendo a mais relevante a da dificuldade de concretizar o significado do termo “essencial”. Muito provavelmente o resultado dependerá da definição doméstica do conceito que os tribunais nacionais terão e, portanto, a coordenação entre Estados-Membros poderá não existir.

Deste modo, a conceção corrente da presente norma SEC, incluindo o requisito “montagens não genuínas”, não só deve ser considerada como contrária ao requisito tradicional “arranjos puramente artificiais”, mas também como uma fonte de confusão para certos tipos de contribuintes.<sup>123 124</sup>

---

<sup>119</sup> Em que é dada mais prevalência às funções para riscos e ativos. A verdade é que aqueles contratos estão ainda no ponto de partida numa análise comparativa e o seu conteúdo deve ser respeitado enquanto eles refletem sobre os arranjos como estruturados pelas partes.

<sup>120</sup> “*Significant people’s functions*”.

<sup>121</sup> TJUE, 05.07.2012, C-318/10, *SIAT*.

<sup>122</sup> TJUE, 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*.

<sup>123</sup> Contudo, o Tribunal considera que a existência de um acordo abusivo é menor no quadro das diretivas fiscais do que nos casos em que não há harmonização, logo o deve o critério dos arranjos não genuínos ser

### 3.2.2 - Noção de controlo nos Estados terceiros

Para aplicação das regras SEC é necessário controlo. É sabido que os Estados-membros mantêm a sua soberania em matéria de fiscalidade direta, apesar de terem de observar as orientações resultantes da jurisprudência do TJUE e as limitações constantes dos tratados. Esta margem de atuação permite que existam diferentes definições, nas diferentes legislações, quanto ao conceito de controlo necessário para a aplicação do regime relativo a SEC.

Na diretiva anti-elisão surge a noção legal de controlo.<sup>125</sup> É necessário um determinado nível de controlo para que possa existir uma influência decisiva e, na medida em que a aplicação das regras não se limite a casos de influência decisiva de uma parte sobre a outra, não estamos no âmbito da liberdade de estabelecimento. De acordo com *Itelcar* ou com o *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, só há influência decisiva quando o objeto da norma regula relações de domínio, o que não é o caso, logo a norma enquadra-se no âmbito da liberdade de circulação de capitais.<sup>126</sup> As regras sobre SEC que consagram a noção económica de controlo constituem, à partida, uma restrição à liberdade de circulação de capitais. Dada a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais,<sup>127</sup> só podem ser aplicadas nas relações com países terceiros se estiverem justificadas e forem proporcionais.

A justificação<sup>128</sup> aceite prende-se, normalmente, com o combate à fraude e evasão fiscal, desde que direcionada para os arranjos puramente artificiais ou, a partir da entrada em vigor da diretiva anti-elisão, com a série de montagens não genuínas, consoante a opção de transposição do Estado.

O controlo de proporcionalidade exige que uma medida não ultrapasse o estritamente necessário para atingir os objetivos de combate ao planeamento fiscal

---

mantido existindo uma grande probabilidade do TJUE o acolher e aceitar como compatível com o direito da união europeia.

<sup>124</sup> NAVARRO, A., PARADA, L., SCHWARZ, P., Op. Cit., p. 127.

<sup>125</sup> Em que se estabelecem como essencial a detenção de uma participação direta ou indireta de mais de 50% dos direitos de voto, ou de mais de 50% do capital social e a noção económica de controlo que consiste no direito a receber mais de 50% dos dividendos.

<sup>126</sup> Vide, PINTO, J. S. – “The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries”. *European Taxation*, Vol. 53, 2/3 (2013), p.101.

<sup>127</sup> O'BRIEN, M. – “Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues”. *British Tax Review*, 6 (2008), pp. 662-665.

<sup>128</sup> BENÉITEZ RÉGIL, P. – “BEPS Actions 2,3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?”. *European Taxation*, Vol. 56, 6 (2016), p. 242.

ilícito.<sup>129</sup> Este requisito é facilmente ultrapassável se o contribuinte apresentar substância económica na sociedade subsidiária.

