

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Mestrado de Direito Fiscal – 2014/2015



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Tese de Mestrado

Controlled foreign corporations – o paradigma do IRC português

Sob orientação do **Dr. Filipe Romão**

Diogo Pinto de Oliveira Gomes

Lisboa, Julho de 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
1. INTRODUÇÃO. DELIMITAÇÃO DO OBJETO	7
2. ASPETOS GERAIS	9
2.1. PLANEAMENTO FISCAL	10
2.2. EVASÃO FISCAL	11
2.3. ELISÃO FISCAL.....	11
2.4. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE GESTÃO FISCAL	12
3. O MECANISMO DE IMPUTAÇÃO DE LUCROS NO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS EMPRESAS – O ARTIGO 66.º DO CIRC	14
3.1. ENTIDADES NÃO RESIDENTES	17
3.2. REGIME FISCAL CLARAMENTE MAIS FAVORÁVEL	18
3.2.1. LISTA APROVADA PELA PORTARIA DO MEMBRO DO GOVERNO RESPONSÁVEL PELA ÁREA DAS FINANÇAS	19
3.2.2. SUJEIÇÃO A UM IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO IDÊNTICO OU ANÁLOGO AO IRC	21
3.2.3. TAXA DE IMPOSTO.....	23
3.3. REQUISITOS LEGAIS	24
3.3.1. INTERESSE RELEVANTE NA ENTIDADE CONTROLADA.....	24
3.3.2. A IMPUTAÇÃO.....	25
3.3.3. NATUREZA JURÍDICA	29
4. DA COMPATIBILIDADE DO MECANISMO COM OUTRAS FONTES DE DIREITO	30

4.1 DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....	30
4.2 DOS TRATADOS.....	35
4.3 DO REGIME ESPECIAL DA ZONA FRANCA DA MADEIRA	41
5. CONCLUSÃO.....	42
6. BIBLIOGRAFIA	45

ABREVIATURAS

Ac./acs.	Acórdão/acórdãos
ADT	Acordo(s) para evitar a dupla tributação
Anot.	Anotação
Art.º	Artigo
AR	Assembleia da República
AT	Administração Tributária
ATI	Acordo (s) para Troca de Informações em Matéria Fiscal
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFUC	Boletim da Faculdade da Universidade de Coimbra
CC.	Código Civil
CCTF	Cadernos de Ciência e de Técnica Fiscal
CCCTB	Matéria Tributável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
CFC	<i>Controlled foreign corporation</i> - empresas detidas não residentes
Cfr.	Confrontar
CINM	Centro Internacional de Negócios da Madeira
CIRC	Código do imposto de rendimento sobre as pessoas coletivas
CIRS	Código do imposto de rendimento sobre as pessoas singulares
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais

CTF	Ciência e Técnica Fiscal
DGCI	Direção-Geral das Contribuições e Impostos
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
EE	Estabelecimento Estável
EEE	EEE
EM	Estado Membro
LEO	Lei do Orçamento de Estado
IRC	Imposto de Rendimento sobre as Pessoas Coletivas
IRS	Imposto de Rendimento sobre as Pessoas Singulares
LGT	Lei Geral Tributária
OCDE	Organização (para a) Cooperação e Desenvolvimento Económico
op. cit.	Na obra citada
Org.	Organizado
P.	Página(s)
p.e	Por exemplo
Proc.	Processo
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado (sobre o) Funcionamento da União Europeia

TJUE	Tribunal Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TC	Tribunal Constitucional
UE	União Europeia
Vol.	Volume
ZNF	Zona Franca da Madeira

1. INTRODUÇÃO. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Atualmente, e possivelmente mais do que em qualquer outra altura da história, *globalização* é um termo bastante em voga, com o qual nos deparamos diariamente, na maioria das vezes para explicar o fenómeno do progressivo aumento da integração económica entre países¹. Consequentemente, esta crescente e necessária integração tem vindo a culminar no incremento significativo do fluxo de bens, serviços e capital através das fronteiras nacionais, resultando numa acesa competição entre os Estados pelas receitas fiscais.

Ou seja, apesar dos positivos contributos, a *globalização* tem vindo a criar uma dinâmica geradora de perda de poder tributário dos Estados, em virtude da construção de esquemas de planeamento fiscal que levam à erosão das respetivas bases tributárias. Isto leva a que os Estados se tenham deparado com uma situação de *concorrência fiscal* à escala global, que os leva a criar *mecanismos de combate ao esvaziamento das bases tributárias*².

A particularidade deste fenómeno prende-se, desde logo, com a dificuldade que cada Estado tem em impor um sistema fiscal que sirva os seus propósitos, mantendo-se cada um desses Estados fiscalmente competitivo, uma vez que “as leis fiscais estão, em larga medida, submetidas às leis de mercado”³.

Possivelmente por insatisfação perante as soluções internacionais existentes, ou então com o seu funcionamento, Portugal tem vindo a densificar um conjunto de instrumentos antiabuso, medidas legislativas unilaterais, com o especial objetivo de prevenir a erosão das bases tributárias, em virtude do *planeamento fiscal internacional agressivo* promovido por parte de alguns *contribuintes residentes* que se aproveitam, devida ou indevidamente, da situação de concorrência descrita.

Porém, estes mecanismos antiabuso, além de levantarem algumas questões de compatibilidade com outras fontes de Direito, nomeadamente com tratados internacionais, internamente suscitam-nos questões de interpretação e aplicação⁴. O caso

¹ Neste sentido, SAMUELSON / NORDHAUS, *Economia*, 18.ª Edição, Lisboa, McGraw-Hill, 2005, p. 32-33.

² Cfr. DUARTE MORAIS, *Imputação de lucros de sociedades não residentes (...)*, Universidade Católica, 2005, p. 21-59.

³ Idem.

⁴ Cit. SÉRGIO VASQUES, *Manual de direito fiscal*, Almedina, 2008, p. 313-314.

paradigmático desta situação, em sede de IRC, e que nos propomos analisar, é o mecanismo de *imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*⁵, presente no artigo 66.º do CIRC.

Embora entendamos que a razão de ser desta cláusula antiabuso seja a de prevenir que o sistema fiscal seja defraudado através da manipulação de formas jurídicas, pelos contribuintes residentes, através da realização de *negócios jurídicos*⁶ formalmente consonantes com a lei, mas cujos contornos escapam a qualquer racionalidade económica, tendo por único objetivo o não pagamento de impostos⁷, consideramos, também, que este preceito merece uma particular reflexão crítica.

Este mecanismo «coloca em oposição o princípio da autonomia privada e o princípio da autoridade tributária⁸», sinteticamente, ao impor que um contribuinte residente possa ser tributado por rendimentos cujo titular é uma outra pessoa jurídica.

Assim, propomo-nos a estudar o atual regime do artigo 66.º do CIRC, analisando e explicando as suas principais e controversas questões práticas, a sua conformidade e posicionamento hierárquico ao nível geral das demais fontes de Direito vigentes no nosso ordenamento, sem ignorar o que tem sido decidido nos tribunais, principalmente no TJUE, relativamente a esta temática, e separando aquilo que julgamos merecedor de elogio e o que nos parece necessitado de alteração.

Por fim, comprometemo-nos, ainda, a avaliar o escopo deste mecanismo introduzido no nosso sistema fiscal, numa primeira versão, através do DL n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, isto é, a verificar se efetivamente pretende restringir o fenómeno do *treaty*

⁵ Muitas vezes designado, sobretudo internacionalmente, como normas CFC - *Controlled Foreign Corporations*.

⁶ Cfr., p.e., MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I - Parte Geral*, tomo I, Almedina, 2.ª Edição, 2000, p. 283 ss.

⁷ Tal como ensina Alberto Xavier, “no direito português, é o princípio da universalidade (da totalidade, ou do *world-wide-income*) que governa a tributação das pessoas coletivas”, por outras palavras, isto significa que qualquer que seja o Estado da fonte dos rendimentos obtidos por uma entidade residente em Portugal, haverá, potencialmente, tributação desses rendimentos em Portugal em virtude de se tratar do Estado da residência – sem prejuízo de uma posterior eliminação da dupla tributação. Sobre esta obrigação recorde-se que “os impostos são uma das poucas obrigações públicas dos cidadãos” – cit. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2014, p. 1093; “O dever fundamental de pagar impostos que, num Estado social de direito, é um corolário do princípio de solidariedade que pode justificar a existência de certas restrições àqueles direitos económicos fundamentais”, cit. CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos (...)*, Almedina, 1998.

⁸ Cfr. SÉRGIO VASQUES, *Manual (...) op. cit.* p. 313.

*shopping*⁹, ou se simplesmente se destina a reprimir a utilização de *paraísos fiscais*¹⁰ através de sociedades de base estabelecidas nesses territórios, interferindo injustificada e desproporcionalmente na liberdade de gestão e na autonomia privada de cada contribuinte.

2. ASPETOS GERAIS

Para percebermos os motivos e o funcionamento de uma norma específica antiabuso como a presente no artigo 66.º do CIRC, ou seja, o mecanismo de *imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, é necessário ter presente que a multiplicidade de sistemas fiscais resulta, numa era de globalização e de negócios em rede à escala mundial, numa feroz concorrência fiscal¹¹. Tudo isto se evidencia quando verificamos a progressiva eliminação das fronteiras no comércio internacional, que densifica o aumento da concorrência entre os diferentes Estados para atrair investimento, recorrendo usualmente a incentivos fiscais.

Como qualquer lógica concorrencial, há sistemas fiscais que oferecem melhores condições do que outros e que, por qualquer motivo político ou financeiro, possibilitam aos protagonistas económicos - as empresas - organizar a sua atividade de acordo com a

⁹ “Por forma a excluir a aplicação de cláusulas do tratado que concedam isenção ou redução de imposto a sociedades residentes nesse Estado (...)”, cit. MENEZES LEITÃO, *Evasão e fraude fiscais (...)*, in AAVV, Centro de Estudos Fiscais, 1993, p. 307; Sobre o conceito cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário (...)* op. cit. p.401-407.

¹⁰ Ou *regimes fiscais mais favoráveis, offshores*, ou qualquer outra expressão, sendo nesta fase irrelevante a terminologia linguística utilizada para fazer referência a um país, Estado ou região autónoma cujo sistema fiscal propicie a aplicação de capitais estrangeiros através de taxas de tributação muito baixas ou inexistentes.

¹¹ Temos vindo a assistir, sobretudo através da UE e da OCDE, a uma tentativa de combater ou controlar os efeitos perversos causados pela concorrência fiscal agressiva. Note-se que a Comissão, já em 2001, através da «*Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, A política fiscal da União Europeia – prioridades para os próximos anos*», salientava que «*o objectivo geral (...) de conseguir instaurar um contexto fiscal que promova uma concorrência livre e equitativa, que seja propícia a uma actividade empresarial transfronteiras e que simultaneamente previna uma erosão das bases fiscais nacionais. Nesta perspectiva, a luta contra a concorrência fiscal prejudicial, desenvolvida nos últimos anos no âmbito da OCDE e da EU através do “pacote fiscal”, ocupou uma posição central na prossecução deste objectivo*»; Cfr. CARLOS DOS SANTOS / CLOTILDE PALMA, *A regulação internacional da concorrência fiscal nefasta*, CTF 395, p. 9-36. Mais recentemente, atente-se nas diversas iniciativas da OCDE, em torno da problemática do BEPS, que visam *combater os mecanismos de erosão das bases tributárias*, através da criação de soluções harmonizadas ao nível da OCDE.

lei, não violando nenhum tipo de regras ou princípios, mas reduzindo significativamente a sua carga tributária.

Assim, cumpre clarificar os diferentes conceitos, visto que, em suma, entendemos que a minimização dos encargos fiscais pode ser feita por três vias elementares: (i) uma via admitida pelo próprio legislador, o caso do *planeamento fiscal lícito/tax planning*; (ii) uma via intermédia, baseada em mecanismos formalmente lícitos, uma vez que não há violação literal de nenhum tipo normativo, mas que consegue evitar a tributação devida através de comportamentos abusivos - *elisão fiscal/tax avoidance*, também designada por *planeamento fiscal abusivo*, associado a um comportamento *extra legem*; ou (iii) por via ilícita através de comportamentos ilícitos e/ou fraudulentos, usualmente conhecida por *evasão fiscal/tax evasion*, em que há uma violação frontal da lei, uma atuação *contra legem*¹².

