



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

Sob a orientação do Senhor do Professor Doutor  
Miguel Correia

**Que futuro para o regime CFC? Uma análise comparativa no pós-  
BEPS**

Miguel Guedes d' Assis Pacheco

2024

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Fiscal

2022/2023

## Índice:

Lista de siglas e abreviaturas:.....	3
1. Introdução .....	5
1.1. Enquadramento e contexto histórico.....	5
1.2. Delimitação positiva e negativa do objeto da tese .....	6
1.3. Estruturação da Tese .....	7
2. Desenvolvimento.....	8
2.1. Considerações de política fiscal.....	8
2.1.1. As razões de existência de um regime CFC .....	8
2.1.2. Aplicação nos sistemas de tributação de pessoas coletivas .....	9
2.2. O núcleo das regras CFC .....	11
2.2.1. Breve contextualização histórica nacional. ....	11
2.2.2. Requisitos de aplicação .....	12
2.3. Enquadramento europeu .....	30
2.3.1. As liberdades fundamentais.....	30
2.3.2. Restrições e justificações.....	32
2.3.3. A deambulação do entendimento jurisprudencial.....	33
2.4. Relação com o regime de preços de transferência .....	36
2.4.1. A intersecção dos regimes .....	36
2.4.2. A sobreposição e interdependência dos regimes .....	37
2.5. A abordagem <i>nexus</i> .....	38
2.6. As regras CFC e os ADTs .....	40
2.6.1. Sobreposição dos regimes .....	40
2.6.2. A compatibilidade com a CMOCDE e a hierarquia de leis .....	41
2.6.3. Convergência com a designação de lista negra .....	44
2.7. Novos desafios.....	46
3. Conclusões .....	48
4. Tabelas de comparação CFC .....	52
Referências bibliográficas:.....	55
1. LIVROS E CAPÍTULOS DE LIVROS .....	55
2. ARTIGOS CIENTÍFICOS .....	56
3. FONTES OFICIAIS.....	58

## Lista de siglas e abreviaturas:

Ac.	Acórdão
ADT	Acordo sobre Dupla Tributação
Art.	Artigo
ATAD	<i>Anti-Tax Avoidance Directive</i>
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CFC	<i>Controlled Foreign Companies</i>
CGAA	Cláusula geral anti abuso
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CMOCDE	Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico
CV69	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DFI	Direito Fiscal Internacional
DUE	Direito da União Europeia
EEE	Espaço Económico Europeu
EE	Estabelecimento Estável
EM	Estado-Membro da União Europeia
IIR	<i>Income Inclusion Rule</i>
IP	Propriedade intelectual
LF	Liberdades fundamentais
MNEs	Multinacionais
p.	Página
n.º	Número
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico
OJ	Ordenamento jurídico
R&D	Pesquisa e desenvolvimento
SGPS	Sociedades Gestoras de Participações Sociais
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TP	Preços de transferência
UE	União Europeia

Vd.

Vide

## 1. Introdução

### 1.1. Enquadramento e contexto histórico

Para compreendermos a relevância do instituto alvo de estudo nesta dissertação invocamos o argumento histórico que nos apresenta um regime com mais de 60 anos de história com um racional intemporal que vem sendo adotado nas mais recentes propostas legislativas no campo do Direito Fiscal Internacional (“**DFI**”).

A primeira norma CFC foi instituída nos Estados Unidos da América (“**EUA**”) em 1961, com o objetivo de evitar que as empresas americanas deslocassem capitais para o estrangeiro para evitarem a tributação norte-americana. O regime definia nos termos da Subpart F do Internal Revenue Code um conjunto de rendimentos considerados “contaminados” devido à sua propensão para serem facilmente transferidos entre jurisdições em esquemas de evasão fiscal. Este regime graças à sua eficácia na prevenção e dissuasão de práticas fiscais abusivas, foi sendo objeto de ampliação e de difusão pelo mundo inteiro.

A regra CFC portuguesa apenas foi criada em 1995, mas desde então tem vindo a sofrer várias alterações, sobretudo, por influência do Direito da União Europeia (“**DUE**”) Volvidos 29 anos, novos desafios se colocam, sobretudo, devido ao desenvolvimento de novas tecnologias e modelos de negócio que o Direito necessita de abraçar.

No seguimento de diversos escândalos que repisam a centralidade da temática, o DFI tem traçado linhas de combate ao abuso fiscal, nomeadamente, através do regime de sociedades estrangeiras controladas (“**CFC**” na terminologia anglo-saxónica *Controlled Foreign Companies*). O desenvolvimento da questão é complexo e convoca uma permanente dialética entre dois vetores - a liberdade económica e a prevenção do controlo dos agentes económicos - dois vetores fundamentais para uma economia de mercado próspera e justa.

Por contraponto à Cláusula Geral Anti Abuso (“**CGAA**”), o seu principal objetivo prende-se com a eliminação dos efeitos da *race to the bottom* por parte de jurisdições com uma tributação privilegiada, através da realocação de rendimentos desviados para “empresas de fachada”, incluindo-os na base tributável da sociedade controladora residente.

Recentemente, a União Europeia (“**UE**”) tem sido um dos principais motores, a par da Organização para o Comércio e Desenvolvimento Económico (“**OCDE**”), na

promoção deste regime, atenta a perda de receitas fiscais que muitos dos países que as integram enfrentam. Destarte, através da *Anti Tax Avoidance Directive* (“ATAD”), a UE instituiu uma harmonização mínima para proteger as receitas fiscais dos Estados-Membros (“EM”), onde o regime nacional se inspira.

Neste contexto, e face à proliferação de multinacionais (“MNEs”) que, através de estratégias de planeamento fiscal agressivo se têm cronicamente aproveitado dos *mismatches*, urge refletir sobre o campo de aplicação do regime. À luz das atribuições de um Estado Social, devemos procurar compatibilizar a justiça distributiva e a arrecadação de receita fiscal, com a abstenção de comportamentos lesivos da concorrência ou que retirem recursos dos agentes económicos, sendo sensíveis ao estímulo da competitividade e do comércio internacional.

## 1.2. Delimitação positiva e negativa do objeto da tese

Em face do seu alcance abrangente, é da maior importância delimitar os tópicos que esta dissertação se propõe apreciar. Iremos ser norteados pela regra portuguesa onde se verteu o regime nacional de CFC, na redação atual do artigo (“art.”) 66.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“CIRC”). Identificaremos os objetivos da legislação, sublinharemos o racional por detrás da sua criação e desenvolveremos, recorrendo a uma perspetiva de Direito Comparado, os pontos essenciais de outros regimes de CFC que servirão de contraposição com o prisma adotado pelo CIRC. Não nos debruçaremos sobre a jurisprudência portuguesa nesta matéria uma vez que as poucas menções que existem não possuem, em nosso entender, substância suficiente para serem objeto desta dissertação.

O objetivo central será compreender a estrutura basilar dos regimes CFC, tal como desenvolvida pela legislação e doutrina internacionais, e identificar as valências e limitações do regime português. Não descuraremos a necessária articulação entre o regime nacional e o europeu, trazendo, nesta medida, à colação o enquadramento de DUE conexo à matéria, desde o direito primário à ATAD, mas excluindo o plano *Base Erosion and Profit Shifting* (“BEPS”), que pela sua extensão, será invocado lateralmente.

A metodologia adotada, na perspetiva do Direito Comparado, passará pela comparação funcional entre cinco regimes CFC: o português, o espanhol, o francês, o brasileiro e o americano, cada um dos quais criteriosamente identificado, atentos os objetivos a que este estudo se propõe. O espanhol, pela proximidade geográfica e pelo

facto de ser o maior parceiro comercial de Portugal, o que influencia as estruturas empresariais sob as quais o regime incide. O francês, porque encontrando-se dentro da UE e inspirando-se também na ATAD, irá poder espelhar as divergências nos regimes existentes no seio da UE. O brasileiro pela proximidade linguística e pelo seu carácter *sui generis*, bastante limitador da liberdade económica e penalizador da competitividade internacional das suas empresas. O americano, enquanto impulsionador e *benchmark* inultrapassável, em constante adaptação e desenvolvimento.

No quadro em que nos encontramos, de uma maior cooperação internacional, será evidente a premência de uma breve nota sobre os desafios que se avizinham, em particular, com um breve enquadramento do Pilar 2 e a reflexão sobre a eventual sobreposição de regimes.

Por motivos de economia do estudo, não abordaremos extensivamente o Pilar 2, nem a ATAD, sobejamente analisados na doutrina e merecedores de uma análise autónoma e aprofundada. Também não nos debruçaremos sobre outros instrumentos, para manter o foco e não divergir dos pontos fundamentais em que fundamos a nossa investigação. Por se tratar de uma tese no campo do DFI que se centra na tributação direta do rendimento das pessoas coletivas, também desconsideramos a necessidade de estudar a aplicabilidade do regime CFC em sede de IRS, pela necessidade de delimitação do campo de pesquisa.

### 1.3. Estruturação da Tese

A presente dissertação está arrumada em 3 capítulos, encabeçados pela presente introdução, a que se segue o desenvolvimento teórico das questões principais, desdobrado nos subcapítulos que envolvem o regime CFC propriamente dito. O estudo encerra propondo conclusões sobre a adequação da regra nacional com o que, ao longo da dissertação, identificaremos como as melhores práticas internacionais.

Em particular, o primeiro capítulo tece considerações de política fiscal, refletindo sobre as razões de existência de um regime CFC e sobre os seus efeitos na vida económica. O segundo inaugurará o desenvolvimento do cerne deste estudo, onde esta dissertação se propõe a explorar o quadro comum das normas CFC, fazendo uso do Direito Comparado quando se justifique. O desenvolvimento irá desdobrar-se em 6 pontos fundamentais. O primeiro enquadra o aparecimento das normas CFC. De seguida passará a explorar a norma CFC portuguesa apreciando-a à medida que se enuncia as

principais características dos regimes objeto da presente exposição, numa lógica de comparação com os diferentes regimes CFC que encontra o seu epítome na tabela em anexo. O terceiro subcapítulo irá aprofundar a expressão europeia da dogmática versando sobre as manifestações do plano do DUE na regra nacional. O quarto subcapítulo versará sobre a intersecção existente entre as normas CFC e o regime de preços de transferência. Daqui estabeleceremos a ponte entre a abordagem *nexus* e a interação entre as normas CFC e os Acordos sobre Dupla Tributação (“ADTs”), que se mostra fundamental para a coexistência da norma interna. Por fim, o último subcapítulo do desenvolvimento irá abordar as novas tendências do DFI e o impacto no futuro da norma CFC.

Por fim, o terceiro capítulo concluirá a dissertação dirigindo uma crítica ao regime nacional com recomendações de melhoria do regime à luz do concluído nos pontos antecedentes e refletindo sobre os resultados da aplicação da norma CFC.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1. Considerações de política fiscal

#### 2.1.1. As razões de existência de um regime CFC

O início do séc. XXI foi marcado por diversos escândalos envolvendo MNEs criando de empresas no estrangeiro para diminuírem as suas responsabilidades tributárias. Os sucessivos escândalos tinham em comum três elementos: a criação de CFCs sediadas em territórios com tributação reduzida, a pouca fiscalização e a inadequação das normas anti abuso existentes. A publicação dos *Panama Papers* contribuiu para a sensibilização da opinião pública e pressionou os *policy-makers* a agir em prol de uma maior justiça fiscal.

Desde os anos 60 que os EUA combatiam esquemas que desviavam lucros para CFCs através de transações artificiais para concentrar evitar a tributação na residência. Diversas vezes, o OJ de residência, atribuíam uma isenção na distribuição de rendimentos, o que facilitava uma tributação muito inferior ou inexistente, usufruindo de situações de dupla não tributação. Esta situação era lícita, graças à crescente globalização<sup>1</sup> e

---

<sup>1</sup> Vd. Morais, Duarte (2005), p. 19 “A globalização criou um mercado mundial de concorrência quase perfeita para os fatores de produção dotados de maior mobilidade”.

eliminação de fronteiras<sup>2</sup> desacompanhada de uma harmonização do DFI, o que favorecia as assimetrias entre os regimes fiscais.

As regras CFC enquanto espécime combatente destas práticas através da inclusão do rendimento das CFC numa manifestação de neutralidade de exportação de capitais<sup>3</sup>, tornaram-se de grande relevo para os países desenvolvidos, que tipicamente apresentavam maiores cargas tributárias. Com efeito, por este meio, o Estado de Residência conseguia, com maior ou menor sucesso dependendo do desenho técnico do regime, criar obstáculos que visavam estancar a “hemorragia de fuga de capital” para outras jurisdições.

Estas constatações e o sucesso do exemplo norte-americano levaram a que estes instrumentos proliferassem além-fronteiras, através da cumulação de sinergias que culminaram num reforço da cooperação internacional neste domínio.

#### 2.1.2. Aplicação nos sistemas de tributação de pessoas coletivas

Dada a aplicação que se assemelha a uma extraterritorialidade do regime, é importante realçar as consequências práticas nos sistemas de tributação de base universal, por contraponto aos sistemas de tributação de base territorial.

Num sistema de tributação de base universal, como o norte-americano<sup>4</sup>, existem várias questões que se prendem com o facto de a tributação ser despoletada em relação a todos os rendimentos, independentemente de onde foram gerados. Isto conduz a uma potencial desvantagem económica, uma vez que, uma empresa residente terá que suportar a diferença entre o imposto pago pela sua subsidiária no estrangeiro e o que teria pago se estivesse sediada na jurisdição da casa-mãe. Nesta medida, MNEs sediadas em jurisdições com taxas de imposto mais reduzidas ou em regimes de tributação territorial ficarão numa posição beneficiada de um ponto de vista concorrencial<sup>5</sup>. No inverso, as MNEs sujeitas a uma tributação de base universal e a elevadas taxas efetivas de tributação

---

<sup>2</sup> Vd. Morais, Duarte (2005) p. 21: “Este esvaziamento das bases tributárias aparece potenciado pela existência de numerosos paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais, resultado de políticas deliberadas (...) que visam tirar partido desta situação de concorrência fiscal internacional, atraindo à localização artificial nos respetivos territórios riqueza produzida no estrangeiro em troca de benesses fiscais”

<sup>3</sup> Vd. Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, Paula Rosado Pereira in Lições de Fiscalidade. Vol. 2, de João Ricardo Catarino e Vasco Brando Guimarães (coord.), Almedina 2015, p. 212.

<sup>4</sup> Salientamos que este carácter universal veio a ser diminuído sobretudo após a entrada em vigor da Tax Cuts and Jobs Act da administração Trump. Vd. US tax reform – A closer look at the Tax Cuts and Jobs Act (HR1), PWC, Scott Slater, (2018). Consultado a 26 de julho de 2023, disponível em [hr1-tax-update-0318.pdf \(pwc.com\)](https://www.pwc.com/pt/insights/tax/us-tax-reform-a-closer-look-at-the-tax-cuts-and-jobs-act).

<sup>5</sup> Vd. Toder, Eric, (2017), p. 3.

na jurisdição de residência da casa-mãe, terão, mantendo-se intacto o princípio geral de diferimento da tributação do rendimento derivado por uma subsidiária estrangeira com personalidade tributária passiva, um incentivo em reinvestir no estrangeiro, ao invés de repatriarem os seus capitais<sup>6</sup>, o que resulta numa forte penalização da economia<sup>7</sup>. Por consequência, o retorno pós-imposto (*after-tax return*) dos investimentos gerados no estrangeiro tenderá a ser superior aos realizados domesticamente, penalizando-se também a sua repatriação, atenta a carga de imposto adicional que incidiria sobre os rendimentos repatriados. O resultado final salda-se num incentivo ao investimento no estrangeiro em jurisdições com tributação mais reduzida e um desincentivo ao repatriamento dos lucros desses investimentos para a jurisdição da casa-mãe. Outras externalidades negativas como custos com *compliance*, efeitos sobre o emprego, salários, etc. aumentarão a perda de competitividade face a MNEs sediadas em sistemas territoriais. Isto gera uma distorção fiscal que prioriza o investimento estrangeiro<sup>8</sup> e penaliza o Estado de residência. Como é bom de ver, a grande questão neste tipo de sistemas de base universal será se o diferimento deve ou não ser permitido à luz dos argumentos elencados.