A proteção conferida a países terceiros pela liberdade de circulação de capitais leva, desta forma, a que a regra SEC tenha limites na sua aplicação a Estados terceiros.<sup>130</sup>

O nível de controlo deveria, portanto, ser mais elevado, ou seja, deveria existir uma detenção por parte da sociedade controladora superior a 50%.<sup>131</sup> Se assim fosse, permitiria uma influência decisiva e, como tal, a norma SEC seria avaliada nos termos da liberdade de estabelecimento dentro das fronteiras da UE. Seria afastada a liberdade de circulação de capitais e poderiam ser impostas restrições aos fluxos de capitais para os Estados terceiros, onde o perigo de abuso é mais elevado. Assim, não existiria o protecionismo atualmente conferido aos países terceiros, em que só se pode aplicar a regra SEC caso esta seja justificada, proporcional e se restrinja a casos de arranjos puramente artificiais.

---

<sup>129</sup> TJUE, 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar* § 40 e TJUE, 13/11/2014, *Comission vs. UK*, § 24 a 27.

<sup>130</sup> Só podendo ser aplicadas perante arranjos puramente artificiais, mesmo em países terceiros com sistema de troca de informações. Cfr. DOURADO, A. P. - “Free movement of capital: the European Union anti-tax avoidance package and Brexit”. *Intertax*, Vol. 44, 12 (2016), p. 876.

<sup>131</sup> *Vide*, PINTO, J. S., *Op. Cit.*, p.97.

## Capítulo IV – Uma proposta de futuro para a norma SEC portuguesa

### 4.1 – Introdução

As regras SEC são uma forma de reação à erosão das bases tributáveis.

Na União Europeia, em face da concorrência e da falta de harmonização em matéria de tributação direta, tornou-se vital o surgimento da diretiva anti-elisão e a inclusão nesta de uma norma SEC.

Do estudo jurisprudencial doméstico efetuado e aqui já referenciado, fica claro que a norma SEC portuguesa é um bom exemplo de uma regra que mais não é do que “letra morta” no sistema português.

Implementada em 1995 pelo Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro, foi entretanto alterada pela Lei do Orçamento de Estado para 2012, para estar conforme com o Acórdão *Cadbury Schweppes*.<sup>132</sup>

Na diretiva anti-elisão<sup>133</sup> existem indicações claras não só quanto à natureza dos rendimentos e ao requisito de controlo, como ainda relativamente aos regimes fiscais privilegiados, à forma de apuramento dos lucros, à sua imputação e aos métodos para evitar a dupla tributação, sendo substanciais as diferenças da mesma com o ordenamento tributário português.<sup>134</sup>

Assim, e após a análise dogmática das normas SEC e da sua integração positiva e negativa, resta-nos apresentar a nossa proposta de alteração da regra SEC portuguesa, de modo a que a mesma se torne compatível com o direito da União Europeia e integre, necessária e satisfatoriamente, as disposições da diretiva anti-elisão.

---

<sup>132</sup> TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>133</sup> Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>134</sup> RAMALHO, J. M., DOS SANTOS, L.M. - PLMJ, Sociedade de Advogados RL – “Elisão Fiscal – Empresas – Nova Diretiva da EU”, 4/Ago/2016.

<[http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2016/Agosto/ELISAO\\_FISCAL\\_\\_\\_EMPRESAS\\_-\\_NOVA\\_DIRETIVA\\_DA\\_UE.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2016/Agosto/ELISAO_FISCAL___EMPRESAS_-_NOVA_DIRETIVA_DA_UE.pdf)>, p.4-6, consultado pela última vez em 18 de Março de 2016.

## 4.2 – O requisito de controlo

### 4.2.1 - Percentagem de detenção direta ou indireta na entidade SEC

A lei portuguesa permite a aplicação do regime SEC quando os sócios de uma sociedade residente detiverem em Portugal direta ou indiretamente, uma participação social de 25% sobre a SEC.<sup>135</sup> Se a sociedade residente for detida em, pelo menos, 50% por sócios residentes, o valor supramencionado é de 10%.<sup>136</sup> Tal controlo pode ser exercido por “mandatário, fiduciário ou interposta pessoa” e também através de participações sociais detidas, “direta ou indiretamente, por entidades com as quais o sujeito passivo tenha relações especiais”. Daqui se retira que os sócios residentes podem não conseguir exercer uma “influência certa e decisiva” sobre a SEC, e a regra continua a aplicar-se (o que pode violar a livre circulação de capitais).<sup>137 138</sup>

O art.º 7 n.º 1, al. a) da diretiva anti-elisão estabelece que os Estados-Membros podem definir controlo, de modo disjuntivo ou conjuntivo, quando uma entidade, ou, o contribuinte, por si só ou juntamente com as suas empresas associadas; i) detém uma participação direta ou indireta de mais de 50% dos direitos de voto; ii) de mais de 50% do capital; ou iii) da receção de mais 50% dos lucros dessa entidade.<sup>139</sup>