2.1. PLANEAMENTO FISCAL

O referido planeamento económico na maioria das vezes surge associado à utilização de paraísos fiscais, a sistemas tributários de taxas nulas ou residuais, de modo a permitir a determinados contribuintes a significativa redução ou eliminação da tributação. Por este motivo, o conceito de *planeamento fiscal* aparece em muitas ocasiões, injustamente, como uma realidade que o Estado pretende combater, nomeadamente através de normas antiabuso, como o caso das normas CFC, na certeza de que terá uma resposta imediata por parte de alguns contribuintes que tentam encontrar meios de contornar essas normas.

Ora, estas ideias parecem-nos redutoras, não correspondendo à realidade. Isto porque o planeamento fiscal pode e deve ser legítimo e lícito, uma vez que “(...) é a técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por estar ligado a uma escolha entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que por acção intencional ou omissão do legislador fiscal,

¹² Esta tripartição não é unânime na doutrina. Apesar de entendermos que esta exposição facilita a compreensão conceptual, favorecendo a posterior compreensão do propósito e funcionamento do art.º 66 do CIRC, p.e. SOUSA FRANCO entende que “Evasão fiscal é um conceito amplo que, no essencial, corresponde à ideia que há alguém que deveria pagar um imposto mas não o paga, sem que isso resulte da transferência para outro sujeito económico do sacrifício fiscal. A evasão abrange duas situações distintas: evasão ilegal e evasão legal”, cit. *Finanças Públicas (...)*, Almedina, 2010, p. 171;

está acompanhada por menos encargos fiscais. *A contrario*, o planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo¹³”.

Ou seja, um planeamento fiscal economicamente estruturado, através do qual os contribuintes se limitam a aproveitar as possibilidades que o legislador fiscal coloca à sua disposição em relação ao pagamento de impostos, consubstancia uma atuação lícita e admitida pelo próprio legislador, configurando-se como *planeamento fiscal lícito* ou *tax planning*, no âmbito de uma atuação *intra legem*.

Toda esta esquemática antiabuso começa a fazer sentido, quando juridicamente se percebe que o sistema fiscal pretende combater, sobretudo, a *elisão fiscal*, que se traduz na prática de atos ou negócios jurídicos lícitos cujo resultado não é aceite pela ordem jurídica, nomeadamente por violarem princípios fundamentais e estruturantes do sistema fiscal¹⁴.

2.2. EVASÃO FISCAL

Não nos parece que a evasão fiscal levante grandes questões interpretativas ou de identificação prática, dada a sua evidência factual. Por conseguinte, este fenómeno, também designado por *evasão ilícita*, reporta-se a um comportamento positivo assumido pelo contribuinte, com o intuito de “escapar/fugir” ao pagamento dos tributos estipulados pela lei. Na prática, trata-se de uma figura jurídica que implica um ato voluntário de não pagamento de um imposto devido, punido pela lei, traduzindo-se num delito ou numa infração administrativa.

Ou seja, de acordo com o exposto anteriormente, onde entendemos o planeamento fiscal como o conjunto de atos que, no respeito pela lei, procuram minimizar a carga tributária, a evasão fiscal materializa-se, também, numa redução da carga fiscal, mas mediante a prática de atos que violam diretamente a lei¹⁵.

¹³ Cit. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal (...)*, Coimbra Editora, 2006, p. 21.

¹⁴ Cfr. GUSTAVO COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso (...)*, Almedina, 2004, p. 15.

¹⁵ P.e. emissão de faturas falsas, ocultação de rendimentos por adulteração contabilística, apropriação indevida de impostos, prestação intencional de informações erradas, etc.

2.3. ELISÃO FISCAL

A *elisão fiscal/tax avoidance*, não pode ser confundida com o conceito de evasão fiscal¹⁶, dado que não está em causa a ocorrência de um ato ilícito pelo qual um contribuinte viola uma obrigação tributária, mas antes a utilização, voluntária ou involuntária, das possibilidades de fuga que lhe são deixadas em aberto pelo sistema fiscal, ou pela deficiente conexão entre regimes fiscais de ordenamentos distintos. Este comportamento consiste na prática de atos lícitos, promovidos no âmbito da esfera da liberdade de organização do contribuinte, tendo em conta os seus interesses.

Por outras palavras, a *elisão* consiste em evitar a aplicação de certa norma através de comportamentos lícitos que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária numa ordem jurídica tributariamente mais agressiva, ou produzir a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica mais favorável.

Neste caso, o contribuinte limita-se a utilizar as possibilidades evasivas que lhe são deixadas em aberto pela lei, que culminam num esforço do sistema fiscal em reduzi-las, nomeadamente através do recurso a mecanismos antiabuso, como o mecanismo vertido no artigo 66.º, aqui em análise.

Por isso, a *elisão* ocorre, pelo menos exteriormente, de acordo com as formalidades da lei tributária, que são defraudadas, nestas situações, pela dissimulação e habilidade dos contribuintes. Tudo isto se concretiza, não em ocultar da AT a prática de um determinado facto tributário, mas em revesti-lo de uma forma diferente, à qual corresponda, legalmente, uma consequência fiscal menos gravosa¹⁷.

É importante reter que o elemento caracterizador da *elisão fiscal* como um comportamento passível de repreensão resulta da constatação da existência de *práticas concorrenciais fiscalmente abusivas*, promovidas, nomeadamente, através de regimes fiscalmente privilegiados disponibilizados por alguns países.

¹⁶ Cfr. CARLOS DOS SANTOS, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, (...)*, Fiscalidade, n.º 38, 2009, p.61-100.

¹⁷ Igualmente neste sentido, cfr. DUARTE MORAIS, *Imputação (...)* op. cit. p. 202-205, definindo o autor, que “(...) na *tax avoidance* o particular pretende não entrar na relação jurídica tributária; na *tax evasion* procura escapar às suas normais consequências. O acento tónico da distinção coloca-se, portanto, ao nível da constituição (ou não) da relação tributária: a *elisão* é anterior à ocorrência do facto tributável. A *elisão fiscal* surge assim como um ponto de encontro e de conflito entre dois valores essenciais a todo o ordenamento jurídico: a segurança e a justiça”.

2.4. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE GESTÃO FISCAL

Com tudo o que foi dito, coloca-se a primeira interrogação de saber se é possível compatibilizar disposições antiabuso com as liberdades de iniciativa económica e empresariais, contempladas nos artigos 61.º, 80.º al. c), e 86.º da CRP, e com o direito que os agentes económicos autonomamente têm a garantir a otimização dos seus custos económicos, incluindo os custos fiscais.

Enquadrando-se o nosso sistema fiscal num contexto de Estado social, consideramos ser incontroverso o direito dos contribuintes à escolha das formas jurídicas mais convenientes aos seus negócios, não estando obrigados a optar pela opção tributariamente mais dispendiosa¹⁸. Ou seja, a *liberdade de gestão fiscal* impõe a livre determinação de cada contribuinte na administração dos seus interesses económicos, sendo que, todavia, esta liberdade apenas é admitida quando do seu exercício, direta ou indiretamente, não resultem prejuízos para os demais contribuintes, ou quando o Estado não se veja obrigado a ter de assegurar precauções para evitar o desvirtuamento dos princípios essenciais do sistema¹⁹.

Consequentemente, a *liberdade de gestão fiscal* tem como efeito para o respetivo titular passivo, o Estado, em particular, a AT, a exigência de respeitar o denominado *princípio da neutralidade fiscal*, constitucionalmente consagrado no art.º 81, al. f) da CRP. Note-se, ainda como ponto de partida para qualquer interpretação legal tributária, que o Estado tem como obrigação fundamental “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”²⁰. Entendemos, assim, que estamos perante um princípio que se traduz numa obrigação para o Estado de promover todos os esforços para garantir que não haja distorções na concorrência entre as empresas, absolutamente

¹⁸ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, “[n]um sistema de liberdade, o princípio da autonomia privada tem de estar consagrado”, cit. *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II, 2ª ed., Coimbra, p. 77 e 78; logo, deve ser conferida «com maior amplitude possível, a livre decisão do indivíduo em todos os domínios da vida, e que a limitação dessa liberdade de decisão apenas seja admitida quando, do seu exercício sem entraves, resultem danos para a colectividade, ou quando o estado tenha de tomar precauções para que se possa conversar e manter essa mesma liberdade de decisão», cit. CASALTA NABAIS, *O Dever (...)*, op. cit., p.204.

¹⁹ Neste sentido, CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, 2013, p. 44-48, 56-57.

²⁰ Para mais desenvolvimento cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição (...)* Anotada, vol. I, 4.ª Edição revista, Almedina, 2014, p. 969-970.

compatível com o conceito de *planeamento fiscal*, constituindo este um direito essencial das empresas.

Contudo, também não é aceitável considerarmos a possibilidade de um *planeamento fiscal irrestrito* por parte dos contribuintes, justificado pela liberdade económica e exercício da autonomia privada, dado que nenhuma destas liberdades é absoluta²¹. Entendemos, por isto, que o princípio da liberdade de gestão fiscal deve ser temperado, mitigado, com as limitações constantes do ordenamento jurídico e dos seus princípios ordenadores.

Neste sentido, o *princípio da liberdade de gestão fiscal* implica o reconhecimento de que os contribuintes são livres de planificar a sua vida, reduzindo o montante de imposto a pagar, sempre que operem dentro do quadro jurídico existente²² - *planeamento fiscal* -, podendo celebrar negócios jurídicos que não correspondem ao âmbito de incidência das normas tributárias, desde que para tal não se sirvam de meios artificiosos ou fraudulentos e abusem das normas jurídicas.

Porém, em virtude da progressiva *globalização* das relações económicas e tributárias das empresas, as situações de abuso foram-se multiplicando.

Esta realidade forçou o legislador a introduzir no sistema medidas destinadas a reprimir a utilização de formas jurídicas subversivas dos princípios tributários essenciais, mais concretamente aquelas que se baseiam na utilização de sociedades de base estabelecidas em territórios com regime fiscais claramente mais favoráveis²³.

²¹ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.* p.788-794; de acordo com o que analisámos, liberdade económica resume-se à possibilidade de escolha entre comportamentos alternativos.

²² Daí também ser denominado de *planeamento intra-legem*.

²⁴ Estas medidas CFC, que tiveram a sua primeira versão através do DL n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, vieram de encontro com as “tendências existentes nos sistemas fiscais modernos, em ordem a procurar reprimir a evasão fiscal internacional”; neste sentido, cfr. MENEZES LEITÃO, *A Introdução Na Legislação Portuguesa De Medidas Destinadas (...)*, CCTF, 377, 2003, p. 94, 104.

3. O MECANISMO DE IMPUTAÇÃO DE LUCROS NO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS EMPRESAS – O ARTIGO 66.º DO CIRC

Em Portugal, foi através do DL n.º 37/95 de 14/02²⁴, que se introduziu no CIRC e no CIRS a legislação sobre *controlled foreign companies*, em consonância com o que vinha a ser praticado pela maioria dos restantes países europeus.

Em primeiro lugar, comecemos por recordar que, enquanto as sociedades residentes estão sujeitas a uma *obrigação pessoal*, pagando IRC pela totalidade dos seus rendimentos, quer sejam obtidos em território português, quer sejam obtidos no estrangeiro²⁵, as entidades não residentes estão sujeitas a uma *obrigação real*, ou seja, pagam IRC apenas relativamente aos rendimentos obtidos em território português - *princípio da tributação na fonte*.

Excetuando situações em que as sociedades não residentes procedam a uma distribuição de dividendos aos sócios, os rendimentos auferidos apenas ficam sujeitos a tributação no seu país de residência, podendo beneficiar de um regime fiscal privilegiado. De acordo com este hipotético raciocínio, a tributação dos dividendos de qualquer sócio ou empresa sócia daquela sociedade no seu país de residência encontrar-se-ia dependente da sua distribuição. Concludentemente, não havendo lugar à referida distribuição, o país de residência da empresa sócia não os poderia tributar.

Tomando como exemplo o caso de uma sociedade residente em Portugal com uma filial em Aruba, esta não poderia ser tributada pelo Estado português até ao eventual momento da distribuição de dividendos. Simultaneamente, no Estado de residência da sociedade afiliada, os lucros seriam submetidos a uma taxa reduzida de tributação.

Esta situação hipotética, mas paradigmática, perante a falta de previsão normativa devida nesse sentido, resultaria, inevitavelmente, num deferimento²⁶ da tributação dos

²⁴ Como referia aquele diploma, este mecanismo CFC consiste num simples regime de antecipação da consideração para efeitos de tributação em Portugal, dos lucros que correspondem à participação do sócio residente.