Por sua vez, em sistemas territoriais, as normas CFC apresentam-se como um corpo estranho ao organismo com uma lógica distinta que carece de adequação. Embora contraintuitivo à primeira vista, estes sistemas necessitam de uma prevenção acrescida contra o abuso fiscal, uma vez que se limitam a tributar os rendimentos gerados no seu território, pelo que a norma CFC, não obstante implicar uma lógica distinta, deve ser bem recebida. Sendo este o sistema prevalecente no panorama da fiscalidade internacional, existe um grande incentivo<sup>9</sup> para que as pessoas coletivas residentes tentem transferir rendimentos, nomeadamente, e daí a preocupação acrescida, os domésticos, para entidades controladas em territórios com uma tributação mais favorável de base territorial, já que o seu país de residência, uma vez reclassificados os rendimentos como

---

<sup>6</sup> Vd. Correia, Miguel (2009), p.7 – “*US multinationals are economically compelled to increase the volume of their operations in foreign markets instead of investing in the US, where the “after-tax” return is likely to be lower.*”

<sup>7</sup> Vd. Toder, Eric (2017), p 2 - “*To avoid this high potential repatriation tax, US corporations have accrued an estimated \$2.6 trillion in overseas assets. Eliminating the repatriation tax would unlock these assets, enabling companies to use them to finance more domestic investment or increased payments to domestic shareholders, either through dividends or share repurchases.*”

<sup>8</sup> Correia, Miguel (2000), p. 15 – chama a atenção para o facto de este fenómeno se manifestar nos mercados de capitais, particularmente sensíveis a oscilações: “*US individual investors will have an incentive to invest in the multinationals of those countries rather than in US-based multinationals because the former will have more after-tax income available to distribute to shareholders.*”

<sup>9</sup> Vd. Anti-Base Erosion Provisions and Territorial Tax Systems in OECD Countries, p. 7. Consultado a 26 de julho de 2023. Disponível em [Anti-Base-Erosion-Provisions-and-Territorial-Tax-Systems-in-OECD-Countries.pdf \(taxfoundation.org\)](https://www.taxfoundation.org/anti-base-erosion-provisions-and-territorial-tax-systems-in-oecd-countries.pdf).

sendo de fonte estrangeira, não os irá nunca tributar, a não ser que sejam cumpridos os pressupostos para a aplicação de uma norma CFC.

## 2.2. O núcleo das regras CFC

A generalidade das normas CFC compreende um esqueleto comum com quatro grandes blocos<sup>10</sup>: a definição de CFC, as isenções e limiares de aplicação, a definição do rendimento sujeito a tributação e a prevenção e a eliminação da dupla tributação. Neste capítulo iremos abordar cada um dos componentes partindo da norma portuguesa, estabelecendo uma comparação com as perspetivas estrangeiras deste regime, sempre e na medida em que se justifique. De frisar que, para preservar a economia da tese, centrando-a nos aspetos de maior substância, remetemos para as tabelas em anexo para a comparação global entre os cinco regimes em estudo. O objetivo primacial destas tabelas é sistematizar informação de carácter puramente descritivo, agilizando o esforço de teorização a que este estudo se propõe.

### 2.2.1. Breve contextualização histórica nacional.

O OJ português consagra desde 1995 uma norma especial anti abuso destinada à prevenção do diferimento de tributação para jurisdições de baixa tributação, através da utilização artificial de sociedades. O Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro exprimia no seu preâmbulo as preocupações do legislador nacional com a evasão e o abuso fiscal que, no entendimento do STA sobre a anterior vigência da norma, se materializa na devolução da *“tributação dos sócios ao domínio do princípio da capacidade contributiva, precisamente quando o motivo que subjaz à aplicação da norma CFC (diferimento de tributação) deixa de existir, isto é, quando a própria sociedade controlada coloca o rendimento à disposição dos titulares do respectivo capital<sup>11</sup>”*. Já a redação atual do art. 66.º do CIRC foi amplamente influenciada pelo Plano BEPS, mas também pela transposição do art. 7.º da ATAD. Em todo o caso, tendo em mente o carácter dissuasor da norma e a pequena dimensão das MNEs portuguesas, a jurisprudência nacional não tem tido oportunidade de versar sobre a temática em crise.

---

<sup>10</sup> Vd. Correia, Miguel, 2000, p. 22.

<sup>11</sup> Vd. Ac. de 15 de janeiro de 2014, Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 102/12 -30.

## 2.2.2. Requisitos de aplicação

### 2.2.2.1. Definição de CFC

O ponto de partida para a análise do instrumento jurídico em análise partirá da definição de uma CFC. Este tópico leva-nos a algumas críticas preliminares. A primeira prende-se com a designação da norma que conduz ao equívoco de que se aplica a sociedades, quando na verdade, a sua aplicação subjetiva é muito mais ampla. Regimes como o português tipicamente referem-se a entidades de forma a abranger o maior número de pessoas jurídicas possíveis, como abordaremos adiante. Ainda neste registo, a segunda crítica pende sobre a designação de “controladas”, que como veremos adiante, não é um requisito absoluto, como de forma algo infeliz o regime português demonstra.

Podemos colher um tronco comum da definição de CFC que as concebe como *uma entidade residente no estrangeiro que beneficia de um regime fiscal claramente mais favorável do que a entidade residente que a detém direta ou indiretamente e que é utilizada com o propósito de levar a cabo manobras consideradas de elisão fiscal*<sup>12</sup>. A entidade residente que detém a CFC deve ainda *exercer influência ou controlo suficiente*<sup>13</sup>, critério que é entendido de forma lata pelo legislador. Devemos sinalizar que dentro desta definição existem bastantes divergências, mesmo no seio da UE, proporcionadas pela adoção da ATAD com uma exigência de harmonização mínima. A maioria das formulações estipulam que as entidades abrangidas receberão rendimentos passivos substanciais que terão sido artificialmente transferidos de uma atividade levada a cabo numa jurisdição com uma tributação superior, não sujeitando a previsão da norma a qualquer forma de corporização de uma entidade, para se focar na substância das operações. A sua definição carece ainda da concretização de parâmetros quantitativos e qualitativos quanto ao rendimento que auferir, habitualmente avaliados sob uma perspetiva objetiva e subjetiva, que definirá quais os rendimentos afetados e o seu respetivo tratamento consoante as várias opções legislativas adotadas.

#### 2.2.2.1.1. Entidades abrangidas

Este ponto é fundamental para compreender a definição de CFC e delimitar as realidades jurídicas abarcadas pela norma anti abuso. Para tal, é imperativo desenvolver o alcance da expressão “*entidades*”, que é bastante lato. Não nos opomos, *prima facie*, à

---

<sup>12</sup> Vd. o disposto no art. 66.º, n.º 1.

<sup>13</sup> Schmidt, Peter Koerver – “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 the Anti-Tax Avoidance Directive”, *Nordic Tax Journal*, (2016), p. 92 e ss.

grande abrangência da norma<sup>14</sup>, sustentando que esta se auto limita através de isenções fáceis de comprovar e não sobrecarrega os contribuintes de ónus excessivo para as poder invocar.

Com efeito, a norma portuguesa, aplicar-se-á a sujeitos passivos residentes em Portugal que detenham entidades estrangeiras controladas, incluindo mais do que vulgo sociedades: trusts, sociedades transparentes, estabelecimentos estáveis (“EE”), fundações, fundos, associações, com ou sem personalidade jurídica, entre outros. Deste modo, a referência utilizada pelo legislador permite mitigar o risco do abuso das incongruências das figuras jurídicas existentes no plano internacional. Em rigor, esta amplitude pode conduzir à dupla tributação, matéria abordada adiante, sobretudo, no atinente às sociedades transparentes, que serão tributadas na casa-mãe e que poderão ser abrangidas pela norma CFC portuguesa e, simultaneamente, por outra norma CFC por via da aplicação indireta, tributando duplamente o rendimento da CFC. Esta é uma realidade que carece de um crédito de imposto atentando à tributação da mesma realidade nos termos do art. 7.º, n.º 1 da Convenção Modelo da OCDE (“CMOCDE”) e que será objeto de estudo adiante.

Como já adiantado, a OCDE acrescenta que devem ser abrangidas as participações indiretas<sup>15</sup>, algo que o legislador português acolheu. Com efeito, a norma sustenta-se na agregação das participações em cadeia sob entidades sujeitas a tributação privilegiada. Para certificar que existe um *ring fencing* adequado, o legislador adotou também uma cláusula de antifragmentação da participação para evitar o abuso fiscal numa estrutura que promove a diluição das participações que visa evitar o limiar mínimo de aplicação. Mais importante do que tudo o exposto acima, no nosso entender, é sublinhar a limitação crónica das normas CFC, que é explorada em maior profundidade adiante, aquando da análise integrada com o regime de preços de transferência, que é a autolimitação subjetiva do seu escopo. Fruto da inexistência de acordo global nesta matéria, é impossível aplicar transversalmente os princípios que sustentam a norma CFC, nomeadamente nas situações que a entidade residente numa jurisdição de baixa ou nula tributação se apresenta como a empresa-mãe da sociedade residente no país de elevada tributação.

---

<sup>14</sup> Pistone, Pasquale e Maisto, Guglielmo, “A European Model for Member States’ Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1”, European Taxation, 2008.

<sup>15</sup> Morais, Duarte (2005), p. 324 e ss.

Daqui resulta que este tipo de regimes se apliquem apenas às subsidiárias da entidade residente que sejam sediadas no estrangeiro, não operando sobre sociedades que exerçam controlo sobre a sociedade residente. Este pormenor é também relevante para distinguir a regra CFC da regra *Income Inclusion Rule* (“**IIR**”), que beneficiou de um inesperado consenso internacional que as regras CFC não conseguiram lograr. Esta limitação é também um dos fundamentos para a secundarização das normas CFC em prol de outros instrumentos de aplicação direta no rendimento de um grupo societário, algo que dificilmente estará ao seu alcance se a acionista não for uma sociedade residente.

#### 2.2.2.1.2. As inversões

Atentando ao exposto, fazemos a ponte com as inversões, que exploram precisamente esta lacuna através de reorganizações societárias. Esta metodologia é bastante popular nos EUA, sendo cunhada como “*out from under*”<sup>16</sup>. Permite contornar a incidência subjetiva da norma CFC através, por exemplo, de uma fusão invertida por incorporação, ou de uma aquisição passando a entidade residente a subsidiária da CFC. Desta forma, a empresa anteriormente dominada sai do escopo da norma CFC e a sede do grupo societário transfere-se para uma jurisdição mais favorável, mantendo as operações principais no país de origem. A *Tax Cuts and Jobs Acts*, que marcou uma aproximação do sistema de tributação dos EUA ao sistema territorial veio, segundo alguns, mitigar estes casos<sup>17</sup>, uma vez que, num sistema tributário territorial, a localização da sede da empresa não afeta a tributação dos lucros obtidos no exterior. Se os lucros forem gerados fora dos EUA, eles não serão tributados pelo governo dos EUA quando repatriados, diminuindo, mas não eliminando, o incentivo à inversão. Com efeito, como já notámos, mesmo um sistema de base territorial necessita de proteger a sua base tributável doméstica de diversão para jurisdições de baixa ou nula tributação. É necessário, também, garantir que o incentivo dado pelo sistema territorial ao investimento no estrangeiro em jurisdições de baixa tributação não se torne desproporcionado,

---

<sup>16</sup> AA.VV., (2015) disponível em [ITJ 48-04 DeNovio-McCrain-Pandolph.pdf \(lw.com\)](#): “Typically, one of the main drivers of expatriating from the United States is to undertake “out from under” planning, or corporate reorganizations designed to remove foreign affiliates from the reach of the CFC rules by reorganizing such foreign subsidiaries under the newly constituted foreign-parented group rather than a U.S.-parented structure. However, certain regulations impose onerous rules to prevent this type of planning where a Domestic Entity Acquisition has occurred “

<sup>17</sup> A este respeito, POMERLEAU, Kyle (2018), disponível em: [Inversions under the New Tax Law | Tax Foundation](#): “A territorial tax system should make companies with foreign profits indifferent to the location of their headquarters. However, no territorial tax system, including the U.S.’s new code, completely eliminates this incentive. As such, it isn’t surprising that some companies may still see tax savings from moving their headquarters to another tax jurisdiction.”.

penalizando o investimento na economia doméstica. Neste contexto, não surpreende, pois, a introdução de uma regra como a *GILTI clause*<sup>18</sup> que opera com objetivos semelhantes à regra CFC<sup>19</sup>. Assim, a preocupação com as operações de inversão mantém-se mesmo nas jurisdições de base territorial.

Olhemos mais de perto para estas operações de inversão. Em concreto, uma vez que a norma de inclusão apenas se aplica a sociedades detidas no estrangeiro, a operação societária reverte a estrutura hierárquica, estabelecendo que a subsidiária residente numa jurisdição com um regime fiscal claramente mais favorável, passa a deter a sociedade residente numa jurisdição com uma tributação mais elevada, invertendo a relação de domínio. Se os acionistas da nova empresa mãe estrangeira não forem considerados residentes no país de origem e administrarem e controlarem efetivamente as operações fora do mesmo, de acordo com o disposto no art. 4.º da CMOCDE, a sociedade não será considerada como uma CFC.

Não obstante, o facto de não ser desencadeada a norma CFC não significa que não exista abuso. Com a implementação da CGAA e de legislação anti-inversão, o crivo sob reorganizações societárias com impacto fiscal aumentou e estará sempre sujeito à verificação da justificação económica subjacente à transação, tendo como pano de fundo as preocupações de BEPS. Embora reconhecendo que os regimes como o GILTI e o Pilar 2 da OCDE, sobre que nos debruçaremos posteriormente nesta tese, mitiguem a necessidade de criar uma norma específica anti-inversões, vemos valor na inclusão de uma cláusula na norma CFC para esclarecer o carácter abusivo destas montagens com o propósito de levar a cabo práticas de BEPS. Tal como sucede no regime norte-americano, poder-se-ia operar uma recaraterização da entidade adquirida para prevenir a perda de estatuto como CFC, ou, como seria no nosso entender mais adequado, implementar uma taxa de retenção na fonte agravada entre empresas mãe e filha no cenário pós-inversão, seguindo o racional já adotado pelo legislador noutras situações. Esta é no nosso entender uma das práticas de BEPS mais preocupantes dado o seu potencial impacto significativo na estrutura e operação do grupo societário e na alocação de capitais devido à mudança do centro decisório.

---

<sup>18</sup> A este respeito, vd. *idem*.

<sup>19</sup> A reforma fiscal de 2017 com a introdução da *Tax Cuts and Jobs Act* fez mudanças significativas nas regras fiscais internacionais dos EUA. Introduziu uma nova disposição chamada *GILTI (Global Intangible Low-Taxed Income)*, que impõe um imposto mínimo sobre os lucros das CFCs. Isso reduz os benefícios de adiar a repatriação de lucros ou realizar inversões. Vd. *idem* as considerações sobre a GILTI rule.

### 2.2.2.1.3. *Holdings*

O universo das sociedades *holding* levantam inúmeros desafios à aplicação das normas CFC, desde logo, pela não correspondência entre o conceito jurídico de Sociedades Gestoras de Participações Sociais (“SGPS”), que é tipicamente associado a este tipo de entidades e o conceito económico de *holding*, que é consideravelmente mais lato e que incorpora sociedades comerciais convencionais<sup>20</sup>.

Se excluirmos as *holdings* mistas, tipicamente, estes tipos de sociedades não desempenham atividades económicas ou comerciais, pelo menos de forma direta, sendo frequentemente interpostas num grupo societário. Contudo, destinam-se frequentemente a desempenhar um papel de administração e de estruturação da cadeia de valor das subsidiárias, não exigindo grandes recursos humanos ou ativos fixos tangíveis o que representa um risco à luz do conceito de substância económica. Aferimos claramente que as suas funções não exigem uma presença física substancial, podendo inclusivamente ser executadas à distância. Não estão, no entanto, forçosamente associadas a abuso ou planeamento fiscal agressivo, desempenhando importantes funções na estruturação eficiente de um grupo MNE.

A banca de investimento, os gestores de ativos imobiliários, os fundos de investimento, entre outros, assentam parte do seu modelo de negócio precisamente na administração deste tipo de entidades e dos seus ativos, fazendo-o através de colaboradores que trabalham à distância, muitas vezes sem intermediários, empregados ou deslocações ao sítio onde se localizam. Mesmo a repartição do risco que é tipicamente sinalizada como uma *red flag* é utilizada sem qualquer intenção de abuso, através do recurso a *SPVs* em estruturas de *project finance*, para a proteção do e do balanço da sociedade desenvolvedora do projeto. O mesmo se diz em relação aos *trusts* criados para destacamentos patrimoniais e alocação de riscos que são celebrados ao abrigo da liberdade contratual e das mais complexas operações de financiamento.

Contudo, a realidade é que estas estruturas podem cair no escopo do regime CFC, quanto mais não seja, pela inclusão da jurisdição onde a CFC se localiza na lista negra portuguesa, solução que nos oferece o maior repúdio. Consideramos que este tipo de

---

<sup>20</sup> Incluem-se dentro do conceito de SGPS as *holdings* puras, também designadas *holdings* de direção e as *holdings* financeiras, mas as *holdings* mistas com atividade económica direta de produção de bens ou de prestação de serviços não se enquadram no conceito de SGPS, cuja atividade exclusiva é a gestão de participações sociais de outras empresas como forma indireta de exercer uma atividade económica.

situações, quando objetivamente alheias a qualquer intenção de abuso não podem estar dentro do escopo da norma. Contudo, assim se mantêm, face às limitações do *carve-out* da norma portuguesa abordado adiante. Assim, modelos de negócio com importância estratégica para qualquer economia desenvolvida podem ver parte do seu rendimento em risco de ser abarcado pela norma, devido à sua inflexibilidade e imprevisibilidade.

Num ponto mais positivo, como também iremos abordar adiante, a harmonização negativa do TJUE - que ainda assim nos merece críticas - privilegia a apreciação do caso concreto<sup>21</sup>. Esta interpretação deve abordar esta realidade de acordo com as suas especificidades, não podendo ter um crivo tão apertado como seria exigível a uma sociedade comercial convencional, mas também garantindo a estas um *level playing field*. Defendemos, por isso, a aplicação da CGAA, da Diretiva Mães e Filhas e da Diretiva Juros e Royalties deveria ter um papel mais relevante do que a norma CFC na tributação de uma *holding*. Como demonstraremos adiante, a abordagem *nexus* poderia desempenhar um papel relevante no tratamento dos rendimentos de certos tipos de *holding*.