Em nossa opinião, a norma portuguesa, deverá optar por transpor a solução da detenção de mais de 50% do capital, não sendo necessário apurar a percentagem de direitos de voto ou da percentagem de lucros distribuídos. Isto porque se tratará de um critério mais objetivo e de fácil apuramento. A percentagem exigida aumentará face à percentagem atual da norma portuguesa o que é necessário já que, na prática, só a partir destes números é que os sócios poderão ter a possibilidade de um verdadeiro controlo e de criação de estruturas artificiais. Isto permitirá a aplicação das regras relativas a SEC a situações que verdadeiramente o justifiquem.

---

<sup>135</sup> Cfr. Art. 66.º n.º 1 CIRC.

<sup>136</sup> Cfr. Art. 66.º n.º 2 CIRC.

<sup>137</sup> FERREIRA, A.M. – “CFC rules in Portugal: still incompatible with EU law?”. *European Taxation*, Vol. 52, 9 (2012), p. 483.

<sup>138</sup> Cfr. TJUE, 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars vs Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*.

<sup>139</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS. “ECOFIN agrees EU-wide rules in Anti-Tax Avoidance Directive”, *Tax Policy Bulletin*, 29/jun/2016.

<<http://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-ecofin-agrees-eu-wide-rules-in-anti-tax-avoidance-directive.pdf>>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

O art. 66.º n. 12 do CIRC fala em “razões economicamente válidas”. Acreditamos que este conceito é uma “gralha legislativa”, que pode colocar em causa a aplicação do sistema,<sup>140</sup> razão pela qual deve ser substituída pela expressão por “arranjos puramente artificiais” tal como utilizada no acórdão Cadbury Schweppes. Tratando-se de um regime excecional, entendemos que deverá ser a Administração Tributária a provar que a SEC é um expediente puramente artificial, e não o contribuinte, como até então ocorre.<sup>141</sup> Feita esta prova, só então o contribuinte deve poder refutá-las com os meios que estão à sua disposição. Parece-nos ser a melhor forma de fazer valer o princípio de cooperação entre a administração fiscal e os contribuintes, indicado no ponto 12 dos considerandos da diretiva anti-elisão.<sup>142 143</sup>

### **4.3 – O regime fiscal privilegiado**

#### **4.3.1 - Nível de tributação**

A legislação portuguesa remete para listas negras que enumeram países de tributação privilegiada. Se a subsidiária se encontrar num deles, o regime pode ser aplicado. Para outras jurisdições o regime tem ainda em atenção a taxa nominal nacional, (independentemente da taxa de tributação efetiva suportada) e estabelece como patamar que a controlada seja tributada a menos 60% da taxa nacional.<sup>144</sup>

A diretiva, por sua vez, determina um patamar diferente. Tem em conta a tributação efetiva e estabelece que se deve facultar a diferença entre duas taxas de imposto efetivas: aquele que teria sido cobrado à entidade subsidiária no Estado-Membro do que controla e aquele efetivamente pago pela entidade subsidiária sobre os seus lucros. Não é levado em conta o estabelecimento estável de uma SEC que não esteja sujeito a imposto, ou que esteja isento de imposto na jurisdição da SEC.

---

<sup>140</sup> Defendendo que tais presunções e restrições são contrários ao princípio da proporcionalidade e da cooperação, *Vide* MAISTO, G., PISTONE, P. – “A European model for member states’ legislation on the taxation of controlled foreign subsidiaries (CFCs) - Part 1”. *European Taxation*, Vol. 48, 10 (2008), p. 511.

<sup>141</sup> Art. 66 n. 12 “...e o sujeito passivo demonstre...”

<sup>142</sup> Contra as formalidades excessivas em matéria de prova Cfr. TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* e TJUE, 04.12.2008, C-330/07, *Jobra GmbH*.

<sup>143</sup> “De qualquer forma, ressalva-se sempre que essa prova nunca deve implicar formalidades administrativas excessivas.” *Vide* NOGUEIRA, J.F.P. – “Abuso de direito em fiscalidade directa: a emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VI (2009), p. 279.

<sup>144</sup> *Vide supra*, pág. 20.