²⁵ *World wide income principle*, Cfr. nota de rodapé 7.

²⁶ Em consonância com o que concluímos anteriormente, cfr. § 2.4, entendemos que a hipótese de um sócio poder diferir *sine die*, ou evitar a tributação no seu Estado de residência é incompatível com a exigência constitucional do *princípio da neutralidade*, sempre que esse deferimento não se consubstancie em razões económicas válidas, i.e. sempre que signifique o recurso a diligências artificiosas. Neste sentido, cfr. MARJAANA HELMINEN, *Is There a Future for CFC-regimes in the EU?*, EC Tax Review, 2005, p. 117; em sentido semelhante, defendendo que um residente de determinado país deveria ser tributado de igual modo tanto se investir internamente, ou externamente, cfr. DANIEL SANDLER, *Tax Treaties and Controlled foreign Company (...)*, The Hague, 1998, p.17.

rendimentos e numa procura incessante, por parte dos sócios da empresa, de um regime fiscal de tributação baixa ou inexistente, que lhes permitisse evitar a tributação – *elisão fiscal* - por recurso a *regimes fiscais privilegiados através de sociedades-base*. Note-se que este deferimento em si não nos merece particular crítica ou censura, porém, na generalidade das situações, esse deferimento tributário deve-se exclusivamente ao recurso a meios artificiosos ou simulados. Porquanto, em ordem a procurar reprimir a elisão fiscal internacional e o abuso das formas jurídicas existentes através do referido *recurso a regimes fiscais privilegiados*, o sistema fiscal criou este mecanismo, que progressivamente tem vindo a aperfeiçoar, para impedir ou, pelo menos, dissuadir, a deslocalização de rendimentos com vista ao diferimento ou eliminação da tributação²⁷.

Todavia, uma vez que estamos perante um mecanismo especial, que é exógeno ao sistema fiscal, isto é, que foi aditado posteriormente, na tentativa de corrigir desvios sistemáticos, como premissa de raciocínio, é importante ter presente que entendemos esta norma antiabuso como uma derivação do princípio da tributação pelo rendimento mundial, ou seja, um reforço do princípio da universalidade. Ou seja, em lugar de haver tributação do sócio unicamente na sequência da distribuição efetiva dos rendimentos, o sistema fiscal considerou que essa exigência deveria ser substituída por um instrumento jurídico especial de tributação.

Posto isto, entendemos que a *ratio* deste *mecanismo de imputação de lucros no imposto sobre o rendimento das empresas* é a de evitar comportamentos abusivos puramente artificiais²⁸, de forma a evitar a tributação dos sócios no seu Estado de residência.

Concretizando o que avançámos, esta norma antiabuso foi introduzida no sistema com o intuito de evitar situações de acumulação de rendimentos, promovidas por entidades residentes, em entidades por eles controladas, *sociedades-base*²⁹ sediadas em

²⁷ Cfr. Ac. STA Proc.º 01264/12 de 16/01/2013.

²⁸ De forma a evitar erros interpretativos, note-se que comportamentos abusivos puramente artificiais, adiante melhor explicados, não devem ser confundidos com o instituto do abuso de direito que exige a existência de um qualquer direito de que se abuse. Nesta situação, não encontramos um direito subjetivo, mas antes uma liberdade do contribuinte de seleção dos tipos negociais fiscalmente mais vantajosos, constituindo esta liberdade uma “permissão normativa genérica incluída na sua autonomia privada”, não sendo o comportamento suscetível de abuso; neste sentido, MENEZES LEITÃO, *A Evasão e a Fraude (...)*, *op. cit.* p. 30; e FERNANDES FERREIRA, e SAAVEDRA PINTO, *Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal (...)*, IIPF, p. 9.

²⁹ Neste contexto, *sociedades-base* e *entidades não residentes submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável* para efeitos do artigo 66.º CIRC são conceitos equivalentes.

territórios que lhes concedem um regime fiscal privilegiado, com o único intuito de diferir ou eliminar a tributação no país de residência dos sócios - Portugal.

Nos termos deste artigo, *são imputados aos sócios residentes em Portugal, na proporção da sua participação social e independentemente de distribuição, os lucros obtidos por empresas não residentes submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável*, desde que o sócio detenha, *direta ou indiretamente*, uma determinada participação social.

Assim sendo, perante determinados requisitos legais, este artigo estipula uma imputação na esfera jurídica do sócio residente em Portugal, feita na base tributável referente ao período de tributação desse sujeito passivo residente que englobe o termo do período de tributação da *empresa não residente submetida a um regime fiscal mais favorável*, pelo montante do respetivo lucro da própria sociedade participada não residente, ainda que *deduzidos do imposto a que possam ter sido sujeitos* no Estado da fonte, de acordo com a proporção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos, incluindo os elementos patrimoniais detidos por esse sujeito passivo, *direta ou indiretamente*, ainda que através de *mandatário, fiduciário ou interposta pessoa*.

Se, posteriormente, houver lugar à distribuição de lucros ou rendimentos ao sujeito passivo residente, provenientes de uma entidade não residente a que tenha sido aplicável a imputação de rendimentos em estudo, os mesmos serão deduzidos na base tributável do período da obtenção dos rendimentos, até à sua concorrência, isto é, os valores que o sócio residente prove que já tenham sido imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de períodos de tributação anteriores, sem prejuízo de aplicação, nesse período de tributação, do crédito de imposto por dupla tributação internacional que, eventualmente, possa existir. Ou seja, na prática, esta imputação pretende efetivamente corresponder à tributação do lucro obtido pelas *sociedades-base*³⁰, depois de deduzido o imposto incidente sobre esses rendimentos a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado da residência.

Em suma, perante situações em que um sócio residente em Portugal detenha uma participação social correspondente a uma determinada percentagem do capital de uma

³⁰ Considerando o que esclarecemos na nota 29, uma vez que este conceito tem sido repetido na exposição do nosso raciocínio, é importante esclarecer que sociedades-base reportam-se a sociedades ou entidades estrangeiras, instaladas ou sediadas num país diferente do local de residência dos sócios que a controlam, e que exercem a sua atividade operacional num terceiro país. Cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário (...) op. cit.* p. 378-380.

sociedade-base não residente em Portugal, não estando sujeitos a um imposto análogo ao IRC ou, então, sendo objeto de uma tributação nula ou reduzida por comparação com a que seria devida em Portugal, a regra geral da tributação do sócio na sequência da distribuição, anteriormente referida, é substituída pela regra especial da tributação mediante a imputação³¹.

Contudo, compreendendo o propósito e o enquadramento do regime em análise, consideramos que a aplicação do artigo 66.º, ao longo dos seus 12 números, levanta um conjunto de questões, merecedoras de explicação e discussão, de forma a possibilitar a compreensão do seu funcionamento e aplicação.

Assim, entendemos que (i) o *alcance jurídico de entidade não residente* cujo lucro é objeto de imputação, (ii) o conceito de *regime fiscal claramente mais favorável*, (iii) os requisitos legais da norma e (iv) a natureza jurídica, são elementos que carecem de uma especial discussão elucidativa. Porém, desde já assumimos que, embora subsistam aspetos relativamente controversos, as sucessivas modificações legislativas que o artigo 66.º tem sofrido têm contribuído substancialmente, em nossa opinião, para o aperfeiçoamento deste mecanismo antiabuso.

3.1. ENTIDADES NÃO RESIDENTES

Até 2012, uma das questões que suscitava mais dúvidas e que mais fazia perigar o escopo normativo do preceito, possibilitando o recurso a veículos jurídicos de evasão fiscal, era precisamente o seu âmbito subjetivo. Além da força jurídica da letra da lei, à data, era doutrinariamente pacífico o entendimento de que o regime de imputação abrangia apenas os lucros obtidos por *sociedades não residentes*, e não rendimentos obtidos por outros tipos de entidades que não revestissem uma forma societária. Na prática, a aplicação da imputação de lucros estava limitada ao conceito jurídico de *sociedade*³², discutindo-se, na altura, qual seria o Estado competente para determinar essa qualificação jurídica.

³¹ Cf. MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação de lucros de sociedades não residentes (...)*, Coimbra Editora, 2011, p. 642-646.

³² Sobre o conceito, cfr., p.e, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2.ª Edição, p. 86-134.

Porém, com a LEO de 2012³³, o âmbito subjetivo da norma foi alargado para qualquer *entidade* não residente, o que possibilitou abranger também outro tipo de estruturas de cooperação ou ação comum, como associações, fundações, agrupamentos complementares de empresas, ou qualquer outro ente distinto e independente, mesmo que juridicamente não observe nenhuma forma societária tipificada em Portugal.

Posto isto, a nossa visão passa por considerar que, subjetivamente, esta norma se aplica a qualquer estrutura ou organização identificável e determinável que, em função do seu carácter funcional, exista e seja detida para acumulação de lucros ou rendimentos de qualquer índole³⁴, independentemente da qualificação jurídica que seja feita pelo Estado da sua residência³⁵.

3.2. REGIME FISCAL CLARAMENTE MAIS FAVORÁVEL

Diz-nos a letra da lei, no que respeita ao âmbito subjetivo de aplicação do artigo 66.º do CIRC, que a imputação de rendimentos de *entidades não residentes* ocorre quando esta sejam sujeitas a um *regime fiscal privilegiado*³⁶ na sua residência.

Neste seguimento, define o n.º 5 que «uma entidade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando (i) *o território de residência da mesma constar da lista aprovada por Portaria do membro do Governo responsável pela área das*

³³ Cfr. Art.º 113 da Lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro.

³⁴ Para fazer referência a estas estruturas, de modo a facilitar a compreensão da nossa análise, utilizamos o termo *sociedades-base*, mesmo que juridicamente, *stricto sensu*, não sejam assim qualificadas.

³⁵ Poderíamos considerar outras duas particularidades relativas ao âmbito subjetivo do instituto em estudo. Assim, mesmo que a *direção efetiva* da entidade se situasse em Portugal, atraindo consequentemente a residência para Portugal por via dos critérios internos e internacional de desempate em caso de situações de dupla residência, o efeito útil da norma seria o mesmo. Dado que “a imputação de lucros não afasta, antes pressupõe, a residência em Portugal” – neste sentido, cfr. MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação de lucros (...) op. cit.* p. 650; seguidamente, embora tenhamos apresentado a esquemática geral de aplicação subjetiva, a mesma aplicação figura-se como potencial, na medida que, apesar do que se disse, nomeadamente quando a entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutro Estado membro da União Europeia, nos termos do n.º 12 do art.º 66 CIRC. Em Portugal, o critério preponderante de aferição do conceito de residência, perante a disputa entre *local da sede da empresa vs. direção efetiva, o local onde realiza o negócio*, tem sido dada preponderância ao local onde se tomam as principais decisões, onde se encontram os “órgãos sociais de decisão superior e de gestão global da empresa” - prevalência do modelo inglês do *central management and control*, funções do CEO e do CFO, sobre a lógica alemã da gestão diária e quotidiana.

³⁶ Embora esta expressão, disposta na epígrafe do artigo 66.º do CIRC, seja ligeiramente distinta da disposta no corpo normativo do mesmo artigo, *regime fiscal claramente mais favorável*, entendemos que juridicamente se reportam exatamente à mesma realidade, não fazendo sentido que assim não fosse.

finanças, (ii) quando a referida entidade aí esteja isenta ou não sujeita a um imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou, ainda, (iii) quando a taxa de imposto que lhe é aplicável seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º (numeração nossa).

Desta forma, podemos, desde já, verificar que o sistema recorre a três caminhos disjuntivos para determinar um *regime fiscal privilegiado*³⁷: dois que materializam um conceito relativo e outro que se preenche, casuisticamente, por referência a uma listagem de países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada.

3.2.1. LISTA APROVADA PELA PORTARIA DO MEMBRO DO GOVERNO RESPONSÁVEL PELA ÁREA DAS FINANÇAS

O diploma atualmente aplicável para efeitos do n.º 5 do referido artigo é, conforme o artigo 63.º-D da LGT, a Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, posteriormente alterada pela Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro³⁸.

De acordo com a Portaria, “[t]endo em conta as dificuldades em definir «paraíso fiscal» ou «regime fiscal claramente mais favorável», o legislador nacional, na esteira das orientações seguidas por outros ordenamentos jurídico-fiscais, optou, nuns casos, por razões de segurança jurídica, pelo sistema de enumeração casuística e, noutros, por um sistema misto, estando, no entanto, ciente de que tais soluções obrigam a revisões periódicas dos países, territórios ou regiões que figuram na lista”.