Para além do exposto, no seio europeu certas jurisdições atraem a sua fixação através de incentivos fiscais. A possibilidade de o fator fiscal se tornar substancial ao ponto de ser entendido como principal é tanto maior quanto mais elevado o volume de negócios do grupo. Este fator é ainda mais sentido numa *holding* com papel de controlo e intermediação nos fluxos de financiamento das subsidiárias, que tipicamente é uma função transversal à maioria destas entidades, usando inclusivamente as subsidiárias como garantias para os financiamentos. É, por isso, um risco a ter em conta atendendo à inexistência de padrões concretos para definir os objetivos principais numa operação de *M&A*, o que resulta num cenário de incerteza que não permite uma antecipação palpável de riscos.

Atento o exposto, para “separar o trigo do joio”, somos da opinião de que os critérios indiciários de substância definidos na proposta da ATAD 3 deveriam ser acolhidos, nomeadamente no respeitante à existência de conta bancária ativa na UE ou à existência de instalações com utilização exclusiva, não limitando o leque de justificações

---

<sup>21</sup> CARLOS BARRADAS, Maria, s.d.. Consultado em 10 de maio de 2024. Disponível em: [maria-amelia-barradas-carlos.pdf \(oa.pt\)](#). “Ou seja, trata-se de fazer a avaliação do nível de substância económica da sociedade, avaliação essa que deve ser efetuada caso a caso, em face das circunstâncias e dos factos específicos de cada *holding* em apreço.”

que podem ser invocadas pela entidade. Defende Maria Carlos<sup>22</sup> que o mesmo normativo permite que *holding(s)*, nomeadamente as “*que pelas suas características [...] se qualifiquem como holdings não declarantes*” não sejam sujeitas “*às consequências aplicáveis às entidades sem substância*”, pelo que, a ATAD 3 compreende ponderosamente a existência de realidades cujo âmago não é necessariamente compatível com as exigências de substância, abordagem que, no âmbito da análise supra, muito apreciamos.

#### 2.2.2.1.4. *Definição de controlo*

Este é normalmente um dos pilares das normas CFC, contudo a norma portuguesa surge como a ovelha negra no elenco europeu. A definição de controlo ou de influência decisiva são os dois critérios mais comuns para auxiliar na estipulação do conceito, remetendo para uma situação de controlo efetivo ou de influência certa ou decisiva do sócio residente sobre a CFC. Estas situações implicam a detenção de uma posição maioritária, absoluta ou relativa, mas o legislador português estabeleceu um patamar de detenção mínimo tão baixo, que um interesse substancial é suficiente para desencadear a norma, ignorando a posição de controlo.

Com efeito, o art. 66.º, n.º 1 do CIRC estabelece um limiar mínimo de detenção de 25% sobre as partes de capital, direitos de voto ou direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais, o que não coincide com as noções de controlo ou de influência decisiva. Por conseguinte, situações sob o escopo da norma podem não ser objetivamente merecedoras da sua aplicação, numa análise isolada de necessidade e proporcionalidade. Ademais, o esforço dos controlos fiscais é aumentado exponencialmente, podendo uma CFC arrastar consigo, por via de detensões diretas e indiretas, múltiplas subsidiárias com um mero interesse substancial. Esta opção decorre da preocupação do legislador português em mitigar os riscos de evasão fiscal e aumentar o campo de aplicação objetivo da norma, possibilitando que entidades estrangeiras se oponham à aplicação da regra CFC, por invocação de uma violação à liberdade de circulação de capitais. Daqui resulta que a situação em análise poderá cair sob a proteção conferida pela liberdade de circulação de capitais, cuja compatibilidade com a norma, por um lado, é duvidosa e cuja prioridade sobre a norma CFC, por outro, é inquestionável, salvas as devidas exceções. Talvez por receio ou por falta de zelo, o legislador criou particularidades que deixarão ao

---

<sup>22</sup> Vd. CARLOS BARRADAS, Maria, s.d. Consultado em 16 de junho de 2024. Disponível em: [maria-amelia-barradas-carlos.pdf \(oa.pt\)](#).

alcance de CFCs residentes em jurisdições com fiscalidade privilegiada invocarem a liberdade de circulação de capitais com fundamento na discriminação por esta criada para se oporem à aplicação do regime, o que também é algo bastante *sui generis* do regime nacional.

Do mesmo modo, é incompreensível a ausência de menção à influência ou interesse, porque seguindo a lógica do legislador de incluir no escopo toda e qualquer detenção minimamente substancial, e, muito embora preveja o combate à fragmentação da participação social, deveria abranger as situações de interesse substancial em que o capital social ou os direitos de voto se encontram diluídos e que podem representar menos de 25% do capital, mas mesmo assim representar um controlo direto e efetivo da CFC. Com efeito, não concordamos que seja minimamente razoável a previsão na norma de entidades sem que a entidade residente exerça o seu controlo efetivo<sup>23</sup>.

Acrescentamos ainda ao leque de críticas ao legislador português o facto de não ter consagrado na norma de incidência de rendimentos a menção a direitos especiais, uma vez que podem permitir o exercício dessa mesma influência decisiva na sociedade e que estarão fora da sua aplicação, como os que surjam de acordos parassociais ou direitos de veto específicos ou direitos a dividendos preferenciais.

Reconhecemos, no entanto, que a obrigação do sujeito passivo residente integrar no seu processo de documentação fiscal, além da cadeia de participações diretas e indiretas existentes entre entidades residentes e a entidade não residente, *todos os instrumentos jurídicos* que respeitem aos direitos de voto ou aos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais, contribui para mitigar, embora não eliminando, estas nossas preocupações<sup>24</sup>.

#### 2.2.2.2. *Isenções e limiares mínimos*

Em face da sua incidência objetiva latíssima, as normas CFC clamam por isenções e limiares mínimos que agilizem a sua aplicação e a tornem mais eficiente e menos intrusiva. Esta é uma conclusão retirada do Relatório Final BEPS que propõe várias abordagens para a definição da fronteira que molda a aplicação objetiva da norma. Entre estas destacamos a abordagem global, a abordagem de designação jurisdicional, a

---

<sup>23</sup> A este respeito, destacamos a crítica de MORAIS, Duarte (2005), p. 314-315, 329-330: “Daí que o nível de participação deva ter que espelhar, sem dúvidas (...) um verdadeiro controlo, o que, certamente, apenas acontece quando se verifica uma detenção da maioria dos votos e/ou do capital.”

<sup>24</sup> Vd. art. 66.º, n.º 12 b) do CIRC.

abordagem dos rendimentos subtributados e a abordagem *de minimis*. Mais uma vez, subjacente a esta discussão está o confronto entre simplicidade administrativa e eficácia do controlo fiscal.

A abordagem *de minimis* é a que implica os menores custos administrativos, uma vez que apenas sujeita os rendimentos da CFC à inclusão de rendimentos, se esta atingir um certo nível de rendimento. Por um lado, é mais permeável ao abuso fiscal de entidades com um menor volume de negócios, por outro, é mais ágil e concentra-se numa alocação dos recursos administrativos às montagens de volumes superiores, que são também as que geram maiores perdas para as contas públicas. Não obstante, a sua aplicação tem de surgir acompanhada de uma cláusula de prevenção de abuso nas relações entre entidades relacionadas e também de antifracturação, para que não seja ultrapassada pela diluição dos rendimentos por entidades abaixo do limiar mínimo de rendimento.

Por sua vez, a abordagem de jurisdição designada define através de uma lista negra as jurisdições com tributação privilegiada e sujeita as entidades aí sediadas à norma CFC, podendo, no reverso, estabelecer uma lista branca que exclua entidades localizadas em certas jurisdições da norma. Em qualquer um dos casos, merece a nossa censura pela discriminação que pode suscitar derivada da elevada discricionariedade na sua redação. Sob este regime as entidades serão alvo da regra CFC em virtude da sua localização, o que pode levantar problemas de proporcionalidade, à luz das liberdades fundamentais (“LFs”), se alguma das jurisdições elencadas for injustamente considerada como prejudicial, mesmo não reunindo características suficientes para esse efeito. A constante necessidade de adaptação e atualização levam à sua ineficiência e imprevisibilidade, porque está também sujeita a influências políticas, em detrimento de pressupostos técnicos previamente definidos.

Em resposta a esta, explanamos o regime dos rendimentos subtributados que concentra o seu juízo no nível de tributação a que foi sujeita a CFC, tipicamente comparando-a com a tributação a que estaria sujeita se estivesse localizada na jurisdição da entidade que a detém. Uma variante desta abordagem decorre da comparação com um nível de tributação considerado justo, isentando os rendimentos abaixo desta taxa. Desta forma, apenas as entidades residentes num regime fiscal claramente mais favorável estarão sujeitas. Cabe ainda aferir sobre qual a lei processual para o cálculo do rendimento, matéria abordada adiante. Consideramos que este é o melhor regime porque fixa previamente os critérios para aferir um regime fiscal claramente mais favorável, não

discriminando quais as jurisdições a apresentar na lista negra. Ademais, é eficiente na alocação dos recursos administrativos e dos contribuintes e autoadapta-se às atualizações legislativas das jurisdições estrangeiras, ao contrário da anterior.

Contudo, devemos sublinhar que a comparação que este regime invoca dever-se-á alicerçar na aferição da taxa de imposto efetivamente sustentada pela CFC, não se cingindo à comparação nominal, o que levanta pesados encargos administrativos. Regimes fiscais como o luxemburguês ou o maltês são conhecidos por terem taxas estatutárias elevadas, mas na realidade, através de regras especiais e isenções acabam por ter, na prática, uma carga fiscal bastante baixa, o que poderia deturpar os objetivos do presente esquema. O Estado português, tomando este fator em consideração, optou por legislar conjugando a abordagem de jurisdição designada adotando uma lista negra com a abordagem de rendimentos subtributados, enquanto critérios alternativos. Com efeito, basta a CFC ser sujeita a um imposto 50% inferior ao que seria devido nos termos do CIRC, por referência ao imposto efetivamente liquidado, para a norma operar, nos termos do art. 66.º, n.º 6, al. a) e b).

Destacamos ainda a abordagem de inclusão geral, que é a que nos merece o maior repúdio, quer pelo atrofio da atividade económica e do comércio internacional, quer pelos elevados encargos administrativos que acarreta. O que a norma estipula é que o rendimento das CFCs é incluído por completo no rendimento da entidade residente, independentemente do seu rendimento ser ou não subtributado. O melhor exemplo é a norma brasileira, considerada como um grande entrave à internacionalização das empresas brasileiras pelos seus efeitos nefastos na competitividade internacional brasileira. No plano prático, opera como uma manifestação completa e cega de neutralidade de exportação de capitais, incluindo *a priori* todos os rendimentos da CFC na base tributável da entidade que a controla. Esta formulação cria situações de grande injustiça e complexidade técnica e administrativa, ao incluir todos os rendimentos e gerando potencial dupla tributação. Com efeito, a nosso ver, esta abrangência leva a uma ineficácia do sistema fiscal e a um aumento exponencial dos custos.

Não obstante, em todos estes casos, consideramos que devem ser acautelados os motivos ponderosos por detrás de legislações especiais que devam ser atendidas, como é o exemplo das *regulatory sandboxes*, zonas económicas exclusivas, zonas francas, entre outras, precavendo que a regra não seja despoletada em resultado das mesmas, embora sempre sujeita à avaliação das suas razões económicas válidas.

### 2.2.2.3. *Tratamento dos rendimentos*

Finda a análise sobre o âmbito de aplicação da norma CFC, é necessário apurar quais os rendimentos abrangidos, nomeadamente, em função da sua natureza e respetiva caracterização. De uma maneira geral, existem duas grandes conceções para definir o rendimento da CFC: a abordagem transaccional<sup>25</sup> e a abordagem por entidade inspirado no modelo francês.

A primeira abordagem parte da distinção dos rendimentos auferidos pela CFC. Esta consideração tem raízes no regime norte-americano e no conceito de rendimento “contaminado”, isto é, rendimentos cuja natureza é facilmente utilizada em esquemas de abuso fiscal, tendo uma componente indiciária. Através de uma presunção de subtributação, esta classificação pretende distinguir o rendimento suscetível de ser utilizado em práticas de abuso fiscal, do rendimento licitamente gerado através de estruturas com razões económicas válidas. Embora a nomenclatura de rendimento contaminado não tenha sido adotada em vários países, o conceito por detrás foi difundindo e atualmente, em vários países, certos rendimentos são sujeitos à norma pelo facto de serem considerados como mais prováveis de serem utilizados para esquemas de abuso fiscal. Com efeito, ativos com um valor subjetivo, ou com presença imaterial, pela sua difícil avaliação ou pela sua elevada mobilidade são frequentemente deslocados para jurisdições com um regime fiscal favorável para praticar BEPS. A Ação 3 concluiu que estão tipicamente conexos a rendimentos passivos aqueles derivados de juros, seguros, royalties, rendimentos de vendas, serviços ou IP (“**Propriedade Intelectual**”), sendo tipicamente considerados como rendimentos contaminados. Deste modo, entendemos que existe uma maior justiça material quando ocorre a aplicação de um filtro indiciário não discriminativo, reconhecendo, todavia, que é um pesado fardo para as administrações fiscais.

Por sua vez, a *entity approach* opera por referência à classificação da entidade, em resultado da sua atividade e/ou substância. Dirige, por isso, um juízo que imputa os rendimentos em função dos limiares definidos, imputando a globalidade do seu rendimento à esfera da sociedade residente. É uma abordagem *all-or-nothing*, abordando a entidade como um todo, sem avaliar cada um dos fluxos de rendimento através da sua decomposição unitária. Por este motivo, embora seja muito prática, peca pela sua rigidez,

---

<sup>25</sup> Esta é a abordagem seguida pelo regime norte-americano na *subpart F*, excluindo da sua norma de inclusão os rendimentos ativos. Vd. Correia, Miguel (2000), p. 24.

incluindo na mesma solução realidades distintas. É, por isso, mais injusta, inviável e inadequada aos objetivos propostos pela Ação 3, quando não ponderada por isenções ou *carve-outs* que garantam uma adequada exclusão de certos tipos de rendimentos e de CFCs da norma em apreço. Este regime torna-se tanto mais intromissivo e problemático, particularmente com as LFs e com a doutrina do TJUE, quanto mais exigente for o acesso às exclusões referidas.

Neste sentido, o legislador português embora estabeleça limites ao peso da importância dos rendimentos contaminados para o cômputo global dos rendimentos da CFC, inclui-os de forma agregada, numa manifestação da *entity approach* que adota. Ainda assim, o regime oferece *carve-outs* necessários e limiares máximos aplicados à influência dos rendimentos passivos, opção que saudamos pela ponderação que acrescenta à norma, que neste momento, se aplica quase como uma presunção de abuso para as entidades abrangidas. Por conseguinte, a sua aplicação não será estendida aos rendimentos passivos elencados desde que não ultrapassem os 25% da globalidade dos rendimentos da CFC, nos termos do n.º 1 do art. 66.º do CIRC. Este ponto faz a ponte com o *carve-out* de substância que consideramos fundamental para a proporcionalidade da norma e para a adequada alocação de recursos administrativos, sobretudo, num sistema de *entity approach*.

#### 2.2.2.3.1. *Carve-out* de substância

Uma das críticas que temos apontado às normas CFC é a sua inflexibilidade e latitude. Defendemos o seu temperamento através das exclusões de incidência para uma delimitação concretizável do seu espaço de atuação. Esta exclusão visa afastar os rendimentos que não terão pendor abusivo, para que a norma não se transforme numa mutilação cega da neutralidade da exportação de capitais, uma vez que deve apenas visar a eliminação do abuso. É também, neste ponto, fundamental que a sua aplicação se cinja ou se aproxime da previsão de expedientes meramente artificiais articulada com o sentido entendido de proporcionalidade mínima. Outrossim, a norma deve contemplar isenções para rendimentos ativos ou eventualmente retirá-los totalmente do seu escopo, uma vez que dificilmente são usados para o tipo de esquemas que a norma pretende evitar. Também relativamente aos rendimentos passivos deve haver uma isenção, já que o facto de poderem ser considerados “contaminados” não indica que sejam, por si só, abusivos. A natureza indiciária de uma CFC apenas o será relativamente a rendimentos passivos, quando o seu cômputo ultrapasse um certo limite face aos rendimentos globais ou quando

inexistam razões económicas exclusivas que sustentem a sua implementação, sem que haja uma partilha de risco com a entidade residente.

Felizmente, o regime português prevê isso mesmo, adotando isenções e exclusões de incidência com base na substância económica de certos factos, embora sejam francamente inadequadas e insuficientes. O art. 66.º, n.º 7 do CIRC implementa uma isenção que opera pela negativa, excluindo atividades com um grande pendor de rendimentos passivos, ou seja, aplica-se a sociedades residentes no estrangeiro cujos rendimentos passivos não excedam 25% do total dos seus rendimentos, o que, como explicado no capítulo das *holding*, pode ser problemático para estas ou para setores como o da atividade seguradora e financeira, motivo pelo qual este *carve-out* deve estar ligado à verificação de razões económicas válidas que ateste se a sua influência no rendimento global da CFC é artificial. Por outras palavras, bastar-se-ia pela verificação de que existem razões económicas exclusivas atinentes à criação da montagem e que estes tipos de rendimentos facilmente deslocalizados não estão ligados a montagens abusivas. Este critério, é, por si só, enquanto conceito desenvolvido na doutrina e na jurisprudência europeia, suficiente para aferir que inexistem abusos nas estruturas plurilocalizadas.