### 4.3.2 - Apuramento do lucro

De acordo com o disposto na norma portuguesa,<sup>145</sup> as regras vigentes quanto ao apuramento do lucro serão as do Estado onde a mesma tem o seu domicílio fiscal. Quanto ao regime de perdas, não está atualmente prevista qualquer possibilidade de as perdas poderem ser reportadas. A legislação nacional não prevê, igualmente, qualquer método para evitar a dupla tributação.

Na diretiva<sup>146</sup>, o apuramento do lucro da subsidiária controlada é calculado de acordo com a sua legislação doméstica. As perdas da subsidiária controlada não podem ser incluídas na base tributável, mas podem ser reportadas a períodos de tributação posteriores. Caso se opte pela opção B e pelo critério de “funções dos dirigentes” é de notar uma grande novidade, que passa pela aplicação do princípio da plena concorrência,<sup>147</sup> associado às regras sobre preços de transferência.<sup>148</sup> Note-se que o CIRC não prevê este princípio em matéria de SEC.

A diretiva prevê a “desimputação”<sup>149</sup> <sup>150</sup> e a dedução dos lucros no apuramento do imposto devido em resultado da participação alienada na entidade SEC (ou da atividade até então exercida pelo estabelecimento estável), dos lucros ou rendimentos não distribuídos e que lhe forem imputados nos períodos de tributação anteriores.

Com a transposição da diretiva devem ser consideradas as regras tributárias do Estado da residência da sociedade que controla. Desta forma, cumpre-se verdadeiramente a desconsideração da personalidade jurídica tributária. O regime de perdas permite o reporte a períodos de tributação posteriores, o que será mais favorável para as sociedades, que contam assim com uma vantagem face ao regime até agora em vigor.

---

<sup>145</sup> Cfr. art. 66.º n.º 4 do CIRC.

<sup>146</sup> Art. 7.º n.º 1 da diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016.

<sup>147</sup> “(...) o preço utilizado nas transações comerciais e também nas relações financeiras entre empresas relacionadas (...) deve ser o preço que seria convencionado entre empresas independentes, em transações comparáveis e em circunstâncias semelhantes”. Vide PEREIRA, Paula Rosado - *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, p. 164.

<sup>148</sup> Embora a breve trecho princípio da plena concorrência tenha surgido no TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in Thin Cap Group Litigation*, inserido no critério da proporcionalidade, nomeadamente no que respeitava à requalificação dos juros. Para mais desenvolvimentos Vide HJI PANAYI, C. – “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 1/2 (2016), p.100 e 101.

<sup>149</sup> (...) quando a subsidiária controlada distribui lucros ao contribuinte, e esses lucros sejam incluídos no seu rendimento tributável, o montante dos lucros anteriormente imputado deve ser deduzido, de modo a evitar a dupla tributação internacional. Vide supra pág. 32 §4.

<sup>150</sup> RAMALHO, J. M., DOS SANTOS, L.M., Op. cit., p. 6, consultado pela última vez em 18 de Março de 2016.

Em nossa opinião, Portugal deve optar pela opção A,<sup>151</sup> isto é, pelo critério da “atividade económica substantiva”, em detrimento da opção B “funções dos dirigentes”.<sup>152</sup> Para este efeito, julgamos que Portugal não deveria incluir o princípio da plena concorrência (*arm’s length*) na sua regra SEC pois estamos num terreno pantanoso ainda não debatido na jurisprudência,<sup>153</sup> e perante um conceito concebido para ser aplicado aos preços de transferência.<sup>154</sup> Deste modo, a opção prevista no art. 7º n.º 1, al. a) será a melhor opção em termos de segurança jurídica. Acreditamos que deverá ficar de fora de aplicação a cláusula de salvaguarda atinente ao recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações perante países terceiros que não sejam parte no Acordo EEE, já que aí se localizam numerosas subsidiárias controladas que podem não devem ver facilitados os pressupostos que as podem levar a ficar sujeitas à norma anti-abuso específica.<sup>155</sup> No entanto, não podemos deixar de atentar que devido ao respeito pela liberdade de estabelecimento, o recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações devidamente comprovados afasta a aplicação desta cláusula anti-abuso específica caso a subsidiária controlada se encontre num Estado-Membro da União Europeia. Note-se que estes “pacotes” são facilmente obtidos pelas grandes multinacionais e com valores claramente inferiores àqueles que a sociedade que controla teria que despender caso lhes fosse aplicada a cláusula anti-abuso.