³⁷ Este conceito, que na generalidade das vezes surge associado à terminologia de *paraíso fiscal*, como referem FERNANDES FERREIRA e SAAVEDRA PINTO, é de essencial compreensão, dado que, “uma das formas mais frequentes de evasão fiscal nos dias de hoje consiste na utilização de paraísos fiscais. Aconselha o relatório da OCDE de 1998 que a identificação dos paraísos fiscais se faça atentos os seguintes requisitos: a) ausência de tributação ou tributação em termos meramente nominais, constituindo uma situação particularmente favorável à sua utilização por não-residentes para fins elisivos; b) existência de leis ou práticas administrativas que dificultem, ou obstem mesmo, à troca de informações com outros Estados relativamente a esses sujeitos passivos não residentes; c) reduzida transparência no funcionamento interno, assim permitindo a instalação de práticas ilegais tais como a «lavagem de dinheiro» ou a evasão fiscal; e d) inexigibilidade de um estabelecimento estável e substância económica, fomentando o fluxo financeiro assente em meros objectivos fiscais”; cit. *Contributos (...) op. cit.* p. 14-15; Cfr. Artigo 63.º- D da LGT.

³⁸ Esta segunda Portaria retirou da referida lista a República de Chipre e as holdings do Luxemburgo, que se regiam pela Lei de 31/07 de 1929 e pela decisão grã-ducal de 17/12 de 1938 com efeitos a partir de 9/11 de 2011.

Contudo, num mundo cada vez mais globalizado no que respeita às práticas empresariais, tal como temos vindo a avançar, a verdade é que essas revisões periódicas não passaram de simples pretensões legislativas. É com elevado respeito, mas com alguma incompreensão, que constatamos que desde a introdução no nosso sistema da Portaria de 2004, apenas em novembro de 2011 é que a mesma foi atualizada.

Assim, se considerarmos que os referidos caminhos alternativos de acionamento do mecanismo antiabuso funcionam de forma automática e injuntiva, nomeadamente no que se refere à circunstância de um contribuinte residente deter uma entidade num dos países discriminados na lista, podemos deparar-nos com graves situações de injustiça material e de violação do princípio constitucional e tributário da igualdade.

- Imaginemos a situação de um contribuinte A, residente em Portugal, que em 2013 constitui uma sociedade no país X, num território enumerado pela Portaria, dado que este, por estratégia político-económica de atração de investimento, tributa os rendimentos das empresas aí residentes a 1%. Por via do artigo 66.º, n.ºs 1 e 5, a AT imputa-lhe os rendimentos em Portugal em 2013 e 2014. Posteriormente, pelos motivos político-económicos inversos, no início de 2015, o país X agrava o mesmo imposto, passando-o para 80%.

Será aceitável que em 2015 a AT de Portugal continue a aplicar este instituto? A resposta terá de ser negativa, nomeadamente por não haver nenhum tipo de elisão fiscal; neste caso hipotético até haveria uma tributação agravada, por haver uma discriminação materialmente infundada relativamente a outros países que não constem da Portaria e, ainda, porque caso a imputação se aplicasse, seria unicamente para reprimir a “utilização” de uma sociedade-base em determinados territórios e não devido aos propósitos assumidos pelo legislador.

Logo, apesar do aspeto formal apontar para uma determinada consideração, em virtude do *princípio da prevalência da substância sobre a forma*, deve ser dada a

possibilidade ao contribuinte para desmontar a aplicabilidade deste mecanismo³⁹, uma vez que materialmente não beneficia de nenhum *regime fiscal privilegiado*⁴⁰.

Além da legislação do território das sociedades-base poder ser alterada, como acontecia no nosso exemplo, a referência a uma “lista negra” também pode criar situações de violação de direito internacional, hierarquicamente superior às normas de direito interno⁴¹, ou, em lugar disso, transformar a listagem num diploma obsoleto e sem efeito jurídico útil.

- Para ilustrar a nossa conclusão, partindo do exemplo apresentado, pensemos na hipótese de em 2013 o país X ter assinado um ADT com Portugal que segue o MCOCDE, ratificado pela AR em 2014. Será que faz sentido, também aqui, a norma ser aplicada injuntivamente? O nosso entendimento é novamente negativo. Ainda que por motivos essencialmente idênticos, do ponto de vista formal, nenhuma norma de direito interno se possa sobrepor a qualquer Tratado, resultando, então, num esvaziamento jurídico do conteúdo normativo que disponha essa situação⁴².

Aqui chegados, consideramos que a aplicabilidade prática deste regime, considerando a inclusão de um país ou território na Portaria em causa, implica a existência de uma *presunção ilidível*⁴³ de que o regime fiscal respetivo é um regime fiscal

³⁹ Até porque, de acordo com o princípio da coerência sistemática, como defende Sérgio Vasques, “o legislador não deve pôr em causa a igualdade tributária e a legitimação material do sistema através de escolhas contraditórias” – cit. SÉRGIO VASQUES, *op. cit.* p. 301. Isto para dizer que a AT não pode fazer-se valer deste princípio para tributar situações materialmente distintas de forma a impossibilitar que os contribuintes recorram ao mesmo raciocínio, ainda que de forma inversa.

⁴⁰ Sobre este direito dos contribuintes poderem demonstrar a substância e a materialidade subjacente a cada escolha, apesar de posteriores desenvolvimentos em 4.1., cfr. *Ac. Cadbury Schweppes* e *Ac. Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

⁴¹ A problemática da *compatibilidade deste regime com as normas de direito internacional*, nomeadamente com as normas de direito Europeu e/ou com a legislação de Estados com os quais Portugal celebrou um ADT ou um ATI será abordada mais adiante.

⁴² Atualmente, a “lista negra” para que aponta este instituto contém sete jurisdições com as quais Portugal já celebrou e ratificou um ADT.

⁴³ Neste sentido, p.e. PALMA BORGES, *National Report Portugal, CFC Legislation (...)*, Kluwer, 2004, p. 535; LOPES DE SOUSA, «*Código de procedimento e de processo tributário - Anotado e comentado*», Áreas Editora, 2006, p. 501; em sentido oposto, afastando a existência de uma presunção, cfr. MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação*, *op. cit.* p. 682-684. Para reforçar o nosso entendimento cfr. o conteúdo normativo e a integração sistemática do artigo 63.º-D da LGT, aditado pela Lei n.º 83-C/2013 de 31/12. Assim, num sistema que consideramos ótimo e materialmente justo, as listas teriam apenas um efeito orientador, podendo constituir-se a presunção de que determinado país tem um sistema privilegiado, mas admitindo sempre prova em contrário.

privilegiado para efeitos de imputação de lucros, admitindo recurso ao procedimento previsto no artigo 44.º do CPPT, ou seja, admitindo prova em contrário, nos termos do artigo 73.º da LGT⁴⁴, e, por isso, impugnável pelo contribuinte.

3.2.2. SUJEIÇÃO A UM IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO IDÊNTICO OU ANÁLOGO AO IRC

O segundo requisito do artigo 66.º, n.º 5 do CIRC é a exigência das sociedades-base serem sujeitas a um imposto idêntico ou semelhante ao IRC. Apesar de a norma já ter sofrido algumas alterações, continuamos a considerar que o seu texto normativo “não é totalmente claro na sua redação⁴⁵”, subsistindo a necessidade de fazer alguns reparos a esta formulação legal. A utilização deste conceito indeterminado continua a prestar-se a interpretações equívocas, nomeadamente por falta de critérios objetivos que assegurem a segurança jurídica dos interessados.

Note-se que, por definição substancial, uma entidade não pode ser considerada fiscalmente privilegiada, caso seja tributada por um imposto “análogo” ao IRC, dado que a base referencial de raciocínio e confrontação é o próprio IRC.

Numa primeira abordagem, somos levados a admitir que a referência à sujeição de um *imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC* significa que o legislador pretendeu desconsiderar outros eventuais tipos de tributos, frequentes em países com regimes de tributação privilegiada ou regimes fiscais que, apesar de apresentarem elevadas taxas de imposto, apresentam mecanismos de isenções ou reembolsos que desvirtuam qualquer comparação possível com o IRC.

Ou seja, a globalidade do preceito e o contexto em que o mesmo surge leva-nos a considerar que a solução que permitiria retirar um efeito normativo útil e adequado, seria considerar esta exigência de um *imposto idêntico ou análogo ao IRC* como uma “represtinação mitigada” da versão anterior da lei, reportando-se antes ao *lucro fiscal*. Isto é, independentemente das taxas, estaríamos perante um *regime fiscal privilegiado* quando, mediante o lucro tributável da entidade controlada, determinado de acordo com

⁴⁴ Já em 2005 DUARTE MORAIS, em nosso entender, apontava para esta solução, ainda que de forma mitigada – cfr. DUARTE MORAIS, *Imputação (...) op. cit.* p. 356.

⁴⁵ Cfr. DUARTE MORAIS, *Imputação (...) op. cit.* p. 356; Cfr. MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação (...), op. cit.* p. 654-657.

as respetivas regras, deduzido do imposto aí devido, e em comparação com a mesma equação que se faria caso a entidade fosse residente em Portugal, o resultado do lucro fiscal distribuível fosse de tal maneira desproporcional que desconsideraria qualquer tipo de comparação com o IRC.

No fundo, acabamos por admitir a interpretação que entende que o legislador acabou por fazer uma comparação difusa entre taxas efetivas. Pensemos numa situação em que a entidade controlada está sujeita uma taxa de imposto sobre o rendimento muito elevada, p.e. 75%, mas, no momento do pagamento, ou mesmo considerando um momento posterior, considerando um reembolso de saída, entre isenções e benefícios, pagou um imposto efetivo relativo a 7%. Nestas situações, reais mas pouco paradigmáticas, somos da opinião que há um esvaziamento do conceito de imposto, impedindo qualquer semelhança material com o IRC.

Porém, em prol da segurança jurídica, numa abordagem final ao preceito, entendemos que, apesar do ideal ótimo que seria a efetiva comparação material entre impostos, esta norma tem de se basear em regras conceptuais, ou seja, na comparação efetuada ao nível das taxas e não da coleta⁴⁶.

3.2.3. TAXA DE IMPOSTO

O último critério, baseado numa comparação entre a taxa de imposto aplicável no regime fiscal da entidade controlada e a taxa de IRC exigida em Portugal, sofreu recentemente uma profunda reformulação, alterando, em nosso entender, o paradigma do preceito, mas simplificando a sua aplicação.

Assim, considerando a última redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16/01, deve considerar-se que existe um *regime fiscal claramente mais favorável* quando a taxa de imposto aplicável à entidade detida for inferior a 60% da taxa de IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º do CIRC⁴⁷, logo, inferior a 12,6%.

⁴⁶ Se imaginarmos, por exemplo, uma situação em que esse mesmo lucro diverge unicamente em virtude da variação das regras de dedutibilidade dos juros, parece-nos bastante redutor considerar que, por esse motivo, não estaremos perante um imposto análogo ao IRC.

⁴⁷ Dispõe este artigo que “a taxa do IRC é de 21%”.

Ou seja, atualmente, para efeitos de aplicação do regime, é substituído o critério do montante de imposto pago no estrangeiro pelo critério de sujeição a um imposto análogo ao IRC quando a taxa aplicável seja inferior a 60% da taxa nominal do IRC.

De forma bastante simples, a qualificação como regime fiscal privilegiado pode ser feita por via da comparação com a taxa de tributação nominal das jurisdições em que as entidades controladas sejam constituídas.

Apesar de considerarmos como solução mais justa a comparação entre *taxas de imposto efetivas*, reconhecemos que esta solução impõe às administrações fiscais um permanente, difícil e dispendioso trabalho de estudar os sistemas fiscais dos outros Estados ao pormenor e compará-los com o nosso.

Em conclusão, relativamente aos critérios em análise, entendemos que o legislador optou por um meio caminho, passando a integrar conceitos relativos com recurso a operadores absolutos. Contudo, além concordarmos com a possibilidade de contestação da consideração de um regime como fiscalmente privilegiado, entendemos que é inadmissível que um contribuinte seja prejudicado por inércia legislativa, nomeadamente no que respeita à atualização da “lista negra”.