Infelizmente, o legislador português, nos termos do n.º 14, do art. 66.º do CIRC, ao estabelecer a isenção por referência a atividades ou a razões que não justificam a aplicação da norma, não adotou essa posição, criando crivos adicionais à aplicação do *carve out* no caso de CFC residentes no Espaço Económico Europeu (“EEE”). Este artigo exclui da regra CFC as sociedades não residentes nestes Estados que preenchem determinados requisitos de atividade, ativos e racional económico, de forma cumulada, não se bastando com a verificação de razões económicas válidas<sup>26</sup>, como a maioria dos regimes estrangeiros e até da ATAD<sup>27</sup>. Esta cumulação tríplice de requisitos para aplicação do *carve-out*: os ativos, o tipo de operação e o crivo das razões económicas válidas é demasiado exigente, já que certos tipos de atividades poderão obedecer a um racional económico válido, sem um quantitativo de ativos substancial. No nosso entender esta vertente deveria ser meramente indiciária, focando a análise num prisma qualitativo

---

<sup>26</sup> Vd. a este exemplo o ac. Foggia que se prende com a consubstanciação deste conceito indeterminado como fundamental para a apreciação da licitude de uma operação com impacto fiscal.

<sup>27</sup> Regime este que merece a nossa censura pelo facto de ter um elenco semelhante no seu *carve-out* de substância face à doutrina do ac. Foggia, mas que é obstruído pela CGAA resultante da mesma legislação.

da atividade desenrolada e possibilitando o *carve-out* com fundamento em razões económicas válidas, o que neste momento está vedado pelo regime.

Para além da verificação destes requisitos ainda submete as CFC residentes no EEE à existência de um acordo de cooperação administrativa equivalente à que é estabelecida no âmbito da UE. Este ponto isoladamente não merece a nossa censura, contudo, numa abordagem de *jure condendo* e de proporcionalidade consideramos que deveria ser um critério a ser estendido às montagens de Estados terceiros, trazendo-os para o escopo da isenção referida, eliminando a discriminação resultante da abrangência de apenas entidades residentes na UE e no EEE, do *carve-out* em apreço. Consideramos ainda, que um ADT celebrado com um Estado do EEE ou um Estado terceiro poderia ser suficiente com a inclusão de uma norma anti abuso ou de limitação de benefícios. Com efeito, a inexistência de qualquer referência à possibilidade de exclusão de CFCs residentes em países terceiros com os quais existam acordos de cooperação fiscal, parece-nos um absurdo, sobretudo, tendo em conta que o regime português se encontra vinculado ao respeito pela liberdade de circulação de capitais, cuja invocação pode ser executada pelos mesmos.

Embora em desacordo com o seu âmbito e alcance, compreendemos, não obstante, parte do racional do n.º 14, na medida em que procura avaliar o grau de permanência e regularidade da montagem, bem como a sua natureza, avaliando não só o tipo de ativos como o tipo de operação, num duplo crivo com critérios objetivos como o número de pessoal, equipamento e instalações, que indiciam estabilidade e continuação e o tipo de atividades. Os setores de atividade previstos, o industrial, comercial ou agrícola, têm indícios de atividade económica legítima recorrente e autêntica por pressuporem presença física que é, por conseguinte, difícil de ser criada ou movimentada de forma artificial. Todavia, não compreendemos porque é que, por exemplo, uma atividade agrícola deve ainda provar as suas razões económicas válidas, já que é uma atividade eminentemente ativa e presencial. Resulta desta previsão um aumento substancial do escopo da norma e do ónus que recai sobre os contribuintes.

Assim, criticamos veementemente as limitações do n.º 14 neste ponto explanadas e não compreendemos a posição do legislador nacional em requerer a obtenção de crivos tão estreitos para evitar a aplicação da norma de inclusão de rendimentos. Denotamos ainda que não existe uma delimitação estrita deste *carve-out* a rendimentos passivos, matéria que saudamos, nos termos acima expostos. Também na vertente de prevenção de

abuso, satisfaz-nos a previsão de os rendimentos provenientes de entidades com relações especiais serem considerados “contaminados” devido à possibilidade de distorção dos preços, matéria que será abordada adiante no capítulo da intersecção com as regras de preços de transferência.

#### 2.2.2.3.2. Cômputo dos rendimentos

Questão complexa que deriva da sua influência de tributação de base universal é a de saber qual a legislação a aplicar para aferir o rendimento da CFC. Este ponto é fundamental porque medeia as intenções de certas jurisdições facilitarem o fenómeno da evasão fiscal e convoca o respeito pela vontade soberana dos Estados. A sua maioria, em sintonia com o disposto no Relatório Final do Plano BEPS, aplica a lei doméstica, numa postura que consideramos ponderada e congruente com a sistemática da norma CFC e com a lógica de neutralidade de exportação de capitais<sup>28</sup> sujeita a este tipo de mecanismo.

Esta opção é coerente com o racional que defende que a tributação dos rendimentos da CFC é, na realidade, a tributação dos rendimentos da empresa residente, uma vez que a sua deslocalização é abusiva, bem como artificial, e que esta metodologia visa repor a legalidade tributária interna e proteger a base tributária do Estado da acionista. Com base no exposto, pode nem se conceber como uma aplicação extraterritorial da norma CFC, mas apenas a reposição de uma situação de legalidade tributária interna. Deste modo, não parece existir uma interferência expressa na soberania fiscal do estado terceiro. Esta é a solução adotada pela ATAD e pelo art. 66.º do CIRC. Contudo, adotando uma posição contrária, seria possível defender a aplicação da lei aplicável na jurisdição onde é residente a CFC com base naquele argumento.

Outra solução seria sujeitar ao critério da jurisdição onde a CFC é residente, mas pelos motivos supramencionados, os objetivos de luta contra a evasão fiscal poderiam ser frustrados e os encargos administrativos seriam muito significativos, mesmo com a adoção dos princípios gerais de contabilidade constantes das normas de IFRS, que nem todos os países adotaram, o que torna inadequada a sua aplicação.

Decorridas as diligências acima, ficam definidos os rendimentos a integrar na base tributável da casa-mãe. Não obstante, surgem questões pertinentes sobre se a atribuição

---

<sup>28</sup> Vd. B.J. Arnold (2011-2012): a neutralidade de exportação de capitais não coincide exatamente com a lógica CFC, uma vez que esta alarga a sua base tributária ao ponto de abranger dividendos não distribuídos, contribuindo para uma confusão entre o objetivo de combater a evasão fiscal e o diferimento da tributação sobre os rendimentos.

deve ser total ou efetuada na proporcionalidade da detenção da participação ou dos direitos de voto ou de lucros da subsidiária, como é defendido na Ação 3 do Plano BEPS. No nosso entender, esta deve ser a solução adotada, privilegiando um equilíbrio da norma CFC, devendo o rendimento ser sujeito, no fim do período fiscal respetivo, à taxa de tributação da casa-mãe, para simplificação dos processos administrativos.

#### 2.2.2.3.3. Prejuízos fiscais

Esta é uma questão pouco abordada na doutrina, que, todavia, merece o seu destaque tendo em conta a relevância deste instituto para fins de planeamento fiscal, tal como denotado no Relatório BEPS, seja através da criação de prejuízos artificiais, ou através de operações societárias para a transferência dos mesmos. Existem duas grandes questões relativamente ao tratamento dos prejuízos fiscais incorridos por uma CFC. Uma é perceber qual a entidade que poderá deduzir os prejuízos fiscais. A outra é perceber de que forma será feito o reporte, se é permitida a sua dedução retroativa ou póstuma e quais os seus limites.

A Lei n.º 32/2019 que altera o art. 66.º do CIRC traz desenvolvimentos quanto a este tópico. Nos termos do n.º 4, a dedução de prejuízos fiscais é permitida na medida da detenção pelo sujeito passivo dos elementos de capital, rendimento ou de propriedade que gerem rendimentos imputáveis à regra CFC com o limite temporal dos cinco anos subsequentes. Termos em que se afasta do regime geral de dedutibilidade dos prejuízos fiscais, sobretudo após a aprovação do OE23<sup>29</sup>. Compreendemos, ainda, a posição do legislador nacional ao apenas permitir o *carry-forward* dos prejuízos fiscais, uma vez que, constatada a situação de abuso e, atentando à complexidade da norma, parece uma forma equilibrada de garantir a eficiência da mesma sem criar pesados encargos administrativos com a possibilidade de reporte retroativo. Sublinhamos ainda, que constatada a situação de abuso, ficará garantida, ainda assim, a dedução pelos prejuízos fiscais incorridos, pelo que cremos que não existirá grande arbitrariedade na solução encontrada pelo legislador nacional.

---

<sup>29</sup> Em causa, a alteração introduzida pela Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro que elimina a limitação temporal para a dedução dos prejuízos fiscais.

Quer isto dizer, que os prejuízos fiscais apurados pela mesma, seguindo as normas portuguesas<sup>30</sup>, poderão ser deduzidos à base tributável da acionista<sup>31</sup>, mas apenas na proporção do seu controlo.

Se o regime permitisse a dedução dos prejuízos na esfera da CFC a complexidade do regime seria diminuída numa primeira análise, já que a operação seria realizada de imediato no cálculo da matéria coletável da mesma. Contudo, não seria elaborada sem o controlo efetivo das autoridades portuguesas e com um mecanismo de troca de informações que garantisse a veracidade das declarações. A questão é clara no que respeita à definição de qual a lei que deve regular a dedução dos prejuízos fiscais, pelo que, defendemos que deverá ser a lei portuguesa aplicada, seguindo a lógica inerente à maioria das regras CFC. Nesta situação, a autoridade tributária teria maior facilidade em aplicar o regime nacional, em vez de uma complexa e compreensiva abordagem à luz dos regimes estrangeiros, que iria aumentar a complexidade do regime e os seus custos administrativos<sup>32</sup>.

#### 2.2.2.4. *Prevenção e eliminação da dupla tributação internacional*

Uma das problemáticas relacionadas com a norma em apreço é a possibilidade de dupla tributação, uma vez que existe uma sobreposição de normas tributárias afetas ao mesmo rendimento e que, ainda por cima, não se integram no mesmo sistema jurídico. Na ausência de normas que permitam o encaixe dos dois regimes, o Relatório Final BEPS propõe a criação de um de três métodos para a eliminação da dupla tributação. É, todavia, certo que pode existir uma isenção total de tributação aplicada pela jurisdição da CFC, caso em que tal não será necessário nem aconselhável. No entanto, nos casos em que a CFC liquida imposto ou é sujeita a uma retenção na fonte, importa perceber qual a solução a adotar.

O legislador português, nos termos do art. 66.º, n.º 8, optou por permitir a dedução dos impostos liquidados pela CFC afetos à inclusão de rendimentos, sendo deduzidos

---

<sup>30</sup> A este propósito, é interessante trazer à colação o Ac. Krakenhein (caso C-157/07 de 23 de outubro de 2008), o TJUE admitiu a conformidade com o DUE, em particular com o acordo sobre o EEE, de um regime fiscal nacional que reintegrou na sua matéria coletável os prejuízos fiscais deduzidos pelo EE, uma vez que estes eram deduzidos no Estado da fonte e da residência aquando do seu apuramento, mas os respetivos lucros seriam tributados exclusivamente na jurisdição da fonte. Neste exemplo, o TJUE não se opôs a que houvesse uma reintegração dos prejuízos fiscais na matéria tributável da jurisdição da acionista, matéria controvertida, *in casu*, no que respeitava à sua compatibilização com a liberdade de circulação.

<sup>31</sup> Vd. EY, “Portugal transposes the EU ATAD into Portuguese Tax Law” *Global Tax Alert*, 2019., disponível em: [Portugal transposes the EU ATAD into Portuguese Tax Law | EY - Global](#).

<sup>32</sup> Vd. ponto 100.1 da Ação 3 do relatório BEPS.

através da atribuição de um crédito de imposto. Todavia, esta posição não compreende os impostos liquidados pela CFC noutras jurisdições, o que não é congruente com os objetivos da norma. Também não é congruente com a aplicação indireta da mesma, que exigiria, igualmente, a eliminação da dupla tributação que surge da aplicação cumulativa de vários regimes CFC. Do mesmo modo, devemos realçar a necessidade de eliminação de dupla tributação em função da aplicação cumulativa de diferentes normas anti abuso que o regime nacional não prevê e que suscita dúvidas quanto à adequação da norma e à necessidade de tributação destes rendimentos, uma vez que o legislador podia ter legislado de uma forma claramente menos onerosa para o sujeito passivo. Este ponto será abordado no capítulo 2.3 e seguintes de desenvolvimento da temática nas vestes do DUE.

#### 2.2.2.5. A distribuição de dividendos e a dupla tributação

Outro ponto relevante que se conecta com a eliminação da dupla tributação tem que ver com o facto de a regra CFC operar mesmo em face de rendimentos não distribuídos. Nesta medida, quando num momento posterior ocorra a sua efetiva distribuição para a sociedade-mãe, será crucial assegurar a sua não tributação, caso contrário proceder-se-ia à dupla tributação do mesmo rendimento. Adicionalmente, neste cenário de efetiva distribuição de rendimentos, a aplicação de retenções na fonte pode também gerar dupla tributação. Este é um ponto polémico que embora possa levantar discussão pela agressividade da norma, se compreende, uma vez que a ficção de distribuição automática de dividendos visa inviabilizar estratégias de adiar *sine die* a efetiva tributação dos rendimentos abusivos.

A solução adotada pelo regime português é a de operar a eliminação da dupla tributação deduzindo na base tributável relativa ao período de tributação 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 períodos de tributação anteriores, sendo o eventual imposto liquidado na jurisdição da CFC aquando da efetiva distribuição do dividendo, nomeadamente através do mecanismo da retenção na fonte, creditado no rendimento da entidade residente<sup>33</sup>.

Criticamos, ainda assim, o regime português adotando o pensamento de DUARTE MORAIS, relativamente à ficção operada, na medida em que as regras CFC: “*implicam a tributação dos sócios residentes por rendimentos de que podem não ter real*

---

<sup>33</sup> Vd. art. 66.º n.º 8 do CIRC.

*disponibilidade*<sup>34</sup>”. Com efeito, a mera existência de rendimentos não implica necessariamente uma situação de solvência, o que levanta, também neste ponto, em nosso entender, dúvidas sobre a constitucionalidade da aplicação da norma, nomeadamente, da tributação automática e antecipada nestas situações ao abrigo do princípio da capacidade contributiva.

### 2.3. Enquadramento europeu

Conscientes da realidade enfrentada resultante da globalização e dos subsequentes escândalos em matéria fiscal que lhe sucederam, os Estados cooperaram no sentido de reorganizar a distribuição de poderes tributários para garantir a equidade tributária e terminar com a fuga artificial de receita. A UE interveio sob a forma de diretiva, contudo, não conseguiu evitar as enormes discrepâncias presentes nos OJs (“**Ordenamentos Jurídicos**”) europeus, em particular na concretização do regime CFC<sup>35</sup>. Esta opção tem origem não só na ausência de competência da UE em matéria de tributação direta, mas também devido à falta de consenso sobre os meios para atingir um fim que parece unânime. Há muito que a falta de harmonização na fiscalidade direta tem vindo a ser apontada como um fator potenciador de montagens artificiais<sup>36</sup> no seio da UE, realidade que a ATAD não conseguiu mudar. Até hoje, inexistente no quadro dos tratados que regulam a comunidade, uma disposição específica que atribua competências legislativas à União em matéria de harmonização da tributação direta<sup>37</sup>.

#### 2.3.1. As liberdades fundamentais

No quadro da UE, as LFs, enquanto disposições de Direito primário, gozam de primado e de uma proteção acrescida que muitas vezes é violada pelas disposições de Direito interno em matéria fiscal. Em particular, algumas regras CFC foram no passado consideradas contrárias à liberdade de estabelecimento e à liberdade de circulação de

---

<sup>34</sup> Neste sentido, DUARTE MORAIS, Rui, 2006.

<sup>35</sup> Vd. os dados compilativos da OCDE sobre a matéria de onde resulta que os Países Baixos adotam uma abordagem de sujeição à norma CFC com base na residência da entidade estrangeira de acordo com uma lista de jurisdições consideradas de baixa tributação, desconsiderando a taxa a que são sujeitas. Ao contrário, Espanha aplica a norma, se a taxa a que é sujeita for 75% inferior ao que seria devido na sua jurisdição.

<sup>36</sup> Desde a década de 60 que o relatório Neumark e o relatório van den Tempel lançaram a discussão da harmonização da tributação direta para colmatar as lacunas entre os sistemas nacionais e combater a elisão fiscal.