#### 4.4 – A natureza dos rendimentos

O regime nacional excluí automaticamente lucros resultantes de certas atividades, nomeadamente a agrícola, a comercial, a industrial ou a prestação de serviços.<sup>156</sup> Para além disso, inclui obrigatoriamente a atividade seguradora, a banca ou o crédito, dado que

---

<sup>151</sup> “EU Developments: Anti-Tax Avoidance Directive”, 21/jun/2016.

<[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/IE\\_T\\_EU\\_Developments\\_%20Anti-Tax\\_Avoidance%20Directive\\_0616\\_draft3.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/IE_T_EU_Developments_%20Anti-Tax_Avoidance%20Directive_0616_draft3.pdf)>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

<sup>152</sup> *Idem*.

<sup>153</sup> No que concerne a normas SEC.

<sup>154</sup> *Vide* TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* e TJUE, 17.01.2008, C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*.

<sup>155</sup> GINEVRA, G. – “The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: necessity and adequacy of the measures at EU level”. *Intertax*, Vol. 45, 2 (2017), pp.129-130.

<sup>156</sup> Cfr. art. 66 n.º 6 CIRC.

se pressupõe que os rendimentos daí resultantes apresentam grande risco de transferência artificial. Isto espelha a dicotomia entre rendimentos ativos e passivos.

Como a diretiva anti-elisão estabelece, devem ser deixadas de fora as empresas financeiras residentes na UE e seus estabelecimentos estáveis. Tal deve-se ao facto de que a aplicação a estas empresas deva ser limitado às situações artificiais sem substância económica.

Nesta medida, quanto à natureza dos rendimentos, podemos afirmar que a norma portuguesa é próxima da regra proposta pela diretiva anti-elisão, mas requer algumas adaptações.

#### 4.5 – Conclusões Preliminares

Como já referenciado, esta Diretiva não foi a primeira solução europeia para o problema do planeamento fiscal agressivo e do abuso.

A primeira foi a proposta de diretiva sobre a MCCCIS, a qual poderia resolver a maioria dos problemas de planeamento fiscal e o abuso das multinacionais dentro da UE.<sup>157 158</sup>

A diretiva dá muitas opções aos Estados-Membros no que concerne à adoção de regras anti-abuso, pelo que não promove uma verdadeira harmonização de tais regras em matéria de tributação direta.<sup>159</sup>

Em nossa opinião, Portugal deverá adotar a opção A desta diretiva, isto é, deverá ser possível incluir uma determinada natureza de rendimentos obtida pela subsidiária controlada na base fiscal da sociedade que controla, se a sociedade controlada não exercer uma atividade económica substancial.

Em suma, a diretiva anti-elisão é positiva para Portugal já que poderá dar alguma vitalidade à letra até aqui quase “morta” da regra SEC, constituindo um ligeiro contributo para diminuir a erosão das bases tributáveis, mas não sendo, contudo, a solução definitiva para o problema da elisão em matéria tributária.

---

<sup>157</sup> Neste sentido, ALBIN, T. – “Commission Proposes a Directive on Common Consolidated Tax Base (CCTB)”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4, Ano IV, (2014), pp. 111-112.

<sup>158</sup> SPENGLER, C., ORTMANN-BABEL, M., ZINN, B., MATENAER, S. – “A Common Corporate Tax Base for Europe: An Impact Assessment of the Draft Council Directive on a CC(C)TB”. *World Tax Journal*, Vol. 4, 3 (2012), pp. 217-218.

<sup>159</sup> PICCIOTTO, S. – “International taxation and economic substance”. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 12 (2016), p. 756.

## Conclusões

1. As normas SEC, se bem concebidas e aplicadas de forma uniforme, constituem um poderoso instrumento para a preservação das bases tributáveis dos sistemas fiscais da União Europeia.

2. No entanto, tais regras não resolvem o problema da elisão fiscal. A sua resolução passa por mudanças nas regras e princípios da tributação internacional, definidos há quase cem anos.

3. A norma SEC da diretiva anti-elisão nasce das indicações dadas pelo relatório final da ação 3 do plano BEPS e tem ainda em conta as modificações constantes da proposta de diretiva MCCCIS (tanto a anterior como a proposta de 25 de Outubro de 2016).

4. Esta regra, apesar de constar de uma Diretiva, pode implicar um obstáculo à liberdade de estabelecimento e/ou à liberdade de circulação de capitais, no âmbito da União Europeia.