3.3. REQUISITOS LEGAIS

3.3.1. INTERESSE RELEVANTE NA ENTIDADE CONTROLADA

De acordo com o artigo 66.º, n.º 1 do CIRC, os rendimentos obtidos por entidades não residentes em Portugal e sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português, quando estes detenham, direta ou indiretamente, tal como referimos anteriormente, inclusive através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais dessas entidades. No entanto, perante situações em que, pelo menos 50% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais sejam detidos, direta ou indiretamente, em situações análogas às anteriores, por sujeitos de IRS

ou IRC residentes em Portugal, diz-nos o n.º 2 do mesmo artigo que a referida percentagem é de 10%⁴⁸.

Nestes casos, se cada beneficiário dos lucros ou rendimentos da entidade detiver uma participação inferior a 10%, não se aplica o regime de imputação. Todavia, para determinação das percentagens de detenção, também são consideradas as partes de capital e os direitos detidos, direta e indiretamente, por entidades com as quais o sujeito passivo residente tenha relações especiais⁴⁹.

É importante reter que o artigo 66.º do CIRC também abrange as *participações indiretas*, visando impedir o recurso a estruturas artificiais em cadeia, e as situações de fragmentação do controlo das participações visando não atingir uma participação social de 10% ou 25%, conforme aplicável, apesar de os sócios com participações inferiores ao requerido agirem em conjunto e exercerem influência sobre a entidade.

3.3.2. A IMPUTAÇÃO

A outra particularidade relativa a este regime passa pelo cálculo do montante a imputar. De acordo com o n.º 3 do artigo, a imputação dos lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes e sujeitas a um regime de tributação claramente mais favorável é feita de acordo com a proporção das *participações sociais*⁵⁰ correspondentes, com base no cálculo do valor de cada participação no encerramento do exercício da entidade não residente.

Importa esclarecer que, conforme iremos desenvolver, entendemos que *este mecanismo de imputação, de forma a evitar ser facilmente contornável, opera para lá do*

⁴⁸ Tome-se como exemplo a seguinte situação: a sociedade A, residente em Portugal, detém 20% da sociedade controlada; a sociedade B detém 15%; o sujeito passivo C, pessoa singular, detém outros 15%. As percentagens isoladas de cada um não seriam suficientes para fazer operar o n.º 1 do artigo, mas os três sujeitos perfazem um total de 50% da sociedade controlada, será feita a imputação dos lucros à luz do n.º 2 do artigo 66.º do CIRC.

⁴⁹ Relativamente ao preenchimento deste preceito, é importante termos presente que para o nosso sistema o critério preponderante é a existência de um interesse relevante, ou seja, uma participação social significativa, não restringindo a imputação à existência de controlo, indo para além de situações em que o sócio ou interessado residente detenha mais de 50% da sociedade. O escopo desta norma foi pensado para evitar abusos, pelo que uma participação inferior a 25%, por via de regra, é insuficiente para controlar ou manipular a gestão estratégica de qualquer entidade.

⁵⁰ De acordo com o CSC, representam os direitos dos sócios de acordo com o artigo 21.º, n.º 1, alíneas a) e b), nomeadamente, o direito a quinhão nos lucros e o direito a participar nas deliberações dos sócios.

primeiro grau de entidades controladas sujeitas a um regime fiscal privilegiado que se encontrem na ordem descendente de participações.

- Retomando o exemplo que temos vindo a referir, imaginemos que o sujeito passivo A, residente em Portugal, detém a empresa no país X, sujeito a tributação privilegiada, que, por sua vez, controla na totalidade uma empresa no país Y também sujeito a tributação privilegiada.

De acordo com o que temos vindo a defender, entendemos que o escopo normativo em análise possibilita que este mecanismo de controlo, apesar de não poder ir além da tributação da situação abusiva, impute a A os lucros obtidos no país Y, abrangendo vários níveis do circuito económico. Caso contrário, seria relativamente fácil contornar esta norma através da utilização do mesmo tipo de expedientes noutros Estados de tributação privilegiada, aumentando o número de sujeitos no circuito de distribuições de lucros.

Assim, tendo presente o que acima referimos, entendemos que esta imputação dos lucros será feita com base na *prevalência da proporção de participação nos lucros* do sócio na entidade controlada, podendo coincidir, ou não, com a percentagem detida no capital social da própria entidade controlada. Ou seja, para efeitos de determinação de aplicação do regime, isto significa que, quando o direito à participação nos lucros se encontra estabelecido numa proporção diferente, o montante a imputar está sempre correlacionado com o direito aos lucros, que pode não coincidir com a proporção no capital social, daí se falar em resultado da distribuição efetiva⁵¹.

Porém, esta regra geral tem uma particularidade, no seu n.º 10, ao estabelecer que, no caso de o sujeito passivo residente se encontrar abrangido por um *regime especial de tributação*⁵², a imputação é efetuada diretamente às primeiras entidades residentes em

⁵¹ Cfr. MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação (...)*, op. cit. p. 665 e DUARTE MORAIS, *Imputação (...)* op. cit. p. 441-442.

⁵² Embora a lei não defina este conceito, facilmente percebemos que este se contrapõe ao *regime geral de tributação*, paradigma para aplicação de todo este artigo. Tudo o que se afastar de forma substancial da esquemática do regime geral de IRC, p.e. regras especiais de apuramento do lucro tributável ou taxas especiais reduzidas, ou as entidades que beneficiam de certas isenções de IRC, estará sujeito a um *regime especial de tributação*. Porém, em lugar de apresentar uma lista de situações que, teoricamente, constituiriam um regime especial, resumindo, somos da opinião que o escopo principal do legislador foi impedir que, através da interposição de sociedades na ZFM, se pudesse desvirtuar o efeito prático da imputação.

Portugal que se encontrarem na cadeia de participações e aí sujeitas ao regime geral de tributação⁵³.

- Imagine-se o exemplo em que a empresa A, residente e sujeita ao *regime geral de tributação*, controla significativamente uma outra sociedade B, também residente mas sujeita a um *regime especial de tributação*, e que por sua vez, num terceiro grau de participações, controla uma entidade C, não residente sujeita a um *regime fiscal privilegiado*. Consideradas as entidades residentes, a quem deve ser imputado o lucro de C?

De acordo com a letra e o propósito da lei, de evitar esquemas de elisão fiscal, resulta da lei que a imputação deve ser efetuada à entidade residente, sujeita a um *regime geral de tributação*, e que mais próxima se encontre da entidade controlada na cadeia de participações⁵⁴, ou seja, à sociedade A.

Este exemplo leva-nos à questão, de algum modo perversa, de saber se decorre do preceito em análise se a imputação não é devida se, na cadeia de participações, os sócios residentes estiverem todos sujeitos a um regime especial de tributação.

De acordo com a globalidade do preceito e com os propósitos normativos que identificámos, concluímos que quando exista um único sócio residente que se encontre sujeito a um *regime especial de tributação*, a imputação continuará a ser devida, dado que, inevitavelmente, será o destino final do lucro obtido pela entidade controlada.

Ou seja, mesmo perante situações de vários sócios com participações na entidade controlada diferentes, o cálculo do valor a imputar entre esses sócios residentes não suscita dificuldades, bastando aplicar a percentagem de participação indireta de cada um ao total dos mesmos lucros.

- Exemplificando,⁵⁵ numa situação em que uma entidade X, *sujeita a tributação privilegiada*, seja controlada por uma sociedade Y, *residente e sujeita a um regime*

⁵³ Neste sentido, cfr. o Ac. do STA onde que, perante uma determinada situação explica que a “(...) imputação que lhe seria efectuada, nos termos aí estabelecidos, é feita directamente às primeiras entidades que se encontrem na cadeia de participação, residentes nesse território e sujeitas ao regime geral de tributação” – Ac. STA Proc.º: 0102/12 de 15/01/2014.

⁵⁴ No mesmo sentido, cfr. DUARTE MORAIS, *Imputação (...) op. cit.* p. 437 e MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação (...), op. cit.* p. 670.

⁵⁵ Cfr. exemplo semelhante e esclarecedor em MANUELA DURO TEIXEIRA, *A imputação (...), op. cit.* p. 674.

especial, sendo esta, por sua vez, detida a 5% pela sociedade A, a 5% pela sociedade B e a 90% pela sociedade C, todas sociedades *residentes sujeitas ao regime geral*, haverá lugar a imputação a A e B, considerando as suas participações em Y?

Entendemos que sim, devendo haver imputação nos termos da lei, a A, B e C, independentemente de a participação efetiva de A e B no capital de Y corresponder a apenas 5% para cada uma. Isto porque o capital da sociedade X não residente é detido, direta e indiretamente, por residentes, sendo os lucros obtidos por X imputados na totalidade àqueles residentes.

Embora entendamos que a letra se traduz neste raciocínio, isto leva-nos a considerar que podem existir casos em que um sócio que detenha 2% ou 3% de uma sociedade portuguesa sujeita a um regime especial seja forçado a pagar imposto por um lucro que pode nunca vir a concretizar. Ou seja, aproveitamos aqui para apontar uma crítica geral ao regime pois, muitas vezes até com participações de 25%/30%, não se tem qualquer controlo sobre a empresa.

Percebida a lógica, aplicamos o mesmo raciocínio a situações em que a participação seja detida indiretamente por empresas sócias residentes e não residentes, em simultâneo⁵⁶.

- Aproveitando o último exemplo, consideremos que Y é uma empresa *residente sujeita a um regime especial*, controlando uma entidade X sujeita a *tributação privilegiada*, que A é um sócio *residente sujeito ao regime geral* com uma participação de 5% em Y, B é um sócio *não residente* com uma participação de 5% em Y e C é um sócio *não residente* que detém 90% de Y. Como é que a lei prevê que o mecanismo opere?

A nossa visão é que os lucros obtidos por X deverão ser imputados a A, o primeiro residente na cadeia de participações que se encontra sujeito a um *regime geral de tributação*. Assumindo uma visão estritamente positiva, a lei dá a entender que a imputação que seria efetuada a Y, primeira sócia residente na cadeia de participações, deveria ser efetuada a A. Contudo, assim operando, a imputação virtual de Y corresponderia à totalidade do lucro obtido por X, o que não nos parece ser

⁵⁶ *Idem*, p 675.

proporcional, nem o intuito do legislador, quando introduziu esta norma preventiva e não repressiva.

Logo, em obediência à lei, a imputação teria por base os 5% correspondentes à ficção da *distribuição efetiva dos lucros*⁵⁷ nos diferentes níveis de participação, até porque a A apenas seriam distribuídos 5% dos lucros obtidos por Y.

Por último, sendo o objetivo do regime antecipar a tributação dos lucros, entendemos que o montante a imputar deve ter por base o *lucro da entidade controlada* independentemente das regras contabilísticas do Estado da *sociedade-base*. Ou seja, se o objetivo é antecipar o lucro distribuível à sociedade controladora, então, isto significa que independentemente do lucro fiscal que seria obtido em Portugal, o montante a imputar terá por base o lucro auferido pela sociedade-base e segundo as regras de apuramento aí vigentes.

Tudo isto sem prejuízo de, ultrapassada a questão de saber qual o lucro que deve imputado, aplicar a decorrência normativa de deduzir a parcela do imposto suportado pela sociedade-base. Ou seja, para o apuramento do montante final a imputar, decorre da própria lei que deve ser deduzido o imposto suportado pela entidade controlada, uma vez que a lógica do preceito é a antecipação dos lucros distribuíveis, o que pressupõe a subtração do imposto sofrido pela sociedade base⁵⁸.

Concluindo, parece-nos claro no cálculo final devemos considerar a dedução do imposto sofrido pela *sociedade-base*, abrangendo todas as estruturas que se encontrem nos níveis intermédios de participação, ainda que criadas com o intuito de aparentar uma fragmentação do controlo das participações, pois caso contrário estaríamos a ir além do escopo normativo. Tudo isto, sem prejuízo de ter em consideração, ainda, as possíveis

⁵⁷ Para perceber este raciocínio, cfr. Ac. STA Proc.º: 0102/12 de 15/01/2014, ao explicar que este mecanismo “consiste num simples regime de antecipação da consideração para efeitos de tributação em Portugal, dos lucros que cabem à participação do sócio residente. Isso traduz-se na imputação a este, independentemente da distribuição, da parte do lucro que lhe cabe, atendendo ao capital social detido, mas com aplicação de regime semelhante ao dos lucros distribuídos”.