<sup>37</sup> Em consequência do exposto, a intervenção da União efetua-se habitualmente no âmbito do art. 115.º do TFUE, bastando-se com a adoção de diretivas para a *aproximação* das regulamentações sobre o funcionamento do mercado interno. Esta particularidade dificulta bastante o processo de harmonização devido ao processo consultivo e ao requisito de unanimidade, geralmente justificado pelo ceticismo dos Estados em abdicar da sua soberania fiscal

capitais pela desvantagem que impunham às entidades estrangeiras. Em abstrato, qualquer possibilidade de discriminação baseada na nacionalidade, residência ou local de investimento violará as LFs, salvo a verificação de uma justificação proporcional ou uma derrogação ao art. 64.º do TFUE.

De forma sumária, a liberdade de estabelecimento respeita à “*possibilidade de um nacional comunitário participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela tirar benefício*”<sup>38</sup>. A liberdade de circulação de capitais, por sua vez, respeita à circulação de qualquer direito sobre ativos ou transações transfronteiriças de capital<sup>39</sup> e tem uma dimensão externa, sendo invocável por Estados terceiros<sup>40</sup>. A distinção entre ambas assenta na influência certa ou decisiva que resulta do objeto da legislação. Se a legislação apenas se aplicar em situações de influência efetiva será aplicável a liberdade de estabelecimento, caso “não se aplique exclusivamente às situações em que a sociedade-mãe exerce uma influência decisiva na sociedade que distribui os dividendos, deve ser apreciada à luz [da liberdade de circulação de capitais]”<sup>41</sup>. Nesta medida, uma regra CFC em virtude das restrições que opera apenas pode ser considerada como uma justificação proporcional através do combate eficaz, proporcional e necessário ao abuso fiscal. Contudo, é consabido que nem sempre é este o caso, como demonstra a jurisprudência do TJUE<sup>42</sup>. Retomando a análise do requisito de controlo e a isenção de substância, versando sobre a regra CFC portuguesa, somos da opinião de que existem dúvidas quanto à sua conformidade com as LFs. A regra constante do art. 66.º do CIRC cria um requisito de controlo de apenas 25%<sup>43</sup>, que não exige uma influência certa ou decisiva, colocando-a sob o escopo de aplicação da liberdade de circulação de capitais e à mercê de invocação por Estados terceiros.

Ora, como resulta do n.º 14 deste art., as entidades residentes num EM ou num estado EEE com quem exista troca de informações, estão protegidas por uma norma de exclusão de substância, algo que não é garantido a Estados terceiros. Por isso, uma subsidiária detida por uma entidade portuguesa que fosse residente no território da UE

---

<sup>38</sup> Vd. Ac. Gebhard, § 25 (30.11.1995, C-55/94).

<sup>39</sup> No mesmo sentido, DOURADO, Ana Paula, p. 96.

<sup>40</sup> Vd. ac. C-201/05, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation, pontos 90-91 e 100-104.

<sup>41</sup> Vd. Ac. ITEL CAR, 03.10.2013, C-282/12, ponto 16 e segs.

<sup>42</sup> Vd. ponto 2.3.3., nomeadamente, no respeitante ao Ac. Cadbury Schweppes.

<sup>43</sup> Poderá inclusivamente colocar-se uma questão de proporcionalidade, já que o regime que resulta da ATAD pretende, não obstante a sua harmonização mínima, incidir sobre sociedades controladas (enfoque nosso). Ora, é difícil entender o controlo significativo ou o impacto substancial de uma participação diminuta no controlo de uma empresa com um limiar tão baixo. A análise será feita adiante.

estaria numa condição muito mais vantajosa do que uma entidade residente fora da UE, consubstanciando uma situação de discriminação que cabe aferir se é ou não admissível.

### 2.3.2. Restrições e justificações

Cabe dirimir se a discriminação é justificada à luz da jurisprudência europeia<sup>44</sup> à luz das justificações tradicionalmente aceites pelo TJUE<sup>45</sup> como a coerência do sistema fiscal, o risco de fraude e evasão fiscal, a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais, o risco de dupla utilização de prejuízos e a necessidade de repartição equilibrada do poder tributário. Outrossim, as tradicionalmente recusadas pelo TJUE<sup>46</sup> como a perda ou redução de receitas fiscais, compensação através de outras vantagens ou privilégios fiscais, a ausência de medidas de harmonização ao nível fiscal, a inexistência de um ADT. Com efeito, a jurisprudência<sup>47</sup> parece entender que uma restrição/discriminação causada por uma regra anti abuso, pode ser acolhida desde que previna a fraude e a evasão fiscal, mas o raciocínio apenas será válido, se verificados todos os passos do teste de conformidade, nomeadamente, o de proporcionalidade, onde várias normas têm esbarrado.

No teste ulterior, relativo ao controlo de proporcionalidade, não parecem existir fundamentos que justifiquem que a discriminação seja necessária à prevenção de abuso, uma vez que existem situações com racional económico onde o abuso é inexistente, mas o *carve-out* falha em concretizar os seus efeitos. Ainda ao abrigo do teste de proporcionalidade, a norma portuguesa é questionada fruto do baixo limiar de controlo de 25%<sup>48</sup> que consubstancia situações insuscetíveis de exercerem influência significativa na CFC, sobretudo, em situações em que inexistente uma elevada dispersão do capital social ou uma maioria relativa. Nestes casos, a norma portuguesa cria inconvenientes que ultrapassam largamente as vantagens operadas pela inclusão do rendimento e gera um desmesurado esforço burocrático.

---

<sup>44</sup> Daqui destacam-se as limitações trazidas ao ac. Dassonville (11.07.74, C-8/74, p. 5) com uma fórmula demasiado ampla, pelos ac.s Keck (24.11.93, C-267/91) e Cassis de Dijon (20.02.79, C-120/78)), admitindo a justificação de certas restrições, mediante algumas condições.

<sup>45</sup> Vd. respetivamente: ac.s Bachmann, C-204/90 e Comissão vs Bélgica, C-300/90, de 28.01.92); Krankenhaus Ruhesitz (C-157/07, 23.10.2008);

<sup>46</sup> Vd. respetivamente: ac.s ICI (16.07.98, C-264/96, ponto 28); “Avoir Fiscal” (28.01.86, C-270/83, ponto 21); Centros (9.03.99, C-212/97) e Avoir fiscal”, 28.1.86, C-270/83, ponto 26.

<sup>47</sup> Vd. acs. Cadbury Schwepes. Itelcar, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation e X GmbH.

<sup>48</sup> Ainda mais inadequado parece a aplicação deste limiar de controlo em situações internas entre EMs da UE, onde se infere que inexistente este risco de abuso fiscal, como constata a cláusula de salvaguarda aplicada a entidades nela situada ou em países membros do EEE.

De resto, não só no ponto da proporcionalidade, mas também, da necessidade, caso uma justificação para a discriminação fosse encontrada, encontraríamos proteção no *leading case* Cadbury Schweppes. Este acórdão (“ac.”) estabelece que as regras CFC devem cingir o seu campo de aplicação a montagens puramente artificiais para serem consideradas compatíveis com a liberdade de estabelecimento. Como já ficou demonstrado, a norma portuguesa, falha em concretizar este preceito, abarcando situações não abusivas, o que fundamenta uma restrição e conseqüente violação do direito primário da EU.

Exemplificando com um *case study*: numa situação hipotética em que a entidade B é uma *holding* sediada numa jurisdição terceira com uma tributação ligeiramente mais favorável que a que seria devida em Portugal e que esta se encontra no leque da lista negra portuguesa. A *holding* tem 26% dos seus rendimentos totais gerados através de rendimentos passivos e desempenha atividades de venda de *merchandising* e gere participações sociais. Esta subsidiária seria sujeita à inclusão de rendimento nos termos do art. 66.º, n.º 1 e n.º 6, al. a), escapando tangencialmente às isenções de substância do n.º 7 e n.º 14. Contudo, não fomos capazes de identificar qualquer situação de abuso fiscal efetivo, só que a norma CFC também não prevê no seu escopo a possibilidade de ser desaplicada a estas situações revelando uma situação manifestamente desnecessária e desproporcional. Pelo contrário, se a *holding* fosse sediada no território da UE ou em Portugal, mantendo todas as circunstâncias fiscais e financeiras, não seria sujeita à inclusão do rendimento da CFC<sup>49</sup>. Este tratamento distinto tem por base a nacionalidade, de onde resulta uma situação discriminatória para dois sujeitos passivos em situações análogas. Estamos perante um obstáculo que restringe o acesso ao mercado interno.

### 2.3.3. A deambulação do entendimento jurisprudencial

Nesta matéria, o *leading case* é o ac. Cadbury Schweppes. Todavia, devemos frisar que, posteriormente à sua prolação, a ATAD foi alterada e logo num sentido substancialmente diferente do que resultava da jurisprudência. Sucintamente, resulta do ac. sobejamente explorado na doutrina que as normas anti abuso se devem limitar à atuação sobre expedientes puramente artificiais<sup>50</sup>. Também num momento mais recente, resultou da interpretação promovida pelo TJUE no ac. X GmbH<sup>51</sup>, que as normas CFC,

---

<sup>49</sup> Vd. Ac. Schumacker, C-279/93 ponto 30: “a discriminação só pode consistir na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou da mesma regra a situações diferentes”.

<sup>50</sup> No mesmo sentido, o Ac. Haribo.

<sup>51</sup> Vd. Simmons & Simmons (2019), disponível em: [Simmons & Simmons \(simmons-simmons.com\)](https://www.simmons-simmons.com).

dependendo do seu desenho técnico, são suscetíveis de violar a liberdade de circulação de capitais e que “*são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estado*”.

Mais recentemente, o TJUE parece ter seguido rumo distinto<sup>52</sup>. Pensamos, nomeadamente, no ac. ITV, que versa sobre um regime considerado desconforme com os auxílios de estado devido à isenção sobre o financiamento de grupos com atividades no Reino Unido. Neste caso, a sociedade *holding* residente no UK registou lucros resultantes de juros sobre empréstimos a subsidiárias neerlandesas. Chamado a pronunciar-se, o TJUE defendeu que o facto de ter existido uma conexão substancial entre os rendimentos e o capital humano, bem como, com as atividades desenvolvidas no UK, é suficiente para considerar que esses rendimentos foram artificialmente desviados, em contradição com uma exigência muito mais apertada para o crivo de aplicação da norma CFC. O ac. vai mais além, designando compatível a aplicação da norma CFC a este caso, sem um juízo prévio de aferição relativo à sua incidência, como era defendido no ac. Cadbury Schweppes.

O aparecimento deste ac. surge na sequência das críticas à doutrina Cadbury Schweppes, sobretudo, pela diminuição do alcance da norma CFC que enceta e ao facto de permitir expedientes parcialmente artificiais, facto que também merece a nossa censura. Todavia, entendemos os dois pontos de vista, sendo a questão da abrangência dos expedientes parcialmente artificiais uma questão de *policy* que esta tese sinaliza. Na ausência de uma disposição em concreto, somos da opinião de que deve existir uma ponderação concreta entre a valorização das questões fiscais que poderão consubstanciar abuso e o racional económico subjacente à operação, seguindo o teste de equilíbrio da jurisprudência Foggia<sup>53</sup>. Seguindo também os ditames do TJUE no ac. SGI<sup>54</sup>, caberá à Administração demonstrar objetivamente os elementos que levam à constituição de um expediente artificial.

Com efeito, a mais recente redação da ATAD preceitua uma CGAA, passando a dispor o requisito das “finalidades principais”, o que derogou a teoria de aplicação a

---

<sup>52</sup> Vd. Mike Lane (2022), disponível em: [EU CFC State aid decision: the death of Cadbury Schweppes?, Mike Lane \(europeantax.blog\)](#).

<sup>53</sup> Vd. DA SILVA, Bruno (2019).

<sup>54</sup> Vd. Ac. SGI.

expedientes puramente artificiais. Contudo, isto é apenas uma análise artificial, porque dúvidas subsistem sobre a proporcionalidade da norma que é exigida pelo respeito ao Direito Primário. Ao abarcar tantas situações sob a CGAA o risco aumenta da diluição das competências de combate ao abuso e cria o risco de sobreposição de ambas as normas. Desta forma, a invocação comedida<sup>55</sup> do conceito de abuso<sup>56</sup>, permitirá, *prima facie*, atingir um equilíbrio necessário entre a prevenção de abuso e a liberdade económica, e, conseqüentemente, as LFs, precavendo, ainda assim, o risco de litigância com as autoridades tributárias. Não podemos deixar de sublinhar que esta divergência no entendimento da Comissão e do TJUE cria uma incerteza jurídica paradoxal, sobretudo porque o tribunal não foi capaz de se afastar perentoriamente da doutrina Cadbury Schweppes, nem tampouco, apreciou uma situação análoga na vertente atual da regra CFC da ATAD para sindicá-la à luz da nova redação.

Ainda respeitando à jurisprudência do tribunal, não estritamente sobre a aplicação da norma CFC, mas incluindo a aplicação da CGAA, este faz uma harmonização pela negativa abstendo-se de definir indícios objetivos de abuso. É que mesmo relativamente a este ponto, e atentando ao art. 7.º, n.º 2, al. b) da ATAD que elenca situações que permitem inferir uma montagem artificial, o que poderia merecer o nosso assentimento, caso os considerasse como indícios ilidíveis desse facto. Somos solidários com a apreciação casuística, que sustentamos que se deve manter atentando às diferentes entidades sob o escopo da norma, mas não podemos deixar de criticar a política passiva do tribunal, que não contribui para o esclarecimento do entendimento de abuso nem tampouco para a segurança jurídica necessária para a definição do tipo de operações que os contribuintes podem executar. Ademais, como já mencionado, situações existem onde normas anti abuso podem funcionar quase como uma presunção de abuso difícil de afastar. Acreditamos que, em todo o caso, mesmo o mais complexo de dirimir, o tribunal deve sempre atentar ao *animus*<sup>57</sup> e não só ao *corpus* da norma de abuso CFC para estabelecer as suas conclusões à luz do caso concreto, funcionando como padrão de exarcação da dúvida.

---

<sup>55</sup> Neste sentido, opinião do AG Maduro ao ac. Cartesio, ponto 29.

<sup>56</sup> Vd. SIBONY, Anne-Lise (2019), disponível em [https://www.ecgi.global/sites/default/files/working\\_papers/documents/finalsibony.pdf](https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/finalsibony.pdf) refere que o Ac. Centros, em última análise, pode permitir que os Estados se aproveitem da necessidade de combater o abuso para justificar medidas que restringir as LFs., p 12.

<sup>57</sup> Assim resulta da jurisprudência Cadbury Schweppes, Emland-Starke e Halifax. No mesmo sentido, FÉLIX NOGUEIRA, João (2009), p. 233-299.

Por fim, como já resulta do acima exposto, a sobreposição entre a norma CFC e a CGAA, que é ainda assim, mais abrangente do que a norma em estudo pela presente dissertação, deve ser limitada à sua estrita necessidade, dando-se primazia à norma especial, como aliás resulta da *ratio* da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (“CV69”). Com efeito, a CGAA, no nosso entender, deve funcionar em situações conexas com CFCs como a última *backstop rule* enquanto corolário último da definição de abuso estatuída pelo TJUE nos famosos casos dinamarqueses (“*Danish Cases*”). Resta referir, ainda, que no nosso entender, se uma situação que se pretenda com uma matéria regulada por uma norma anti abuso específica como a CFC, mas que por algum motivo, não reuniu todos os requisitos de aplicação desta, não deve, à partida ser coberta pela CGAA, a não ser em casos de clarividente situação de abuso, para manter protegidas as legítimas expectativas dos contribuintes.

#### 2.4. Relação com o regime de preços de transferência

##### 2.4.1. A intersecção dos regimes

Como já explanado, a incidência subjetiva das normas CFC é limitada à inclusão dos rendimentos auferidos pelas subsidiárias da entidade residente, não se estendendo para outras entidades relacionadas do mesmo grupo de entidades. Por consequência, a entidade estrangeira que detém a entidade residente, não será abrangida, nem tampouco as entidades detidas pela entidade-irmã da mesma. No entanto, entidades na linha colateral podem ser usadas para esquemas de BEPS, uma vez que têm uma ligação em comum que as interliga a todas as outras entidades do grupo multinacional, sobretudo em transações fictícias motivadas pela sua idêntica estrutura de capital. Com efeito, as regras CFC não impedem que empresas que integram um grupo multinacional na linha colateral estabeleçam relações comerciais entre si com base em preços fictícios para diminuir a sua base tributável. Este escopo de aplicação subjetivo limitado, inerente às normas CFC, não permitiu evitar escândalos como o caso da Google ou da GSK que permitiram a estas empresas artificialmente erodir a base tributária através de transações internas inflacionadas que impactaram o apuramento do seu lucro tributável.

Por contraponto, é precisamente aqui que as regras de TP (“**Preços de Transferência**”) operam, adaptando as transações artificiais realizadas entre entidades relacionadas às normais condições de mercado, por obediência ao princípio da plena concorrência. A metodologia parte dos preços que seriam praticados se as entidades estivessem numa situação de efetiva concorrência, em pleno mercado, como se não se

tratasse de empresas com relações especiais, inseridas no mesmo grupo multinacional. Através de correções aos preços praticados, as regras de TP eliminam o carácter fictício das transações entre entidades relacionadas que foram planeadas com o objetivo de erodir a base tributável. Esta abordagem permite abranger a globalidade das entidades do grupo multinacional, sem que existam fronteiras subjetivas que inibam a norma anti abuso de efetuar uma abordagem holística à realidade do grupo, com isto fechando o novelo das limitações subjetivas das normas CFC. Com efeito, baseando-se na criação de valor, as regras de TP permitem inclusivamente, pela sua prioridade, alterar o rendimento tributável da subsidiária de forma a ser sujeita à norma CFC pelo seu rendimento real e não pelo rendimento desviado artificialmente.