5. Caso constitua uma restrição/discriminação a uma liberdade fundamental, tal regra só será admitida se for justificada e proporcional, à luz da jurisprudência do TJUE. Se escudada na luta contra a fraude e evasão fiscal, a mesma só se pode aplicar perante “arranjos puramente artificiais” (estruturas societárias sem uma estrutura de pessoal, edifícios ou equipamentos adequadas à atividade que prosseguem).

6. Atualmente existe uma grande variedade legislativa doméstica quanto aos elementos internos das regras SEC nomeadamente no que respeita aos níveis de controlo necessários para que o regime se possa aplicar.

7. Os níveis de controlo podem ser muito baixos, a ponto de não se poder falar numa “influência certa e decisiva” de uma sociedade sobre outra. Nesses casos, as regras SEC não se devem equacionar no âmbito da liberdade de estabelecimento, mas sim da liberdade de circulação de capitais e nos termos do art. 63.º TFUE, a liberdade de circulação de capitais tem uma dimensão externa, podendo ser invocada nas relações de e com países terceiros.

8. Se o legislador nacional adotar o conceito económico de controlo, a nossa norma SEC passará a ser enquadrável no âmbito da liberdade de circulação de capitais. Tal significa que, mesmo nas relações com países terceiros com os quais existam mecanismos adequados de troca de informação, a norma apenas se poderá aplicar nos casos em que o conceito doméstico de abuso se restrinja às situações de expedientes puramente artificiais.

9. A nossa análise levou-nos à conclusão de que a abordagem pelo nível mínimo de proteção (em que as disposições da diretiva anti-elisão não obstam a um nível de proteção mais elevado pelas disposições nacionais ou convencionais nesta matéria) continuará a promover incerteza legal, disparidades, dupla tributação e dupla não tributação no interior da União Europeia. Cremos ainda que se deveria ter seguido a via do regulamento, em vez da diretiva.

10. Portugal, bem como outros Estados-Membros, terá que ajustar a sua legislação nacional de modo a implementar a diretiva anti-elisão.

11. O atual regime português sobre SEC, revela inconsistências, devido ao uso indevido de conceitos de direito da União Europeia, como por exemplo a expressão “razões económicas válidas”, que foi desenvolvida para aplicação noutros contextos (âmbitos harmonizados) e que não se mostra compatível com a atual jurisprudência do TJUE em matéria de compatibilidade de normas anti-abuso domésticas com as liberdades fundamentais do TFUE.

12. Após a implementação da diretiva, e dada consagração de várias opções na mesma, haverá uma aproximação das legislações dos Estados-membros. No entanto, estaremos ainda longe de um sistema único e harmonizado na UE.

13. A reforma da regra SEC pode operar como um “ressuscitar de letra morta” na legislação portuguesa, o que seria um importante passo na luta contra a fraude e evasão fiscais e no planeamento fiscal agressivo.

14. Com a reforma cremos que a AT portuguesa terá um instrumento mais eficaz para interceptar estruturas societárias elisivas.

15. Em nosso entender, Portugal deverá optar pela “Opção A” da diretiva anti-elisão, isto é, pelo conceito de “atividade económica substantiva”, por ser a única opção que se encontra em linha com a jurisprudência do TJUE. A “Opção B” e a expressão “funções dos dirigentes”, ainda não foram sujeitos a avaliação pelo TJUE.

16. Caso Portugal se decida pela “Opção A” e não aplicar o requisito “atividade económica substantiva” (cláusula de salvaguarda) a Estados terceiros que não sejam parte no Acordo EEE, violará a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais, no entanto, se assim não o fizer irá facilitar a prática elisiva nestes Estados, que estatisticamente são mais vulneráveis a tais procedimentos abusivos.

17. A nova regra SEC não será uma solução perfeita para o problema da erosão das bases tributáveis, dado que os EM continuam sem entrar em acordo relativamente à harmonização das taxas e das matérias coletáveis, continuando, por isso, a ser possível o planeamento fiscal com base em deslocalizações entre Estados Membros.

## **Bibliografia**

### **Artigos e monografias**

#### **A**

ALBIN, T. – “Commission Proposes a Directive on Common Consolidated Tax Base (CCTB)”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4, Ano IV, (2014), pp. 91-112.

#### **B**

BENÉITEZ RÉGIL, P. – “BEPS Actions 2,3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?”. *European Taxation*, Vol. 56, 6 (2016), pp. 230-245.