⁵⁸ I.e., a imputação corresponde ao lucro obtido pela entidade controlada, depois de deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência dessa entidade; neste sentido cfr. PALMA BORGES, *A Zona Franca da Madeira (...)*, 2012, p. 303.

situações de retenção existentes em caso de distribuição e que serão, por sua vez, um imposto sofrido pela sociedade controladora⁵⁹

3.3.3. NATUREZA JURÍDICA

Perceber a natureza jurídica deste instrumento antiabuso é um exercício teórico que entendemos ser da máxima utilidade para a compreensão da sua aplicabilidade prática. Deste modo, por um lado, tem-se discutido se estamos perante uma situação de *transparência fiscal*⁶⁰, que se traduz numa imputação aos sócios, ou membros de determinadas sociedades, da matéria coletável da sociedade ou entidade, existindo uma transferência da tributação da sociedade para os seus sócios, pessoas singulares. Relativamente a este domínio, pelo facto da nossa opinião apontar esta figura para uma ficção legal de desconsideração, em virtude da antecipação de dividendos presumidos, encontramos alguma dificuldade prática em aceitar esta posição. A imputação presente no artigo 66.º do CIRC reporta-se a um momento posterior que exige a consideração da entidade controlada, uma vez que o montante ideal a imputar cifra-se nos lucros daquela, deduzidos de impostos pagos na residência da própria sociedade-base. Logo, ao equipararmos este regime à transparência fiscal, deparamo-nos com uma incompatibilidade incontornável, pois ao mensurar que o rendimento é da empresa residente e não da sociedade-base, encontramos uma situação de dupla tributação jurídica internacional na perspetiva do estado de residência da entidade controlada.

Por outro lado, também se levanta a questão de estarmos perante uma *presunção ilidível*⁶¹. Iniciando a concretização da nossa posição, entendemos que, do ponto de vista meramente teórico, esta conclusão parece-nos ser a que melhor explica o operador jurídico deste mecanismo e que melhor salvaguarda a tutela dos sujeitos passivos,

⁵⁹ P.e., se num circuito económico se gerar um lucro de 100€ para a sociedade-base, e esses mesmos lucros estiverem sujeitos a um imposto sobre o rendimento de 20%, o valor a considerar, em nossa opinião, nunca poderão ser superiores a 80€, sob pena, em última análise, de dupla tributação internacional. Isto sem prejuízo da previsão do crédito de imposto utilizável pela sociedade controladora, aplicável a situações de retenção na fonte e apenas existir uma efetiva distribuição dos lucros.

⁶⁰ Cfr. MENEZES LEITÃO, *A Evasão e a Fraude (...)*, op. cit. p. 312; ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário (...)* op. cit. p. 414, que se refere a “transparência fiscal internacional”; considerando que não existe “uma verdadeira transparência”, cfr. DUARTE MORAIS, *Imputação (...)* op. cit. p. 442.

⁶¹ Neste sentido, PALMA BORGES, *National op. cit.* p. 535; CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Almedina, 2009, p.221 e LOPES DE SOUSA, *Código de Procedimento e de Processo Tributário anotado*, Áreas Editora, 2006, p. 501.

nomeadamente em prol da justiça material. Ainda assim, reconhecemos que as suas premissas, juridicamente, são difíceis de aceitar. Recordemos que, de acordo com a teoria geral do direito civil, as presunções são um mecanismo legal para a partir de um facto conhecido, se extrair um facto desconhecido e presumido, admitindo, no caso das presunções ilidíveis, prova em contrário. Todavia, assumindo o mesmo rigor jurídico-interpretativo, entendemos que a norma em apreço presume que o lucro obtido pela sociedade-base seja distribuído aos sujeitos passivos residentes que a controlem, dado que, por questões de aplicabilidade prática, acabamos por considerar que retira de um facto conhecido, a participação numa sociedade não residente sujeita a um regime fiscal privilegiado, qualquer ilação para sustentar um facto desconhecido, que seria a distribuição presumida de lucros⁶².

Independentemente da defesa de outras interpretações relativas a este mecanismo antiabuso, concordamos com o entendimento de que estamos perante um *regime especial* em relação às regras gerais do IRC, sem contrariar substancialmente os princípios caracterizadores do sistema fiscal.

Ao invés de considerarmos o conteúdo do artigo 66.º como uma presunção ilidível, embora admitamos haver semelhanças, dado que o facto presumido acompanha o facto conhecido, consideramos que, genericamente este instituto se assemelha com uma *ficção legal atípica*. Em suma, materializando-se o regime deste mecanismo CFC na atribuição a um facto das consequências jurídicas próprias de outro, interpretamos que estamos perante uma *ficção legal* que é despoletada por um conjunto de condições, recaindo sobre a AT o ónus da prova sobre a verificação dessas condições, a saber, *utilização de sociedades-base residentes em regimes privilegiados* através do recurso a *expedientes puramente artificiais*⁶³.

⁶² Neste sentido, com a devida vénia, acabamos por afastar a possibilidade de estarmos perante a retenção sobre um lucro fictício, dado entendermos ser um argumento fraco em virtude da sua aplicabilidade prática, em detrimento da consideração do mecanismo como a antecipação de dividendos presumidos.

⁶³ Conceito analisado e criticado mais à frente.

4. DA COMPATIBILIDADE DO MECANISMO COM OUTRAS FONTES DE DIREITO

4.1. DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O mecanismo de imputação de lucros vertido na norma CFC do artigo 66.º do CIRC já suscitou diversos conflitos de aplicabilidade prática e de compatibilidade normativa com o *direito comunitário*⁶⁴, dado que a entidade não residente, na qual participasse um sócio residente em Portugal, poderia localizar-se num outro Estado-Membro da União Europeia (estando, por isso, sob a alçada das fontes de Direito europeu vigentes) que, eventualmente, preencheria uma das três alternativas referentes ao conceito *regime fiscal claramente mais favorável*. Não obstante, é importante reconhecermos, que o Direito Europeu goza de uma força jurídica manifestamente superior a qualquer norma de interno, por via do *primado do Direito da EU* de acordo com o artigo 9.º, n.º 4 da CRP.

O problema punha-se porque, à luz da jurisprudência do TJUE, que em nosso entender funciona como verdadeira e essencial fonte de direito, por virtude da sua forte influência, tanto legislativa, como para decisões subsequentes, disposições restritivas como as que resultavam da redação anterior do 66.º do CIRC seriam potencialmente incompatíveis⁶⁵ com as liberdades fundamentais estabelecidas no TUE. Consequentemente, por via da hierarquia das fontes, a norma não se poderia aplicar. Então, colocava-se a questão de saber qual era o itinerário cognitivo de raciocínio do TJUE para aceitação deste preceito.

A principal decisão do TJUE sobre normas CFC foi o *Ac. Cadbury Schweppes*⁶⁶, onde se decidiu que o facto do grupo *Cadbury Schweppes* estabelecer sucursais na Irlanda

⁶⁴ Neste contexto, apesar de assumirmos um certo grau de impressionismo terminológico, por questões de exposição e por se reportar, também, a realidades pretéritas, utilizaremos a terminologia Direito Comunitário como correspondente ao atual Direito da União Europeia.

⁶⁵ Para saber da compatibilidade de uma norma de direito interno com as normas de Direito Comunitário, devemos considerar quatro momentos: (i) a esfera de proteção, (ii) a ingerência à liberdade fundamental, (iii) causa de justificação legítima e (iv) controlo da proporcionalidade - Cfr. FÉLIX NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu (...)*, Coimbra Editora, 2010, p. 205 e ss.

⁶⁶ Proc. C-196/04, 12 de Set. de 2006. Em causa estava a compatibilidade da legislação CFC inglesa relativa a sociedades estrangeiras controladas com os preceitos do Tratado relativos à liberdade de estabelecimento. O grupo *Cadbury Schweppes*, cuja sede se situava Reino Unido, detinha duas sucursais na Irlanda. De acordo com a informação vertida no acórdão, era facto assente que estas sucursais tinham sido estabelecidas em Dublin com o único objetivo de permitir que os lucros relacionados com as atividades de financiamento do grupo *Cadbury Schweppes* pudessem usufruir do regime fiscal mais benéfico aí aplicável. Em 2000, nos

com o objetivo claro de beneficiar de um regime fiscal mais favorável “não constitui, por si só, um abuso”, constituindo, assim, a legislação CFC inglesa uma restrição à liberdade de estabelecimento, apenas admissível por *razões imperiosas de interesse geral*, as quais pudessem justificar a imposição de tal restrição.

Neste acórdão, num ponto que consideramos ter influenciado substancialmente a generalidade dos sistemas fiscais europeus, o TJUE aceitou, implicitamente, a legitimidade do combate à elisão fiscal como justificação aceitável mas, unicamente, quando estivessem em causa “*expedientes puramente artificiais*”⁶⁷ e se o respeito pelo princípio da proporcionalidade fosse salvaguardado⁶⁸.

Em suma, o TJCE, no caso *Cadbury Schweppes*, declarou que o estabelecimento de sucursais noutro Estado-Membro, por razões puramente fiscais, não constitui por si abuso da liberdade de estabelecimento, devendo a própria legislação CFC ter como objetivo prevenir situações de utilização de expedientes evasivos a nível internacional⁶⁹.

Porém, é com moderada satisfação que, nos dias de hoje, em virtude das positivas importações legislativas que o nosso sistema acolheu desta problemática *normas internas antiabuso vs. normas/princípios comunitários*, a compatibilidade do artigo 66.º do CIRC

termos do disposto na legislação relativa a CFC, as autoridades fiscais inglesas reclamaram o pagamento de imposto sobre o rendimento da «sociedade mãe» do grupo *Cadbury Schweppes*, relativo aos rendimentos obtidos por uma daquelas sucursais irlandesas.

⁶⁷ “A verificação da existência de tal expediente exige, para além de um elemento subjectivo que consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal, que resulte de elementos subjectivos que, pese embora o respeito formal dos requisitos previstos pelo direito comunitário, o objectivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento (...) não foi atingido. Nestas condições, para que a legislação relativa às SEC seja conforme ao direito comunitário, a aplicação da tributação prevista pela referida legislação deve ser excluída quando, não obstante a existência de razões de natureza fiscal, a constituição de uma SEC corresponde a uma realidade económica” – cfr. Ac. TJUE Pro. C-196/0464 e 65.)”. O TJUE utilizou dois de argumentos para avaliar a discriminação das normas CFC: (i) considerar que a norma CFC discrimina entre residentes e não-residentes, caso implique tributação de lucros não distribuídos por parte de uma filial residente noutro EM, viola o princípio da igualdade dado; (ii) a aplicação de uma norma CFC também discrimina entre residentes de diferentes EM, pois só tributa os lucros não distribuídos de filiais residentes em alguns EM. “Só no caso da existência de um esquema totalmente artificial é que a discriminação pode ser justificada, e para isso é preciso passar o teste de proporcionalidade. Isto implica também, como já referimos anteriormente, um juízo caso a caso”, neste sentido, cit. ANA PAULA DOURADO, *Lições (...)op. cit.*, p. 173-174.

⁶⁸ Apesar de esta ter sido a decisão que teve mais eco no espaço europeu, não foi a primeira vez que o TJCE se referiu a expedientes puramente artificiais como justificação admissível para uma restrição às liberdades fundamentais – cfr. Ac. ICI; Ac. *Lankhorst-Hohorst*; Ac. *Hughes de Lasteyrie du Saillant*; e Ac. *Marks & Spencer*.

⁶⁹ Cfr. Proc. C-196/04, § 43 a 46.

com o Direito da UE é atenuada⁷⁰ por via do aditamento legislativo introduzido pela LEO para 2012.

Agora, nos termos do n.º 12 do artigo em estudo, as regras de imputação dos lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal privilegiado *não se aplicam às entidades residentes noutro Estado membro da União Europeia ou noutro Estado membro do Espaço Económico Europeu*, neste último caso, desde que esse Estado esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, e o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a *razões económicas válidas* e que esta desenvolve uma *atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços*.

Aliás, a este respeito, surge-nos a questão pertinente de saber que enquadramento a lei reserva para as sociedades *holding*. Numa primeira reflexão, somos do entendimento que a norma pretende abranger todas as entidades que têm natureza comercial, isto é, prevê um conceito lato de *atividade comercial*. Todavia, analisando com rigor a letra do preceito, não entendemos porque é que a norma prevê expressamente a exclusão da aplicação do mecanismo CFC para empresas que desenvolvam *prestações de serviços* no “espaço europeu”.