Não obstante o seu campo de aplicação alargado, as regras de TP sofrem de grandes limitações no que toca à apreciação de ativos intangíveis, nomeadamente de rendimentos originários em IP. Concretamente, o *modus operandi* das correções de preços de transferência dá-se por observância a transações análogas. Contudo, a IP não só é um ativo de difícil apreciação, como também se apresenta em alguns casos como algo inovador per si, portanto sem paralelo ou referencial que permita a sua quantificação - tipicamente considerados como "*hard to value intangibles*". De todo o modo, a administração fiscal norte-americana defende que pode ser aplicado, numa lógica *ex-ante*, o raciocínio de tributar com base no lucro expectável o rendimento da transferência dos direitos de IP, com toda a incerteza inerente e dúvida latente sobre a capacidade contributiva. A falta de definição de critérios concretos facilmente subsumíveis ao caso concreto e a possibilidade de inexistirem situações comparáveis conduz a que a aplicação de TP não seja, muitas vezes, eficiente, clara, justa ou previsível, o que reforça a importância do regime CFC para criar um nível de tributação mínimo que garanta uma justa competitividade fiscal.

#### 2.4.2. A sobreposição e interdependência dos regimes

Esta incidência é partilhada com o regime de preços de transferência criando uma sobreposição jurídica, que, todavia, é atenuada pela relação de prioridade do regime de preços de transferência. A ação 3 do plano BEPS reconhece o papel secundário das regras CFC, de onde resulta que as normas de TP têm prioridade na sua aplicação, que se entende pela necessidade de ajustar os preços artificiais antes de operar a inclusão do rendimento onde ele seria devido. Contudo, a prioridade não significa que as regras CFC irão deixar de ser aplicadas em detrimento das regras TP, mas que após a aplicação das regras de TP,

pode haver lugar à aplicação daquelas, para reorganização dos poderes tributários sobre o elemento de rendimento cujo valor foi revisto. As regras CFC irão atuar como regras de *backstop*<sup>58</sup>, colmatando as barreiras que as regras de TP não conseguem superar, como a redistribuição adequada dos poderes tributários ou a definição de um critério objetivo e simplificado para o combate à evasão fiscal. Do mesmo modo, uma aplicação de uma inclusão operada pela norma CFC que altere substancialmente a taxa a que o rendimento originalmente teria sido tributado, esvazia de utilidade a operação dos preços de transferência<sup>59</sup>.

Com efeito, não concordamos que exista uma compressão das normas CFC porque elas não foram pensadas para o mesmo propósito das TP, nem tampouco para alterar os preços praticados, mas somente, alocar o rendimento tributável onde seria devido. Quando muito, entendemos que fruto da abrangência das normas de TP, as regras CFC foram relegadas para segundo plano, não pela sua desvalorização, mas para facilidade de alocação dos elementos de rendimento descontaminados. Fruto da sua natureza, concluímos que as regras CFC pela operação de inclusão operam de uma forma mais simples, mas cega na captação do rendimento artificialmente transferido, ao passo que as regras de TP garantem uma aferição mais objetiva e garantística dos direitos dos contribuintes, procurando uma interpretação casuística de acordo com o entendimento defendido pelo TJUE. A sobreposição existente mostra que as regras de TP não foram desenhadas pensando na conjugação com as regras CFC, criando um *mismatch* que implica a interdependência dos dois regimes. Se muitas vezes se criticam os instrumentos de DFI por criarem uma manta de retalhos e, mesmo assim admitindo a sua sobreposição, sublinhamos que a interação das normas TP com as CFC criou uma complementaridade coesa que permite filtrar as situações de abuso. É, aliás, no nosso entender, prova da efetividade das normas CFC, em particular do papel preventivo de *backstop*, a adoção de um racional semelhante para o Pilar 2, como abordaremos adiante.

#### 2.5. A abordagem *nexus*

A OCDE tem vindo a manifestar preocupações com regimes excecionais de apoio ao investimento e à pesquisa e desenvolvimento (“**R&D**”) e que, tipicamente, oferecem soluções jurídicas benéficas para a proteção do investimento e da IP. Normalmente, este

---

<sup>58</sup> Assim o define DOURADO, Ana Paula, “The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU”, in *British Tax Review* 2015, p. 340-363.

<sup>59</sup> Vd. *idem*.

tipo de regimes excepcionais é providenciado por Estados com uma elevada carga tributária que dificulta o empreendedorismo ou que afasta certo tipo de estruturas. Em comum, as várias composições destes regimes oferecem condições para fomentar a inovação, fixar talento e promover o *know-how*, nomeadamente através de subsídios, majorações e de incentivos fiscais. Ademais, muitas vezes estes regimes oferecem uma isenção de retenção na fonte para rendimentos de IP que podem conduzir a situações de não tributação<sup>60</sup>. Todavia, a conjugação destes fatores torna regimes como os *patent boxes* vulneráveis à utilização para fins de evasão fiscal<sup>61</sup>, tendo a UE iniciado uma investigação sobre estes regimes, entretanto abandonada. Ora, dependendo da solução encontrada pelo regime CFC, a sua aplicação pode ser muito diferente.

Quando subjugados a uma regra CFC que nutre uma abordagem de jurisdição designada, estes regimes podem não ser abrangidos pela norma, atentando ao simples facto de a jurisdição que o institui não se encontrar prevista na lista negra. Quando subjugados a uma regra CFC que adota uma abordagem de rendimento subtributado irá depender sobre se adota como comparação o critério da taxa efetiva ou da taxa nominal. De todo o modo, a possibilidade de aplicação da norma CFC entra em confronto com este regime e levanta a questão de dirimir até que ponto a sua aplicação é justificada e se tal não representa uma intromissão inadmissível na *policy* dos Estados. É que, ao contrário do que sucede com a definição geral da carga tributária, estes regimes têm um fundamento diferente e visam prosseguir objetivos transversais e benéficos para a maioria dos Estados. Com efeito, é necessário munir as regras CFC de mecanismos de adaptação a estas realidades através da definição de critérios que garantam os controlos fiscais e a manutenção do incentivo.

A solução preconizada partiu da OCDE através da Ação 5 e criou a abordagem *nexus* baseada no requisito de atividade substancial, assumindo um compromisso de terminar com os benefícios resultantes de regimes fiscais que não cumpram os requisitos *nexus*. A verificação desses requisitos prende-se com um teste de atividade substancial e com um quadro de transparência.

---

<sup>60</sup> Vd. LI, Huaning. (2020), disponível em: [viewcontent.cgi\(yorku.ca\)](http://viewcontent.cgi(yorku.ca)) p. 53 “An MNE operating in the EU would not need to shift IP profits outside the EU in order to minimize tax. For example, an operating company could shift IP income to an IP holding company in a patent box jurisdiction without attracting royalty withholding tax<sup>39</sup> in the operating country, while benefiting from the patent box treatment in the holding country.”

<sup>61</sup> Vd. LI, Huaning. (2020), disponível em: [viewcontent.cgi\(yorku.ca\)](http://viewcontent.cgi(yorku.ca)), p. 52.

No âmbito da abordagem *nexus* modificada, as entidades ao abrigo de *patent boxes* podem ver diminuídos os rendimentos que seriam sujeitos ao tratamento preferencial. Para que haja lugar à atribuição dos benefícios do regime, deve o sujeito passivo comprovar que levou efetivamente a cabo as atividades de R&D. Essencialmente, como o próprio nome indica, deve haver umnexo entre a atividade desenvolvida ao abrigo da norma e a geração de rendimentos da mesma. Outrossim, diminui o número de entidades que podem registar os gastos com o desenvolvimento da IP, o que pode aumentar os custos de estruturação dos grupos das MNEs, para que certas entidades mantenham esta possibilidade. Para prevenir distorcer em demasia as trocas intergrupo, atribui-se uma majoração limitada a 30% para despesas qualificadas (ie. *Software*, patentes de utilização médica, etc.), quando o sujeito passivo incorra em despesas não qualificáveis, como as de *outsourcing* ou aquisição de IP. A nível de transparência a abordagem *nexus* implementa um regime de troca de informações obrigatória sobre alguns tipos de *patent boxes* e uma monitorização permanente dos mesmos.

Por tudo o exposto, concluímos que a abordagem *nexus* deveria ser incorporada no regime CFC, funcionando como uma sub-cláusula anti abuso específica para este tipo de regimes. A abordagem *nexus*, pode assim, ser uma ferramenta valiosa para fortalecer a eficácia das Regras CFC no contexto da tributação dos direitos de IP alinhando-a com a substância económica da atividade das sociedades e suavizando as dificuldades que se têm gerado pela interação das normas em crise.

## 2.6. As regras CFC e os ADTs

### 2.6.1. Sobreposição dos regimes

Atentando à operacionalização fundamental das regras em estudo, conseguimos apurar disposições, que *prima facie* não parecem ser, em abstrato, conjugáveis com o conteúdo da CMOCDE, e, por consequência, da maioria dos ADTs de inspiração ocidental. Concretamente, o art. 7.º da CMOCDE que atribui a competência tributária exclusiva ao Estado da residência do sujeito passivo, ao passo que a regra CFC opera uma inclusão do rendimento de uma subsidiária residente no estrangeiro no rendimento tributável da acionista residente. A exceção a esta regra seria um EE, nos termos do art. 5.º, caso em que a tributação seria atribuída ao Estado da Fonte, contudo, também estes estão abrangidos pela norma CFC. Consequentemente, as regras CFC através da realocação e inclusão do rendimento gerado na fonte, podendo ainda ficcionar a distribuição de rendimentos, parecem representar uma lógica unilateral oposta à

distribuição de competências tributárias da CMOCDE, através da sua extraterritorialidade. O *Conseil d'Etat*, na decisão no. 232276, RJF 10/2002, chegou inclusivamente a considerar a regra CFC francesa incompatível com o ADT celebrado com a Suíça. Alguns países, incluindo a Suíça, expressaram no comentário 27.9, tal como os Países Baixos no 27.7 e o Luxemburgo no comentário 80 as suas dúvidas quanto à sua conformidade com o art. 7.º. A própria CMOCDE assume no comentário 23 ao art. 1.º que dúvidas surgiram sobre esta interação, embora, nos termos do comentário 14 ao art. 7.º e do comentário 10 ao art. 1.º, fique claro que as regras CFC não são incompatíveis com a mesma.

O racional parte de uma análise aprofundada que tem como base a prevalência da substância sobre a forma<sup>62</sup>. Ora, partindo do princípio que o rendimento da CFC foi realmente abusivamente desviado para a jurisdição mais favorável, a norma CFC, que visa remediar a situação de artificialidade, nada mais faz do que integrá-la no rendimento da sociedade onde realmente este pertence. Paralelamente, um dos motivos subjacentes à celebração de um ADT é precisamente o combate ao abuso fiscal, sendo esta posição congruente com a teleologia do instituto. Estes são os motivos pelos quais seguimos a opinião manifestada por vários países e pela própria OCDE no sentido em que os dois instrumentos são compatíveis. Reservamos, todavia, as nossas dúvidas sobre este entendimento para o ponto seguinte, em circunstâncias excecionais.

Assim se entende do que resulta perentoriamente do comentário 81 ao art. 1.º, bem como, num contraponto mais recente com a jurisprudência apresentada, o já referido *Cadbury Schweppes* e o ac. X que não colocam em causa a compatibilidade entre ambos os regimes. É também com base no disposto que se permite afastar as preocupações com as cláusulas anti-discriminação presentes na CMOCDE, já que inexiste um tratamento desigual perante entidades uma vez que o rendimento é, na sua substância, o mesmo. Este ponto voltará a ser abordado adiante, partindo de um outro prisma.

#### 2.6.2. A compatibilidade com a CMOCDE e a hierarquia de leis

Um problema mais complexo que se tem levantado na doutrina é o de perceber a hierarquia de normas num conflito entre o DUE, em particular a norma CFC resultante da ATAD, e um ADT com especificidades que se consideram incompatíveis com a mesma, em particular, os celebrados antes da prolação dos comentários supra

---

<sup>62</sup> Vd. comentários 78, 79 e 80 ao art. 1.º da CMOCDE.

identificados, ou os celebrados com aplicação do regime de isenção, que são considerados<sup>63</sup> como dois exemplos de conflitos entre o DUE e o DFI. Tendemos a concordar, devido à proibição da retroatividade da lei fiscal e ao facto de o método de isenção se apresentar com uma oposição ainda mais direta à norma CFC, porque o Estado da Residência se compromete a isentar de imposto os rendimentos e o património que podem ser tributados no Estado da fonte.

Desenhado o escopo do conflito entre o DUE e o Direito Internacional<sup>64</sup>, cumpre apreciar se a norma CFC em questão se deve sobrepor a um ADT, estabelecendo uma fronteira entre os ADTs celebrados entre EMs e entre EMs e países terceiros.

Sendo o **ADT celebrado entre Estados Membros** antes da sua vinculação a uma fonte de DUE, deve o direito comunitário ser respeitado, seja o conflito gerado com o Direito primário ou o Direito secundário. Com efeito, o encontro de vontades dos EMs num momento posterior à celebração do ADT e a sua vinculação ao DUE, permite afastar a disposição do art. 351.º do TFUE, que dispõe que os tratados anteriores à vinculação da EU se mantêm em vigor, sem que exista uma desvinculação unilateral não consentida de uma das partes. Relativamente à hipótese de o conflito residir no confronto entre o ADT e uma norma de Direito secundário, entendemos que o Direito secundário se encontra intrinsecamente ligado ao Direito primário, por força do art. 288.º do TFUE e que, por este motivo, um conflito entre um ADT e uma disposição de direito secundário consubstancia um conflito comparável a um conflito entre dois tratados. Com efeito, com base na vinculação ao DUE e no encontro de vontade dos dois EMs, não existe uma sobreposição de tratados<sup>65</sup> uma vez que existe uma coincidência subjetiva nos dois tratados, permitindo afastar a solução proposta pelo art. 351.º do TFUE de aplicação da lei anterior. Por isso, aplicando o art. 30.º, n.º 1 da CV69 que estabelece a regra geral da prioridade da *lex posterior* para os conflitos de DIP, em conjugação com o n.º 3 que estabelece que as disposições do tratado anterior apenas se aplicam na medida em que

---

<sup>63</sup> Vd. PANZERI, Ilaria (2021), disponível em: [European Union - Tax Treaties versus EU Law Which Should Prevail - IBFD.pdf](#). Ilaria Panzeri sublinha estes dois exemplos como conflitos entre o DUE e o DFI que interferem na discussão em apreço, sustentando no mesmo sentido as posições que temos vindo a defender ao longo deste capítulo.

<sup>64</sup> Para esta análise consideramos o DUE no mesmo patamar hierárquico que o DFI.

<sup>65</sup> Note-se a posição do TJUE no sentido de que os ADTs são equiparados a normas de direito interno e que devem respeitar o DUE, não podendo justificar uma situação de discriminação. José Calejo Guerra realça que, o TJUE, não tem competência para interpretar ADTs porque estão fora da competência da UE, mas pode aferir a sua compatibilidade com o DUE. Neste sentido, entendemos que quando uma competência foi conferida à UE, ainda que partilhada, como a da criação do mercado interno, ela impede o EM de celebrar Tratados internacionais em sentido contrário, nos termos do art. 46.º da CV69.

sejam compatíveis com o tratado posterior, no caso de existir esta coincidência subjetiva, entendemos que o DUE se deve aplicar.

Na situação inversa, ou seja, quando o ADT seja celebrado entre dois Estados Membros depois da sua vinculação ao DUE, partimos do entendimento de que estes cedem parte da sua soberania em prol da competência da EU, que reflexamente impõe o respeito pelo primado do DUE. Por contraposição à situação anterior, nesta existe uma base legal de DIP que impedia a celebração de um tratado com conteúdo em sentido contrário. Por conseguinte, os EMs encontram-se impedidos de celebrarem convenções internacionais em detrimento do DUE, como resulta do art. 46.º da CV69 e do princípio *pacta sunt servanda*, contemplado no art. 27.º. Se tal fosse possível, estaríamos perante uma situação de sobreposição de tratados, numa contradição expressa com as disposições de DUE referidas, enquanto DIP. Permitir esta circunstância seria permitir aos “Estados-Membros da UE poderiam simplesmente renegociar tratados fiscais para contornar as disposições do direito da UE, minando, dessa forma, a primazia do direito da EU”<sup>66</sup>.

Na **relação com países terceiros**, a questão é mais complexa fruto da natureza relacional das obrigações que resultam do DUE que não permite a aplicação externa aos Estados terceiros, por obediência ao *pacta tertiis*. Devemos distinguir as soluções consoante a prioridade da fonte dos tratados e do DUE, mas também consoante o conflito invoque o conteúdo do Direito primário ou secundário, uma vez que as partes contratantes não se vincularam mutuamente ao DUE, pelo que não se aplica ao estado terceiro o raciocínio respeitante à cedência de soberania e à obrigação de respeito pelo primado da UE. Posto isto, numa leitura conjugada, afastando a CV69, pela aplicação da *lex specialis* presente no art. 351.º do TFUE, que estabelece que os tratados celebrados antes de 1 de janeiro de 1958 ou antes da adesão à EU se mantêm em vigor, concluímos que o DUE posterior não deve prevalecer.