#### **C**

CATARINO, João Ricardo, BRANCO GUIMARÃES, Vasco (coord.) (2015) - *Lições de Fiscalidade – Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Coimbra, Almedina.

COTRUT, Madalina, *et all* (2013) - *ECJ Direct Tax Compass 2013*, Amsterdão, IBFD.

#### **D**

DE LA FÉRIA, R. – “Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Ano I, (2008), pp. 197-225.

DOMINGUES, Rodrigo, LOPES, Alexandra *et all* (2016) - *Coletânea Tributária Anotada 2016 – Vol. II*, Carcavelos, Letras e Conceitos Lda.

DOURADO, Ana Paula (2010) - *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa*, Coimbra, Coimbra Editora;

– “The role of CFC rules in the BEPS initiative and in the EU”. *British Tax Review*, 3 (2015), pp. 325-339.

- “The EU anti-tax avoidance package: moving ahead of BEPS?”. *Intertax*, Vol. 44, 6&7 (2016), pp. 440-446.
- “Free movement of capital: the European Union anti-tax avoidance package and Brexit”. *Intertax*, Vol. 44, 12 (2016), pp. 870-877.

## F

- FERREIRA, Alcídio Mateus (2011) - *As normas CFC no CIRC e a sua incompatibilidade com o direito comunitário – o novo artigo 66º CIRC aprovado pela lei do OE 2012*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto;
- “CFC rules in Portugal: still incompatible with EU law?”. *European Taxation*, Vol. 52, 9 (2012), pp. 479-483.

FERREIRA, R. F. *et all* – “Comentários de Jurisprudência – Síntese de acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria fiscal, do trimestre”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4, Ano IV, (2014), pp. 277-292.

## G

GARBARINO, C. – “Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union”. *EC Tax Review*, Vol. 25, 5/6 (2016), pp. 277-295.

GINEVRA, G. – “The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: necessity and adequacy of the measures at EU level”. *Intertax*, Vol. 45, 2 (2017), pp.120-137.

GUTMANN, D. *et all* – “The impact of ATAD on domestic systems: a comparative survey”. *European taxation*, Vol. 57, 1 (2017), pp. 2-20.

## H

HJI PANAYI, C. – “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 1/2 (special issue) (2016), pp. 95-112.

## M

MAISTO, G., PISTONE, P. – “A European model for member states' legislation on the taxation of controlled foreign subsidiaries (CFCs) - Part 1”. *European Taxation*, Vol. 48, 10 (2008), pp. 503-513.

MENDES, António Rocha (2016) - *IRC e as reorganizações empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

MEUSSEN, G.T.K. – “Cadbury Schweppes: the ECJ significantly limits the application of CFC rules in the member states”. *European Taxation*, Vol. 47, 1 (2007), pp. 13-18.

MORAIS, Rui Duarte (2005) - *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Porto, Publicações Universidade Católica.

## N

NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010) - *Direito Fiscal Europeu – paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal;

– “Abuso de direito em fiscalidade directa: a emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VI (2009), pp. 233-299.

NAVARRO, A., PARADA, L., SCHWARZ, P. – “The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”. *EC Tax Review*, Vol.25, 3 (2016), pp. 117-131.

## O

O'BRIEN, M. – “Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues”. *British Tax Review*, 6 (2008), pp. 628-666.

O'SHEA, T. – “The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and IFSC subsidiaries –tax avoidance of tax mitigation?”. *EC Tax Review*, Vol. 16, 1 (2007), pp. 13-33.

## P

PEREIRA, Paula Rosado (2010) - *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina.

PICCIOTTO, S. – “International taxation and economic substance”. *Bulletin for International Taxation* – Vol. 70, 12 (2016), pp.752-759.

PINELAS PINTO, A. – “Acórdão Cadbury Schweppes – o futuro dos regimes CFC (Controlled Foreign Corporations)”. *Revista Fiscal*, Outubro (2006), pp. 9-11.

PINTO, J. S. – “The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries”. *European Taxation*, Vol. 53, 2/3 (2013), pp. 94-101.

## S

SANCHES, José Luís Saldanha (2006) - *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora.

SCHMIDT, P. K. – “Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for Anti-Tax Avoidance Directiva – An Interim Nordic Assessment”. *Nordic Tax Journal*, 2 (2016), pp.87-112.