Ou seja, somos levados a questionar se a norma acaba por restringir o conceito de *atividade comercial*, limitando-o ao exercício de uma atividade comercial de mercadorias, a par das atividades agrícolas, industriais e das prestações de serviços. Se assim não fosse, qual seria a intenção de densificar o conceito amplo de *atividade comercial*?

Para perceber questão é importante ter presente que as *holdings* são utilizadas para designar realidades muito diversas, ou seja, tanto abrangem sociedades que se limitam a gerir passivamente carteiras de títulos, como, também, sociedades que se limitam a deter participações sociais noutras sociedades e que intervêm ativamente na gestão das suas participadas. Donde, independentemente da sua natureza comercial, temos muita dificuldade em enquadrar as *holdings* como entidades promotoras de uma atividade comercial em *sentido restrito*, p.e. vocacionada para operações com mercadorias, ou

⁷⁰ De um modo global poderíamos considerar esta compatibilidade inquestionável, porém, como veremos, em Portugal ainda há um regime especial de tributação – ZFM – que nos mantém algumas reservas neste capítulo.

como prestadoras de serviços. Logo, coloca-se a questão de saber se as *holdings* estão, ou não, abrangidas por este preceito?

Em reforço do exposto, uma sociedade comercial *holding* que não exerça uma atividade económica em *stricto sensu*⁷¹, por exemplo um veículo de detenção e organização de um grupo económico, parece-nos ser dúbio se está sujeita a esta exclusão aplicação do mecanismo CFC.

Todavia, se assim é, não estará este preceito em colisão com o que tem sido decidido pelo TJUE e que é exigido pelo Direito Europeu, pelo menos no que respeita às *holdings*?

A nossa resposta a esta questão é tendencialmente positiva. Ou seja, mesmo considerando a destrinça entre razões económicas e expedientes puramente artificiais, ao possibilitarmos a aplicação deste mecanismo às *holdings* do “espaço europeu” colidimos com o Direito Europeu e com os seus princípios⁷².

Contudo, apesar da crítica expressa à redação do preceito e embora esta questão não nos seja completamente clara, em prol da coerência do sistema e da harmonização legislativa, acreditamos que esta situação se deve a um excesso de descrição do legislador e que a sua intenção, apesar de especificar a *prestação de serviços*, é referir-se ao sentido lato de *atividade comercial*, incluindo aí as *holdings* sob pena de colisão com o Direito Europeu.

Aparentemente ultrapassada a incoerência sistémica que este regime suscitava relativamente à sua compatibilidade com o Direito da UE, em virtude da progressiva *europeização do conceito de abuso*⁷³, bem visível na *harmonização legislativa*⁷⁴ conexa ao tema entre os Estados membros, podemos apontar um *conjunto de influências* que, ainda que indiretamente, afetam a interpretação e a aplicação do artigo 66.º do CIRC e, consequentemente, tudo o que dissemos.

Assim, o sistema fiscal português, devido à influência das decisões europeias, nomeadamente as decisões do TJUE e em sintonia com o Direito primário da UE, tem vindo a adaptar-se e a modificar-se progressivamente, tanto formalmente, como do ponto de vista interpretativo do preceito legal.

⁷¹ P.e. sociedades que aufram dividendos e juros resultantes da propriedade de um bem, ou da titularidade de uma participação, não consubstanciando verdadeiras empresas.

⁷² Recordemos, novamente, o decidido no *Ac. Cadbury Schweppes*.

⁷³ Sobre este tema, cfr. RITA LA FÉRIA, *Evolução do conceito de abuso (...)*, RFPDF, ano 1, n.º 2, p.214-218; e cfr. RENATA FONTANA, *The uncertain future of CFC (...) - Part 2*, European Taxation, vol. 46, n.º 7, 2006, p. 317-334.

⁷⁴ Nomeadamente por adequação legislativa às Diretivas comunitárias.

Deste modo, reunimos um “apanhado” de factos, objetivos e relativos, que demonstram ou sugerem a influência do Direito da UE no raciocínio da AT e dos tribunais aquando da aplicação da norma:

- 1) Não obstante a crítica à inércia e desatualização legislativa, que já tivemos oportunidade de referir, relativa à *lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada*, verificamos que a única alteração efetuada até aos dias de hoje à Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, aprovada em conformidade com o previsto no artigo 63.º-D da LGT, foi precisamente no âmbito da União Europeia e, em concreto, veio retirar da lista a República de Chipre e as holdings do Luxemburgo, de acordo com a Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro.

- 2) De acordo com a nossa interpretação, as decisões do TJUE relativas a possíveis abusos e, por isso, passíveis de elisão fiscal, têm-se configurado num princípio interpretativo da situação abusiva, ou seja, numa justificação a uma medida discriminatória ou restritiva das liberdades fundamentais.
Ora, como começámos por dar a entender, o facto de um contribuinte se estabelecer noutra Estado com o objetivo de beneficiar de um regime mais favorável, não é suficiente para constituir abuso da liberdade⁷⁵. Assim, acabamos por concordar com o TJUE quando sugere que se afira a substância da situação abusiva para delimitar o alcance de uma eventual liberdade fundamental, considerando, então, que as regras antiabuso sejam restritivas ou discriminatórias.

- 3) Não decorre nem do Direito da UE, nem da jurisprudência do TJUE, que os sujeitos passivos residentes em Portugal não possam exercer a sua *liberdade de gestão fiscal*, recorrendo a um planeamento fiscal que lhes permita reduzir ou eliminar o imposto sobre o rendimento que, face a outras circunstâncias, seria devido, sem que isso consubstancie uma discriminação contrária aos Tratados Europeus. Ou seja, de acordo com o Direito da UE, com o qual concordamos, as situações de elisão fiscal que devem ser combatidas reportam-se às situações de

⁷⁵ *Ac. TJUE Centros*, §27; *Ac. Cadbury Schweppes*, §37.

recurso a *expedientes puramente artificiais*⁷⁶, ou seja, a situações em que, não obstante o propósito de pagar menos impostos, o sujeito passivo recorre a veículos jurídicos sem *substância económica*.

- 4) Os ajustamentos ao rendimento tributável em consequência da aplicação das regras antiabuso devem limitar-se ao âmbito que seja atribuível ao *expediente puramente artificial*.

Contudo, como referimos, entendemos que esta apenas *aparentemente* ultrapassou a questão da compatibilidade, apesar de a LEO para 2012 ter estatuído que o mecanismo de imputação em debate não se aplica a estados membros da UE, nem a um Estado membro do EEE, ainda que sujeitos a algumas condições – o *onus de demonstração de razões económicas válidas*.

Uma vez que *expedientes puramente artificiais* é um conceito bem distinto de *razões económicas válidas*, parece-nos evidente que a atual opção legislativa do n.º 12 do artigo 66.º do CIRC, mantém o propósito evidente de imputar os lucros da entidade não residente ao sócio residente em Portugal sempre que este pretenda beneficiar das leis fiscais mais favoráveis de outro Estado membro.

Ademais, a exigência probatória de “demonstração” que recai sobre o sujeito passivo, apesar de reforçar a nossa interpretação da lógica aplicativa da norma, contraria a mesma, tornando regra a consideração abusiva caso não se demonstre a existência de *razões económicas válidas*. Ora, precisamente o que temos vindo a defender, em prol das liberdades fundamentais, é que a regra deveria passar pela inaplicabilidade de uma norma discriminatória antiabuso, apenas se justificando a restrição às referidas liberdades no caso da demonstração de existirem de *expedientes puramente artificiais*, devendo recair o ónus de prova sobre AT.

⁷⁶ Cfr. nota 66 e 67.

4.2. DOS TRATADOS

O instrumento jurídico fundamental que, em concreto, o Estado Português tem vindo a utilizar para prevenir, *eliminar ou atenuar a dupla tributação jurídica internacional é o recurso a Acordos para Evitar a Dupla Tributação (ADT's)*⁷⁷.

Aproveitando o que referimos precedentemente, estes ADTs, quando estejam em causa situações em que o outro Estado contratante seja um país da UE, têm vindo a perder o seu efeito útil e a ver esvaziado o seu conteúdo jurídico face à proliferação de Diretivas Comunitárias de âmbito fiscal que visam a mencionada *harmonização entre os Estados Membros*. Ademais, em virtude da posição que o TJUE tem vindo a assumir, considerando que as regras contidas nas convenções de dupla tributação estão fora do âmbito da sua competência⁷⁸, acabamos por nos interrogar se as regras antiabuso contidas numa convenção ficam de fora do âmbito da competência o TJUE. Apesar de entendermos que não, caso a resposta fosse positiva poderíamos abrir um precedente perigoso, resultando num aumento da utilização dos ADT's pelos Estados para elidir proibições previstas pelas normas de Direito interno, mas permitidas pelos Tratados.

Porém, independentemente do outro Estado contratante, cada ADT celebrado por Portugal é fonte imediata de direitos e obrigações para os seus destinatários, não existindo qualquer ato ou formalidade de transformação do direito convencional em direito interno português. Consequentemente, as normas constantes de convenções internacionais validamente celebradas, ratificadas e aprovadas vigoram na ordem interna assim que publicadas.

Recordemos que os ADT, enquanto Tratados⁷⁹, materializam um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, consagrando um regime próprio de *jus cogens* de força jurídica superior a qualquer outro princípio ou preceito de Direito Internacional⁸⁰.

⁷⁷ Também designado por Acordos para evitar a dupla tributação (ADT) aplicáveis apenas à dupla tributação jurídica e não à dupla tributação económica.

⁷⁸ Cfr. *Ac. TJUE Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, onde se discutia a compatibilidade de cláusulas de limitação de benefícios que continham presunções inilidíveis e escopo antiabuso; e ainda, ANA PAULA DOURADO, *Lições (...) op. cit.*, p. 191.

⁷⁹ Cfr. Artigo 2.º, n.º 1, alínea a) da *Convenção De Viena Sobre O Direito Dos Tratados*, nos termos do qual, “«Tratado» designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular”; Aplicável por via da Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, para adesão à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23/05/1969.

⁸⁰ Neste sentido, cfr. JORGE MIRANDA, *Curso de direito internacional público, Principia*, 2004, p. 57 e 122.

Aliás, este reconhecimento supraconstitucional dos Tratados, dotando-os de especial posição de superioridade hierárquica relativamente ao direito interno é preconizada pelo próprio artigo 8.º, n.º 2 da CRP.

Ou seja, neste âmbito, a primeira nota conclusiva que retiramos é que os ADT's, enquanto fonte de direito internacional convencional, não podem ser afastados por disposições normativas internas, ainda que antiabusivas⁸¹.

Seguindo o nosso raciocínio, não nos parece descabido o entendimento de que, através destes ADT's⁸², Portugal e os outros Estados contratantes, se obriguem a limitar as respetivas soberanias tributárias, reforçando a segurança jurídica dos contribuintes, evitando situações de dupla tributação internacional e de dupla não tributação.

Por outro lado, considerando a “matriz de conteúdo” que Portugal tem assumido nos ADT's celebrados, interpretamos que, além do objetivo de *uniformizar, clarificar e unificar a situação fiscal dos sujeitos passivos*, a AT também se refugia nestes instrumentos para o combate à evasão fiscal entre as diversas jurisdições fiscais⁸³.

Logo, e também considerando a crescente globalização e as consequências que daí advêm, os ADT's assumem, ou deviam assumir, um papel determinante de *harmonização e coerência legislativa*, estabelecendo critérios uniformes e claros para os países contratantes.

Daqui resulta a enorme relevância da análise da compatibilidade dos Tratados, nomeadamente dos ADT's celebrados entre Portugal e outros Estados Membros. Tomemos em consideração o seguinte exemplo:

- Imaginemos, agora, uma situação em que um sujeito passivo A residente em Portugal, e aqui sujeito a IRC, controla na totalidade uma empresa residente no País X, um país elencado na nossa *lista negra*⁸⁴. Seguidamente, consideremos que as três

⁸¹ Relativamente ao nosso entendimento sobre a força jurídica dos Tratados, os ADT's são superiores a qualquer lei ordinária anterior, dado que, enquanto vincularem internacionalmente o Estado português, afastam as leis ordinárias conflituantes.

⁸² Os ADT's celebradas por Portugal para evitar a dupla tributação em têm como ponto de partida o MC OCDE. Este instrumento, como qualquer modelo jurídico, limita-se a fazer uma recomendação de redação convencional, servindo como ponto de partida, sem que nunca se sobreponha às condições bilaterais concretamente acordadas entre Portugal os Estados contratantes.