Caso o início da vigência de um ADT ocorra num momento anterior à do direito secundário com o qual diverge, a nossa opinião inclina-se para a prevalência do ADT. Sucede que, à data da sua entrada em vigor, a norma que funda o conflito não estava em vigor, pelo que, poderia existir uma situação de *treaty override*, já que nenhuma norma assumida no tratado era contrária ao DUE. Por conseguinte, e uma vez que a situação não

---

<sup>66</sup> Vd. PANZERI, (Ilaria, 2021), p. 151, disponível em: [European Union - Tax Treaties versus EU Law Which Should Prevail - IBFD.pdf](#).

cai no campo de aplicação do art. 351.º do TFUE, aplicando-se a CV69, nomeadamente, o art. 30.º, n.º 4, que dispõe que, em virtude de ambas os Estados não serem partes no novo tratado (ie. no direito secundário), deve aplicar-se o tratado em que ambos reúnam essas condições (ie. o ADT)<sup>67</sup>.

O mesmo não se verifica caso o conflito se verifique em resultado da adoção de um tratado após entrada em vigor de uma norma de Direito secundário, uma vez que, nesta medida, adotamos o raciocínio explicitado anteriormente *mutatis mutandis*. Ou seja, permitir ao EM que se vincule num sentido contrário ao que já se teria vinculado, no respeitante ao DUE, com a sua força de primado e prioridade temporal, seria permitir o desrespeito pelas regras de DIP e a séria vinculação dos atores estatais. Por este motivo, e por respeito ao *pacta sunt servanda* que resulta do art. 27.º da CV69.

### 2.6.3. Convergência com a designação de lista negra

Como abordado anteriormente no capítulo 2.2.2.2, as normas CFC podem fixar um escopo de aplicação subjetiva através de uma estipulação discricionária que enumera as jurisdições consideradas com um regime fiscal claramente mais favorável. Este ponto é relevante para apreciação à luz da intersecção entre os ADTs e as regras CFC na medida em que estas simbolizam uma lógica diferente daquela estabelecida na maioria dos ADTs em vigor atualmente, o que necessita de uma adequada adaptação. O regime híbrido nacional que congrega elementos de jurisdição designada e de rendimentos subtributados é alternativo na definição de um regime fiscal claramente mais favorável, ocorrendo ou pela previsão na lista aprovada pelo Governo ou pela confrontação com uma tributação efetiva da CFC inferior a metade do imposto que seria devido nos termos do CIRC. Também a UE definiu as jurisdições de lista negra, justificando a sua inclusão pela inobservância dos standards mínimos de transparência e governação fiscal<sup>68</sup>.

Embora prossigam objetivos semelhantes, as duas listas não poderiam ter uma composição mais diferente. Desde logo, pelo número de países visados: atualmente a lista negra da UE contempla 12 jurisdições, ao passo que a lista portuguesa integra 80. Esta discrepância leva-nos a constatar que a lista portuguesa se encontra bastante afastada do entendimento europeu e da tendência para a redução do número de jurisdições elencadas,

---

<sup>67</sup> No mesmo sentido, a opinião da AG Kokott no Ac. Commune de Mesquer, para. 95.

<sup>68</sup> Na senda de elencar publicamente jurisdições cooperantes, a UE criou também uma lista cinzenta que inclui as jurisdições que se comprometeram a alinhar com essas mesmas práticas, e que, como tal, se encontram numa posição de transitoriedade da lista negra.

em virtude dos esforços de cooperação fiscal internacional que conduziram a alterações legislativas relevantes em várias jurisdições propícias às práticas de BEPS. Se por um lado a relativa estabilidade na composição da lista portuguesa tem preservado a segurança jurídica, por outro a sua grande abrangência não privilegia o comércio internacional e revela o atraso do legislador português em refletir os avanços na cooperação internacional e na *policy* fiscal internacional.

Um dos principais pontos de crítica da norma prende-se com a sua previsão que permite considerar como um regime fiscal claramente mais favorável através da inclusão da jurisdição na extensa lista negra. Ora, de acordo com o já defendido anteriormente, o respeito pelas LFs, pela proporcionalidade e com alguma jurisprudência do TJUE, exige que a norma CFC vise montagens com um certo grau de substância. Muito embora a exclusão de substância exista, ela é limitada, arrastando para o escopo da norma todos os outros rendimentos que não se coadunam nela e, que, pela circunstância de a jurisdição ser prevista na norma, caíam na sua aplicação. Ademais, atentando aos já referidos esforços de harmonização fiscal internacional e ao facto de o método de jurisdição designada poder estar desatualizado quanto à efetiva competência fiscal nociva, podemos antecipar situações de restrição e/ou discriminação em função da residência da CFC, sem que existam razões justificadas para a mesma. Levantando-se dúvidas sobre a proporcionalidade da medida e necessidade de um elenco tão extenso. Assim, se um EM incluir na sua lista jurisdições sem que exista efetivamente um regime fiscal mais favorável propício à criação de situações de abuso, poderá criar uma restrição incompatível com a liberdade de estabelecimento, e *mutatis mutandis* a liberdade de circulação de capitais, caso inclua países terceiros. A possibilidade de a discricionariedade do legislador gerar discriminação, como no caso supra, deve conduzir ao afastamento da norma por obediência ao direito primário. Por conseguinte, as soluções adotadas no ponto anterior em relação à intersecção do DUE com o DFI são alteradas perante a existência de um ADT. Nesta hipótese o afastamento da norma CFC conduz à reposição da normal distribuição de competência tributária, ainda que pautada pelos limites do abuso, ou à aplicação do ADT, caso exista<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Atentamos aos ADTs celebrados com Andorra, Barém ou Barbados que são jurisdições incluídas na lista negra portuguesa, mas não na lista negra da UE e que foram enquadradas como cooperantes no combate às práticas de BEPS, o que enfatiza a desproporcionalidade da lista negra portuguesa.

Em contraponto, o critério de tributação efetiva previsto na al. b) do n.º 6 do art. 66.º do CIRC aplica-se com base em critérios objetivos de tributação que são adequados a aferir o grau de competitividade fiscal prejudicial, mantendo uma proteção eficaz contra as práticas de BEPS. Defendemos que a lista negra não deverá atuar por excesso, mas por exceção e deve ser sujeita a revisões periódicas observando as análises sobre o grau de cooperação das jurisdições efetuadas pela OCDE e da UE.

## 2.7. Novos desafios

Olhando para o futuro, aguardamos com entusiasmo a transposição para o OJ português da Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho de 14 de dezembro de 2022 que implementa o Pilar 2. Este mecanismo emerge como um marco significativo da cooperação internacional pautando uma mudança de paradigma no DFI ao fixar um imposto mínimo global de 15% e a realocar os direitos de tributação sobre rendimentos subtributados no estrangeiro. Na sua génese está a IIR, que se inspira na mecânica da regra CFC, através da execução de uma inclusão de rendimentos subtributados das entidades subordinadas na esfera da casa-mãe para combater as práticas de BEPS levadas a cabo pelas MNEs. Com efeito, a inclusão levada a cabo pela IIR consegue tributar os rendimentos artificialmente deslocalizados para jurisdições com uma tributação privilegiada, sem a limitação subjetiva das CFC, podendo-se aplicar a todas as entidades do grupo a que pertencem. Deste modo, o Pilar 2 consegue aproximar a relação entre a criação de valor com a tributação correspondente.

Pode parecer que o Pilar 2 se sobrepõe à norma CFC e embora não o neguemos na totalidade, este argumento merece uma análise mais aprofundada. O primeiro ponto que devemos sublinhar é que o Pilar 2 tem uma aplicação global e não depende da aplicação de regras nacionais, podendo aplicar-se numa lógica extraterritorial. Do mesmo modo, a aferição do seu escopo parte dos lucros consolidados do grupo de empresas, e não por referência ao rendimento das CFC subtributadas. Ainda assim, não concordamos que o Pilar 2 seja um instrumento com uma aplicação mais lata do que a das regras CFC no que à sua incidência subjetiva diz respeito. O objetivo do Pilar 2, embora semelhante ao das regras CFC, foca-se exclusivamente em grandes grupos multinacionais com um volume de negócio global anual superior a 750 milhões de euros<sup>70</sup>, pelo que, embora

---

<sup>70</sup> Sublinhamos que esta postura nos gera bastantes dúvidas, uma vez que incluir na norma de imputação um critério que invoca a capacidade contributiva baseando-se no volume de negócios, por muito grande que seja, é duvidoso, uma vez que não reflete necessariamente a real capacidade ou saúde financeira das empresas.

existam semelhanças no racional e na aplicação, a sobreposição dos dois normativos é limitada aos grandes grupos económicos. Não antevemos, por isso, que as normas CFC se vejam relegadas para um segundo plano pela vigência do Pilar 2. Com efeito, ainda assim, relativamente aos poucos casos de efetiva sobreposição entre ambas as normas, somos da opinião de que precede a norma CFC à aplicação do *top-up tax* do Pilar 2. Isto porque a regra CFC deve atuar primeiro ao nível da entidade controladora, na sua lógica de proteção da base tributária da jurisdição lesada pela manobra artificial, estipulando assim o verdadeiro rendimento tributável que deve ser considerado para cálculo dos lucros consolidados do grupo sujeito ao Pilar 2. Só após a reposição da conformidade com os ditames fiscais é que se poderá configurar a necessidade ou não de aplicação do *top-up tax* do Pilar 2 para atingir o nível mínimo de tributação global exigido.

Assim, não se antecipando uma colaboração internacional de igual ordem à que levou à aprovação do Pilar 2 para as normas CFC, nem tampouco se vislumbrando vontade multilateral para tal, estamos em crer que as regras CFC irão continuar a operar como o instrumento predileto de prevenção de combate à deslocalização de lucros para jurisdições claramente mais favoráveis. Sublinhamos, ainda assim, a inspiração que trouxe a uma das mais importantes reformas do DFI, que visa tributar as MNE e que se apresenta como uma *super-CFC*<sup>71</sup>.

Também a Diretiva Unshell, também conhecida por ATAD 3, merece a nossa atenção pela proposta que apresenta para indicadores de substância e pela natureza de sucessora da ATAD 2 em que nos baseamos. Voltamos a sublinhar o seu contributo para uma maior previsibilidade dos critérios indiciários de abuso, sobretudo, no que às holding diz respeito, como invocado no capítulo respetivo.

A sua aplicação depende de 3 requisitos: mais de 65% do seu rendimento nos últimos 2 anos ser relevante (tipicamente passivo), mais de 55% do rendimento provir de atividades transfronteiriças e ter uma administração externalizada. Verificados todos os requisitos impostos pela Diretiva, e desde que os acionistas sejam residentes num EM, opera uma norma de inclusão de rendimentos semelhante à regra CFC. Com base no exposto, saudamos a concretização de critérios que privilegiam a previsibilidade do Direito, que reputamos de adequados, atentando aos limiares de aplicação moderados. Do

---

<sup>71</sup> Vd. HEY, Johanna (2020): GloBE: Do We Need a Super-CFC? (Forthcoming: Intertax, Vol. 49, 2021, Issue 1) - Kluwer International Tax Blog, disponível em: (kluwertaxblog.com).

mesmo modo, a implementação de consequências fiscais e contraordenacionais pelo incumprimento das obrigações da Diretiva merece o nosso apreço quanto à execução dos princípios que se propõe alcançar. Ademais, a possibilidade de ilidir a presunção de empresa de fachada com uma avaliação concreta da sua lógica empresarial subjacente e sobre os rendimentos ativos parece resultar numa evolução do carácter abstrato e pouco concretizado da definição de abuso que a ATAD 2 implicou. Seria positivo que os EMs se entendessem para a sua aprovação e que a jurisprudência do TJUE convirja no sentido de uma maior definição sobre o que deve ser considerado abuso no seio do OJ da UE.

### 3. Conclusões

À data de elaboração da presente dissertação contam-se 29 anos desde a adoção do OJ das normas CFC e 5 anos desde a sua mais recente alteração. Na véspera das 3 décadas elaborámos uma reflexão sobre o seu contributo para o Direito Fiscal nacional e traçámos um balanço positivo, que, todavia, merece ser aprofundado.

Alicerçando a nossa perspetiva na lógica da prevenção e do combate da evasão fiscal, consideramos que dificilmente o regime português poderia ser mais dissuasor dada a sua larga aplicação subjetiva e objetiva. No entanto, no respeitante à eficiência da norma e à simplificação de processos na sua aplicação, fomos sublinhando bastantes espaços para melhoria, sob o prisma da *tax design policy*. Ainda nesta senda, consideramos que o regime não é eficiente e falha em atingir um equilíbrio entre os comandos administrativos e o espaço de autonomia privada dos contribuintes enquanto requisito fundamental para a dinamização da internacionalização da economia portuguesa.

Concretamente, no que diz respeito à norma portuguesa, como resulta da comparação com outros regimes, o principal foco da nossa crítica dirige-se ao limiar de detenção bastante limitado que não encontra justificação. Aplicar uma norma anti abuso a um contribuinte sem capacidade de decisão sobre o futuro da entidade é aplicar uma medida desproporcionada e desnecessária, devendo caber essa inclusão de rendimentos à norma CFC correspondente à entidade que reúne condições para o fazer. Por esse motivo, o requisito que consta do n.º 1 deve ser substituído por um limiar de controlo efetivo.

No mesmo sentido, o campo das isenções, que sinalizámos como fundamental para a conformidade do regime com o DUE, apresenta-se como diminuto, arbitrário e desajustado com os preceitos europeus de razões económicas exclusivas. O método de jurisdição designada aplicado por Portugal é manifestamente desproporcional e

desenquadrado de toda a *policy* internacional, cabendo ao legislador terminar com a postura de desleixo que tem pautado os mais recentes executivos. Todavia, a nossa opinião é ainda mais radical. Entendemos que a lista negra deve ser abandonada ou, no mínimo, alterada e diminuída, dando primazia exclusiva ao critério de rendimentos subtributados que não se encontra sujeito a uma discricionariedade política tão forte da Administração. Só deste modo iremos atingir uma maior convergência com os congêneres europeus e eliminar as barreiras desnecessárias que o regime cria ao comércio internacional. Neste sentido, caso o legislador deseje manter a lista negra, sugerimos a definição de critérios objetivos de aplicação automática que dispensem a sua atualização, que, ao que apurámos, não parece ser uma prioridade dos executivos recentes.

Outro ponto fulcral prende-se com os *carve-outs*, sobretudo, com o presente n.º 14 que inexplicavelmente cria requisitos excessivos à sua aplicação no caso de CFCs que sejam residentes em Estados do EEE, resultando numa violação clara da liberdade de circulação de capitais nos termos acima descritos. Também nos termos deste número, a operacionalidade pela negativa com referência a razões económicas válidas cria na exceção à regra geral de inclusão o elemento adotado unanimemente que em muitos outros regimes é fonte de exclusão automática, mas que o legislador português resolveu condicionar, o que nos parece extremamente desproporcional. Com efeito, a norma portuguesa aproxima-se de uma presunção de abuso dificilmente ilidível que deve ser relaxada e que carrega consigo um pesado fardo burocrático que excede o necessário para dissuadir as práticas de abuso fiscal. Num ponto lateral, mas não menos importante, o legislador parece ter encarado com alguma leviandade a eliminação da dupla tributação, podendo suscitar situações de excesso da norma CFC, indo para além do estrito abuso e colocando em risco a sua conformidade com o DUE.

Também concluímos que o legislador europeu não foi coerente, encontrando-se a regra CFC da ATAD em confronto com os preceitos do DUE e com a jurisprudência do TJUE, aos quais merece obediência. Consideramos que a furtiva alteração da ATAD na sequência da jurisprudência Cadbury Schweppes é injustificada. Pese embora o seu carácter algo permissivo, que defendemos que merece manter-se como *leading case*. Sucede que a alteração do critério “finalidades principais” da CGAA é vago e pode configurar uma presunção inilidível devido à estrutura de algumas normas em violação da jurisprudência SGI, o que merece o nosso repúdio pela inflexibilidade e imprevisibilidade da norma. A sua desproporcionalidade gera um efeito contrário aos

tratados e até mesmo ao racional económico que impera na UE, criando obstáculos à troca de capitais e ao exercício das LF. Ademais, como resulta do estudo de Direito comparado, a ATAD contribuiu com uma harmonização muito heterógena, levando a que continuem a existir lacunas entre os regimes nacionais. Com efeito, na ausência de uma alteração legislativa, caberá ao TJUE esclarecer o alcance da expressão “finalidades principais” e limitá-la ao estritamente necessário para uma análise casuística ao abrigo das normas anti abuso existentes. Do mesmo modo, esperamos que a jurisprudência se consolide e multiplique de forma a elucidar os contribuintes dos seus riscos, nomeadamente, sobre a qualificação de abuso e dos indícios da sua verificação, para que a norma dissuasora não se convolve numa norma injusta e imprevisível. Ainda sobre este ponto, na intersecção entre a CGAA e as cláusulas anti abuso específicas temos a sublinhar que devem estas sobrepor-se àquela, privilegiando a concretização do escopo específico da norma especial, que acreditamos contribuir com um ganho de especialidade. Com efeito, defendemos que a CGAA deve ter uma natureza de aplicação acessória às normas específicas, quando uma situação se encontre no seu escopo objetivo.