SPENGLER, C., ORTMANN-BABEL, M., ZINN, B., MATENAER, S. – “A Common Corporate Tax Base for Europe: An Impact Assessment of the Draft Council Directive on a CC(C)TB”. *World Tax Journal*, Vol. 4, 3 (2012), pp. 185-221.

## T

TAYLOR, D., SYKES, L. – “Controlled Foreign Companies and Foreign Profits”. *British Tax Review*, 5 (2007), pp. 609-647.

TERRA, Ben. J. M, WATTEL, Peter J. (2012) - *European Tax Law*, 6th edition, Deventer, Deventer Kluwer.

## V

VANISTENDAEL, F. – “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law”. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 3 (2016), pp. 163-172.

## **W**

WORKMAN, D. J. – “The Use of Offshore Tax Havens for the Purpose of Criminally Evading Income Taxes”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 73, 2 (1982), pp. 675-706.

## **X**

XAVIER, Alberto (2016) - *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Atualizada, Coimbra, Almedina.

## **Outros Recursos**

### **D**

DELOITTE. “BEPS update – Action 3 Don’t get caught by complexity”, 2/mar/2015. <[http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pt/Documents/tax/beps/newsletter\\_BEPS\\_3.pdf](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pt/Documents/tax/beps/newsletter_BEPS_3.pdf)>, consultado pela última vez em 20 de Março de 2017.

- “EU Developments: Anti-Tax Avoidance Directive”, 21/jun/2016.

<[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/IE\\_T\\_EU\\_Developments\\_%20Anti-Tax\\_Avoidance%20Directive\\_0616\\_draft3.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/IE_T_EU_Developments_%20Anti-Tax_Avoidance%20Directive_0616_draft3.pdf)>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

### **E**

EUROPEU, Conselho, UNIÃO EUROPEIA, Conselho da – “Pacote Anti-elisão Fiscal – O que é?”, 2016. <<http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/anti-tax-avoidance-package/>>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

### **O**

OCDE, “Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 - 2015 final report, Paris OCDE, apresentado em Outubro de 2015.

- “Studies in Taxation of Foreign Source Income: CFC Legislation”, Paris OCDE, 1996.

### **P**

PRICEWATERHOUSECOOPERS. “ECOFIN agrees EU-wide rules in Anti-Tax Avoidance Directive”, *Tax Policy Bulletin*, 29/jun/2016.

<http://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-ecofin-agrees-eu-wide-rules-in-anti-tax-avoidance-directive.pdf>>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

## R

RAMALHO, J. M., DOS SANTOS, L.M. - PLMJ, Sociedade de Advogados RL – “Elisão Fiscal – Empresas – Nova Diretiva da EU”, 4/Ago/2016.

<[http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2016/Agosto/ELISAO\\_FISCAL\\_\\_\\_EMPRESAS\\_-\\_NOVA\\_DIRETIVA\\_DA\\_UE.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2016/Agosto/ELISAO_FISCAL___EMPRESAS_-_NOVA_DIRETIVA_DA_UE.pdf)>, consultado pela última vez em 18 de Março de 2017.

## **Lista de Jurisprudência citada**

### **Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo**

#### **2013**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Janeiro de 2013, proc. n.º 01264/12.

#### **2014**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de Janeiro de 2014, proc. n.º 0102/12.

### **Acórdãos do Tribunal Central Administrativo – Sul**

#### **2015**

Acórdão do Tribunal Central Administrativo – Sul de 23 de Abril de 2015, proc. n.º 08149/14.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo – Sul de 18 de Junho de 2015, proc. n.º 07526/14.

### **Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia**

#### **1997**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95.

## **2000**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 2000, *C. Baars vs Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/ Ondernemingen Gorinchem*, C-251/98.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2000, *Emsland-Starke*, C-110/99.

## **2006**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 2006, *Halifax*, C-255/02.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-194/04.

## **2007**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. C-524/04.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05 de Julho de 2007, *Kofoed*, C-321/05.

## **2008**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2008, *Lammers & Van Cleeff*, C-105/07.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 2008, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-201/05.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de Dezembro de 2008, *Jobra GmbH*, C-330/07.

## **2011**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 2011, *Foggia*, C-126/10.

## **2012**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05 de Julho de 2012, *SIAT*, C-318/10.

## **2013**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03 de Outubro de 2013, *Itelcar*, C-282/12.

## **2014**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 2014, *Comissão vs RU*, C-112/14.