Quanto ao futuro da norma CFC, decorridos 61 anos desde a implementação do *Revenue Act* sublinhamos que vêm sendo relegadas para um plano secundário, o que não é necessariamente negativo. Como constatado, a proliferação de novos regimes complementares à sua aplicação não retirou espaço à sua aplicação como *backstop*, criando um DFI heterogéneo, mas funcional e coeso. É devido a esta conjuntura e aos desenvolvimentos recentes que consideramos que existe margem para uma simplificação dos mecanismos em análise que beneficiaria os operadores económicos e facilitaria a tarefa das autoridades administrativas.

Os novos instrumentos de DFI derivados da regra CFC, como a proposta da ATAD 3 ou do Pilar 2 refletem o sucesso deste tipo de norma. São também decorrências lógicas da emancipação e melhoria contínua de um regime CFC que tem possibilidades de ser melhorado. A sua eficácia na luta contra a evasão fiscal e o seu papel na reposição de uma justa distribuição de competências fiscais parece replicada na inexistência de jurisprudência portuguesa na matéria e parece reafirmar o cumprimento do seu papel de dissuasão e prevenção do abuso fiscal.

Ao que ao futuro diz respeito, colocamos a nossa esperança na maior definição dos termos que estão subjacentes à aplicação do regime, em particular, na consubstanciação dos conceitos indeterminados que convoca. Para este efeito, a doutrina

e a jurisprudência terão um papel fundamental na prossecução da segurança jurídica enquanto corolário do estado de Direito e do princípio de Justiça em sentido material, como fenómenos de mitigação do risco nas montagens com reflexos fiscais.

#### 4. Tabelas de comparação CFC

Requisito/País	Portugal	Espanha	França	EUA	Brasil
Tipo de controlo	Tem implícito um interesse substancial, sem imposição de influência certa/decisiva.	A detenção mínima implica uma situação de controlo maioritário, com uma influência certa/decisiva.	A detenção mínima implica uma situação de controlo maioritário com influência certa/decisiva.	Poderes de voto conjugado com todas as classes de ações com direito a votos.	Influência significativa de uma pessoa jurídica que participe de uma Coligada.
Limiar de controlo	Pelo menos 25% das partes de capital, direitos de voto ou dos direitos aos rendimentos/elementos patrimoniais.	50% ou mais do capital social, capital próprio, lucros ou direito de votos.	50% <sup>72</sup> ou mais sobre as ações, partes, direitos financeiros ou direitos de votos.	Mais de 50% das ações com direito de voto ou do valor global das ações.	Mais de 50% dos direitos de voto ou do valor das ações em circulação
Detenção indireta	Sim.	Sim.	Sim.	Sim.	Sim.
Norma anti-fragmentação	Sim.	Sim.	Sim.	Sim.	Não.
Aplicação a empresas residentes	Não.	Não.	Sim.	Não.	Sim.

#### Definição, cômputo e atribuição do rendimento da CFC

Requisito/País	Portugal	Espanha	França	EUA	Brasil
Tratamento dos rendimentos CFC	<i>Entity approach</i> , nos termos aprofundados acima.	Abordagem híbrida que congrega elementos da inclusão global <sup>73</sup> de rendimentos com uma abordagem transacional, caso os requisitos para a inclusão global não se verifiquem.	<i>Entity approach</i> , nos termos da qual todos os rendimentos obtidos pela CFC são imputados ao sujeito passivo residente.	<i>Entity approach</i> que acrescenta ao apuramento do lucro tributável da entidade residente o rendimento de <i>Subpart F</i> (rendimento considerado contaminado).	<i>Entity approach</i> , todo o rendimento da CFC é atribuído à entidade residente.

<sup>72</sup> Este limiar baixa para 5% quando o capital social da CFC é detido direta ou indiretamente através de sociedades estrangeiras controladas pela sociedade-mãe francesa.

<sup>73</sup> A inclusão global é despoletada caso a CFC não tenha à sua disposição uma estrutura adequada para a justificação das suas atividades.

Critério para classificação do regime como claramente mais favorável	Lista negra interna ou comparação com o imposto que seria devido em Portugal (será sujeito se o imposto efetivamente pago seja inferior a 50% do que seria devido nos termos do CIRC).	Imposto 75% inferior ao que seria devido pela aplicação do regime geral tributário espanhol.	Imposto inferior a 50% do que seria devido pela aplicação do regime geral tributário francês.	Rendimentos passivos, excluindo-se os dividendos distribuídos por entidades relacionadas sediadas no mesmo país. Adota a abordagem de rendimentos subtributados.	Taxa nominal aplicável inferior a 20% cumulada com a abordagem de jurisdição designada.
Exclusões e isenções	As exclusões objetivas aplicam-se quando certos rendimentos excedam 25% do total dos rendimentos da CFC <sup>74</sup> . A exclusão subjetiva é aplicável se a CFC seja residente ou esteja estabelecida num Estado membro da EU ou do EEE <sup>75</sup> .	São excluídos quando certos rendimentos contaminados não representem 15% ou mais dos rendimentos totais. Não se incluem rendimentos ativos quando 2/3 provenham de atividades creditícias, financeiras, de seguros ou de prestações de serviços realizadas com entidades residentes em território espanhol.	São excluídos os rendimentos quando a entidade demonstre que não foram localizados no regime preferencial por motivos fiscais. Em princípio não se aplica a CFCs sediadas em EM.	Não são incluídos rendimentos ativos nem industriais. Rendimentos tributados a uma taxa de pelo menos 90% do que seria devido nos termos da <i>Subpart F</i> são excluídos.	A norma brasileira não apresenta ressalvas e limitações anti abuso tais como: localização em países de baixa tributação, renda essencialmente passiva e grau de participação da entidade brasileira na CFC.
Aplicação a entidades relacionadas	Sim.	Sim	Sim.	Sim.	Sim
Dedução de prejuízos fiscais	Dedutíveis nos cinco períodos de tributação seguintes.	Sim, nos termos gerais e sujeito a um <i>pro rata</i> , por referência ao rendimento passivo.	Os prejuízos da entidade controladora podem ser imputados aos lucros da subsidiária e vice-versa.	Os prejuízos da CFC não são dedutíveis à entidade residente, mas apenas à CFC, nos termos da lei local.	Os prejuízos da CFC serão consolidados no apuramento do lucro tributável da entidade residente.

### Atribuição do rendimento da CFC

<sup>74</sup> São rendimentos tipicamente indiciários de abuso e ligados à distribuição de lucros, IP, capitais, operações de crédito, operações financeiras, atividade seguradora.

<sup>75</sup> No caso de apenas pertencer ao EEE, apenas se verifica a exclusão se a atividade económica desenvolvida for a de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento e instalações e se estiver em vigor uma que preveja a troca de informações.

Requisito/País	Portugal	Espanha	França	EUA	Brasil
Eliminação da Dupla Tributação	É dedutível ao lucro tributável da entidade residente o imposto efetivamente liquidado na jurisdição da CFC.	É dedutível ao lucro tributável da entidade residente o imposto efetivamente liquidado na jurisdição da CFC.	É dedutível ao lucro tributável da entidade residente o imposto efetivamente liquidado na jurisdição da CFC.	Aplica-se um crédito de imposto limitado ao imposto a liquidar nos termos da lei americana.	Inexistente, apenas existe uma dedução com base nos rendimentos da CFC calculados com base nos investimentos no estrangeiro por referência a certas atividades.
Taxa estatutária máxima	31%	25%	25,8%	21%	34%

## Referências bibliográficas:

### 1. LIVROS E CAPÍTULOS DE LIVROS

AA. VV., “Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, Almedina, 2015.

AGUIAR, Nina, 2011, “Direito Fiscal: Tributação do Consumo e do Património, Fiscalidade Ambiental e Tributação do rendimento”, *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches Volume V*, Almedina.

ARNOLD, B.J., *A Comparative Perspective on the US Controlled Foreign Corporation Rules*, 2011, Canadian Tax Foundation.

CORREIA, Miguel (2013) - *Taxation of Corporate Groups*, Tese de doutoramento em Direito. Bruxelas, London School of Economics.

DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2017, Almedina, Coimbra.

DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

HOENJET, François. "The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive", 1997, *EC Tax Review*.

MORAIS, Duarte – “Sobre a noção de cláusulas anti-abuso em direito fiscal” in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, 2006.

MORAIS, Duarte - *Imputação dos Lucros de Sociedades não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado (Controlled Foreign Companies, O art.º 60º do C.I.R.C.)*. Porto: Universidade Católica, 2005. ISBN 972-8069-60-X.

NOGUEIRA, João Félix Pinto - *Justificaciones y proporcionalidad. Los dos últimos tramos en la jurisprudencia del TJUE en materia de compatibilidad de normas tributarias internas sobre fiscalidad directa con las libertades fundamentales. In Impuestos directos y libertades del TJUE: cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la EU*. ESPANHA, 2016. ISBN 978-84-9135-200-6.

NOGUEIRA, João Félix Pinto “Abuso de direito em fiscalidade directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, in Revista da FDUP, 2009.

Pistone, Pasquale e Maisto, Guglielmo, “A European Model for Member States’ Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1”, European Taxation, 2008.

PISTONE, Pasquale; e RITA, SZUDOCZKY, - The coordination of tax policies in the EU in: Introduction to European Tax Law on direct taxation. Viena, 2016.

SANTIAGO, Bruno; e Ana CARRILHO, 2021 “Tributação em Portugal de Entidades Transparentes Localizadas no Estrangeiro” em Revista *Fiscalidade*, n. °1, 2021.

Schmidt, Peter Koerver – “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 the Anti-Tax Avoidance Directive”, *Nordic Tax Journal*, (2016).

SILVA, Bruno da, “Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA. Meaning of ‘valid commercial reasons’ under Art. 11 (1) (a) of the Merger Directive”, Highlights & Insights on European Taxation, vol. 6, 2012, Kluwer Law International.

SZUDOCZKY, Rita. “The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation: primary law, secondary law, fundamental freedoms and state aid rules”, *Amsterdam: Online Books IBFD*, dezembro de 2014, [https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-08/15\\_010\\_The%20Sources%20of%20EU%20Law%20and%20Their%20Relationships\\_final\\_web\\_0.pdf](https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-08/15_010_The%20Sources%20of%20EU%20Law%20and%20Their%20Relationships_final_web_0.pdf) consult. em 18/05/2023.

## 2. ARTIGOS CIENTÍFICOS

AA. VV., “when are domestic anti-avoidance rules in breach of primary and secondary EU law? – comments based on recent ECJ decisions.” *European Taxation v. 58*, n. 4, 10/abr/2018. <https://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2018/05/When-Are-Domestic-Anti-Avoidance-Rules-in-Breach-of-Primary-and-Secondary-EU-Law.pdf> consult. em 18/05/2023.

AA. VV., “No one is Doing inversions Anymore, so Why Does code sec. 7874 Apply to My Deal?”, 2022, ITJ\_48-04\_DeNovio-McCrain-Pandolph.pdf (lw.com).

CARLOS BARRADAS, Maria, “As Holdings e a proposta ATAD 3 (ou Diretiva Unshell): Um regime específico para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais”, s.d., <https://portal.oa.pt/media/142477/maria-amelia-barradas-carlos.pdf>.

DOURADO, Ana Paula, “The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU”, in British Tax Review 2015.

EY, “Portugal transposes the EU ATAD into Portuguese Tax Law” Global Tax Alert, 2019, [https://www.ey.com/en\\_gl/tax-alerts/portugal-transposes-the-eu-atad-into-portuguese-tax-law-](https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/portugal-transposes-the-eu-atad-into-portuguese-tax-law-)

GALLARDO, Gonzalo. “Spain: Complexities of participation exemption and the CFC rules, *International Tax Review*, dezembro de 2021, <https://www.internationaltaxreview.com/article/2a6aaa1s2uhuklc0esd8g/spain-complexities-of-participation-exemption-and-the-cfc-rules> consult. em 22/06/2023.

HEY, Johanna, GloBE: Do We Need a Super-CFC?, (2020), kluwertaxblog.com.

Lane, Mike, “EU CFC State aid decision: the death of Cadbury Schweppes, European Tax Blog, 2022, EU CFC State aid decision: the death of Cadbury Schweppes? Mike Lane (europeantax.blog).

LI, Huaning “The Nexus Standard and its Implications for International Tax The Nexus Standard and its Implications for International Tax Competition and Soft Law “, (2020), <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=phd>.

PANZERI, Ilaria, “Tax Treaties versus EU Law: Which Should Prevail?” (2021)

POMERLEAU, Kyle “Inversions under the New Tax Law”, Tax Foundation, 2018, <https://taxfoundation.org/blog/inversions-new-tax-law/>.

POMERLEAU, Kyle, Daniel Bunn, Thomas Loche, “Anti-Base Erosion Provisions and Territorial Tax Systems in OECD Countries”, *Tax Foundation*, julho de 2021, <https://files.taxfoundation.org/20210706174904/Anti-Base-Erosion-Provisions-and-Territorial-Tax-Systems-in-OECD->

[Countries.pdf?\\_gl=1\\*1rp3a8y\\*\\_ga\\*MTU1MjAyODUxMC4xNjgwMTg5ODIx\\*\\_ga\\_FP7KWdV08V\\*MTY5MDM4NzAwMS45LjAuMTY5MDM4NzAwMi41OS4wLjA.](#)

SIBONY, Anne-Lise “Centros and the Internal Market”, (2019), [https://www.ecgi.global/sites/default/files/working\\_papers/documents/finalsibony.pdf](https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/finalsibony.pdf).

SLATER, “US tax reform – A closer look at the Tax Cuts and Jobs Act (HR1)”, PWC, 2018.

TODER, Eric “Is a Territorial Tax System Viable for the United States?”, *Tax Policy Center*, março de 2017, <https://www.taxpolicycenter.org/publications/territorial-tax-system-viable-united-states/full>.

TODER, Eric “Territorial Taxation: Choosing Among Imperfect Options”, *American Enterprise Institute*, dezembro de 2017, <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2017/12/Territorial-Taxation.pdf?x91208>.

### 3. FONTES OFICIAIS

OXFAM, “The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax” Tax Battles, 2016.

Taxation Trends in the EU, June 2022, DG Taxation and Customs Unit / Eurostat

### 4. JURISPRUDÊNCIA

Ac. de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, EU:C:2006:544.

Ac. de 8 de junho de 2022, ITV plc, T-363/19 e T-456/19, EU:T:2022:349.

Ac. de 10 de novembro de 2001, Foggia C-126/10, EU:C:2011:718.

Ac. de 17 de julho de 1997, Leur-Bloem, C-28/95.

Ac. de 20 de fevereiro de 1979, Cassis de Dijon, C-120/78, EUCL:C:1979:42.

Ac. de 28 de janeiro de 1986, Avoir Fiscal, C-270/83, EUCL:C:1986:40.

Ac. de 28 de janeiro de 1992, Comissão vs Bélgica, C-300/90, EUCL:C:1992:27.

Ac. de 24 de novembro de 1993, Keck, C-267/91, EUCL:C:1993:905.

Ac. de 16 de julho de 1998, ICI, C-264/96, EUCLI:C:1998:370.

Ac. de 9 de março de 1999, Centros, C-212/97, EUCLI:C:1999:126.

Ac. de 23 de outubro de 2008, Krankenhaus Ruhesitz, C-157/07, EUCLI:C:2008:586.

Ac. de 23 de outubro de 2008, Krankenhaus, C-157/07, EUCLI:C:2008:586.

Ac. de 23 de abril de 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation, C-201/05, EUCLI:C:2007:63.

Ac. de 15 de janeiro de 2014, Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 102/12-30.

Ac. de outubro de 2002, Conseil d'Etat, decisão n.º 232276, RJF 10/2002.

Ac. de 30 de novembro de 1995, Gebhard, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

Ac. de 28 de janeiro de 1992, Bachmann, C-204/90.

Ac. de 11 de julho de 1974, Dassonville, C-8.74, ECLI:EU:C:1974:82.

Ac. de 16 de dezembro de 2008, Cartesio, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723.

Ac. de fevereiro de 2019, X GmbH, C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136.

Ac. de 14 de dezembro de 2000, Emsland.Starke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg Jonas, C-110/99.

Ac. de 21 de janeiro de 2010, SGI, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26.

Ac. de 21 de fevereiro de 2006, Halifax, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121.

Opinião do AG Maduro ao de 16 de dezembro de 2008, Cartesio, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723.

Opinião da AG Kokott Commune de Mesquer de 22 de outubro de 2009, C-378/08 e processos apensos C-379/08 AND C-380/08, ECLI:EU:C:2008:174.

**Palavras-chave:** sociedades estrangeiras controladas, abuso fiscal, holding, preços de transferência, CFC, neutralidade de exportação de capitais, acordos sobre dupla tributação, Direito Fiscal Internacional, normas anti abuso, BEPS, rendimentos contaminados, ATAD, holdings, Cadbury Schweppes, evasão fiscal, lista negra, regime fiscal claramente mais favorável.