⁸³ Os ADT's “são um acordo escrito de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, maioritariamente Estados, cujo objectivo principal consiste em regular juridicamente as situações tributárias internacionais, de modo a prevenir ou eliminar a ocorrência de dupla tributação internacional no âmbito destas” – cit. PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional*, Almedina, 2010, p. 36-37.

⁸⁴ Cfr. 3.2.1.

alternativas de qualificação⁸⁵ de um regime como claramente mais vantajoso estão, na medida do possível, cumulativamente preenchidas, isto é, o País X (i) consta da referida Portaria, (ii) formalmente não tem um imposto análogo ao IRC e (iii) aplica uma taxa de imposto única e fixa sobre os rendimentos das empresas detidas por sócios estrangeiros, independentemente de se tratarem de lucros, de 1%. Por último consideremos, ainda, que o País X tem um ADT com Portugal que prevê que os rendimentos das empresas, qualificadas pelo Estado da fonte, são exclusivamente tributadas no Estado da residência. Será que há lugar à imputação de rendimentos nos termos do artigo 66.º do CIRC? A nossa resposta é indubitavelmente negativa. Não encontramos um enquadramento jurídico mínimo para responder de outra maneira.

Não nos podemos abstrair da circunstância desta norma antiabuso ter sido introduzida no sistema para corrigir eventuais desvios normativos resultantes de comportamentos abusivos promovidos pelos sujeitos passivos residentes. O mesmo é recordar que a finalidade das normas CFC é precaver a deslocação artificial de rendimentos que geralmente seriam tributados na esfera do sócio, no seu país de residência, para entidades por este controladas, situadas em países de tributação residual.

Ora, quando um Estado celebra um ADT não podemos admitir que o celebre “de ânimo leve” e sem consciência das suas consequências jurídicas. Até porque um Tratado, como tivemos oportunidade de referir, é um instrumento jurídico de força supranacional⁸⁶, sobrepondo-se à lei interna, aplicando diretamente o seu conteúdo normativo. A juntar a isto, não estamos em crer que Portugal, quando inicia contatos diplomáticos com outro Estado tendo em vista a celebração de um ADT, não conheça, ainda que de forma difusa, o sistema fiscal do seu interlocutor. Seguindo estas premissas de raciocínio, temos a plena convicção de que o Estado português, antes de assinar um Tratado, e em virtude das posteriores consequências jurídicas, estudou minuciosamente

⁸⁵ Artigo 66.º, n.º 5 do CIRC.

⁸⁶ Apesar de tudo, entendemos que mesmo assim é infraconstitucional. Independentemente da posição doutrinária maioritariamente defendida, estamos em querer que além da CRP ser a base identificativa de qualquer Estado soberano, mesmo analisando a terminologia linguística do preceito constitucional presente no artigo 8.º da CRP, consideramos que só “oferece o lugar a outrem, quem num lugar superior e que, por isso, pode ceder”. Por outras palavras, entendemos que se alguém autoriza determinada situação, neste caso a aplicabilidade direta dos tratados, então é porque está numa posição de superioridade hierárquica e lhe possibilita conceder essa autorização. Caso contrário não faria sentido a existência do artigo 8.º, n.º 2 da CRP, nem lhe identificaríamos qualquer utilidade jurídica.

os impactos desse Tratado, abdicando voluntariamente, de forma necessária, de parte da sua soberania⁸⁷.

Outra questão que podemos colocar é se, partindo do nosso último exemplo, Portugal pode imputar os lucros ou rendimentos tendo por base a qualificação jurídica que faça do comportamento dos seus sujeitos passivos. Por outras palavras, podemos-nos questionar se, mesmo tendo assinado um ADT com o País X, sempre que Portugal entender com base no seu direito interno que estamos perante “*expedientes puramente artificiais*”, pode aplicar o instituto da imputação.

Também aqui, uma vez mais, não conseguimos vislumbrar qualquer compatibilidade entre a existência de um ADT e a aplicabilidade do artigo 66.º do CIRC.

Em primeiro lugar, esta situação levar-nos-ia a considerar que este ADT seria um Tratado condicionado, uma vez que só teria aplicabilidade plena caso não houve recurso a *expedientes puramente artificiais*. Para que isso fosse possível, era necessário que o texto do Tratado materializasse que essa era a vontade de ambos os Estados ou, na pior das hipóteses, Portugal teria de introduzir uma “*Reserva*”⁸⁸, que constasse do conteúdo do ADT, prevendo essa situação, aliás como teria de acontecer em qualquer contrato. Porém, importa referir que entendemos que estas situações de “reservas” são, ou deveriam ser, absolutamente residuais e evitáveis relativamente ao mecanismo das normas CFC, dada a insegurança jurídica que acarretam para os sujeitos passivos, desvirtuando a própria essência dos ADT que referimos previamente.

Em segundo lugar, se estivessemos perante um ADT condicionado, isso significaria que este teria de respeitar um conjunto de pressupostos, nomeadamente, o de precaver os referidos *expedientes puramente artificiais*. Contudo, o que para o País X, que até se situa fora da UE, pode preencher aquele conceito jurídico, para Portugal o mesmo pode não

⁸⁷ Este raciocínio é feito de modo abstrato e generalizado, com os inerentes riscos de rigor associados a qualquer generalização. Evidentemente que cada Tratado é um instrumento jurídico autónomo e que, caso as partes assim o entendam, podem contornar toda esta situação. Para exemplificar esta situação, entre nós, repare-se no artigo 27.º do ADT celebrado entre Portugal e o Panamá, onde independentemente das disposições convencionais, é o próprio corpo normativo do Tratado que salvaguarda a aplicabilidade destas normas antiabuso – cfr. Resolução Assembleia da República n.º 48/12 de 16/04. Consideramos ser importante ressaltar que estas boas práticas de prevenção e coerência legislativa não são uma realidade exclusiva de Portugal, veja-se o caso análogo de direito comparado, por exemplo, presente no art. 28.º, n.º 3 do ADT entre o Brasil e o México.

⁸⁸ Embora este conceito surja, habitualmente, associado ao texto do MC OCDE, a verdade é que de acordo com a Convenção de Viena, esta figura pode surgir em qualquer contrato. Cfr. Artigo 2.º, n.º 1, alínea d): “«Reserva» designa uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado”.

sucedem, e vice-versa. Seguindo a posição de ALBERTO XAVIER, “seriam absurdas as consequências da teoria da competência qualificatória cumulativa no que concerne aos pressupostos de aplicação cumulativa⁸⁹”, donde apenas uma das jurisdições poderia chamar a si a referida competência. Evidentemente que, não se discutindo questões relacionadas com o tipo de rendimento ou com a residência do sujeito passivo, o Estado competente teria de ser “o Estado com vocação natural para regular a situação”⁹⁰. Embora se trate de um conceito vago, conquanto admitamos opinião contrária, entendemos que o Estado que melhor pode aferir se há, ou não, uma atividade económica que consubstancie a *sociedade-base*, é o Estado da fonte, ou seja o País X, o que afasta a aplicabilidade do artigo 66.º do CIRC.

Reforçando a posição assumida, um ADT é, por definição, o resultado de um acordo de vontades. Ora, não nos podemos esquecer que os ADT’s não criam normas de incidência, atuando antes pela negativa, o que significa que atribuem ou retiram competência tributária aos Estados contratantes. Nesta última situação exemplificativa, Portugal ao celebrar um ADT com o País X apenas cede parte da sua receita tributária relativamente às questões em que seja Estado da fonte. Por maioria de razão, todas as questões relacionadas com a tributação no Estado da residência passam a ser da exclusiva competência do País X, isto porque admitimos que a *sociedade-base* é uma entidade com competência qualificativa para efeitos de aplicação do Tratado. Logo, Portugal não pode ter qualquer expectativa tributária em relação aos rendimentos daquela *sociedade-base*, muito menos quando nem sequer é o Estado da fonte dos rendimentos. Porém, é de referir que entendemos ser possível haver situações de tributação dos rendimentos em Portugal, de acordo com as regras acordadas para o Estado da residência, mas por via de tributação direta, por exemplo considerando a residência da *sociedade-base* em Portugal, caso seja aí que se situe a direção efetiva da empresa, e não por via deste mecanismo de imputação.

Assim sendo, não conseguimos compreender como é que, nos dias de hoje, Portugal tem ADT’s com sete *países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada*⁹¹, nos termos da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, alterada de acordo

⁸⁹ ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário (...) op. cit.* p. 173-174.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ São eles: *Barbados*, cujo ADT é de 22/10/2010, e aprovado em 3/10/2014; *Emirados Árabes Unidos*, cujo ADT é de 17/01/2011, e aprovado em 24/02/2012; *Hong Kong*, cujo ADT é de 22/03/2011, e aprovado em 24/02/2012; *Koweit*, cujo ADT é de 23/02/2010, e aprovado em 14/01/2011; *Panamá*, cujo ADT é de 27/08/2010, e aprovado em 24/02/2012; *Qatar*, cujo ADT é de 12/10/2011, e aprovado em 24/02/2012; São

com a Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro. Ademais, não conseguimos ultrapassar este patamar de raciocínio dado que consideramos existir uma incompatibilidade inultrapassável entre o conceito de *regime de tributação privilegiada* e a celebração de um ADT, cujos propósitos introdutoriamente referidos em cada ADT são “Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e sobre o Património”.

Porém, talvez se compreenda a aparente incoerência resultante da inércia legislativa de retirar da *lista negra* os regimes com os quais Portugal tenha celebrado um ADT, afinal, a força jurídica dos tratados, hierarquicamente superiores a qualquer norma especial de direito interno, é suficiente para afastar a aplicabilidade da norma constante do artigo 66.º do CIRC.

Em conclusão, somos levados a entender que o *mecanismo da imputação de lucros a sociedades residentes que controlem sociedades-base residentes num Estado com o qual Portugal tenha celebrado um ADT, tendencialmente, não deve ser aplicado, sob pena de violação do direito internacional convencional aplicável*, excetuando as situações em que esses lucros possam ser imputados a um estabelecimento estável da sociedade não residente. Deste modo, embora este seja o nosso entendimento genérico, não nos podemos abstrair da análise de cada caso e, até mesmo, da atenuação da posição assumida que os comentários do MC OCDE nos levam a considerar, nomeadamente os comentários ao artigo 7.º, que pretende evitar a tributação na fonte da sócia, excetuando situações de estabelecimento estável e, ainda, os comentários ao artigo 10.º do mesmo diploma, o qual pretende evitar a tributação dos dividendos devidos à sócia na fonte a não ser que haja distribuição efetiva, situação aí prevista apenas para a fonte, e não para o país de residência da sócia.

4.3. DO REGIME ESPECIAL DA ZONA FRANCA DA MADEIRA

Um ponto que entendemos merecer uma particular chamada de atenção, é o facto de Portugal, de acordo com a letra do artigo 66.º do CIRC, prevenir comportamentos considerados abusivos, unicamente em virtude de um residente poder controlar uma

Marino, cujo ADT é de 18/11/2010, e aprovado em 3/10/2014; e *Uruguai*, cujo ADT é de 30/11/2009, e aprovado em 21/01/2011.

entidade num país sujeito a um regime fiscal privilegiado, apesar de prever na sua própria ordem jurídica um regime especial como o vigente na ZFM.

Recordemos que a Madeira é uma Região Autónoma de Portugal, o que lhe permite beneficiar de um conjunto de vantagens provenientes da qualidade de um país membro da UE da OCDE.

Com isto, entende-se que o CINM não conste de listas negras internacionais, sendo aceite pelos 28 estados membros, e sendo-lhe diretamente aplicáveis todos os princípios da UE, designadamente o princípio da liberdade de estabelecimento e da prestação de serviços⁹², bem como todas as diretivas comunitárias.

Feita esta breve constatação do enquadramento legal do CINM, numa primeira análise poderíamos questionar a sua inserção nesta fase da nossa análise. Porém, a explicação baseia-se em dois motivos: (i) trata-se de um regime especial, logo tem uma admissibilidade jurídica que ultrapassa o âmbito conferido pelas regras gerais, funcionando como uma realidade paralela e (ii) porque entendemos que é mais um reforço da incoerência legislativa do artigo 66.º do CIRC e da sua incompatibilidade com os ADT's celebrados por Portugal.

Relativamente ao primeiro motivo, enquanto resultando de um benefício fiscal⁹³, o regime especial aplicável às entidades licenciadas na ZFM é uma realidade autónoma, materializando uma legítima exceção às regras gerais de incidência, à *igualdade* segundo a qual os contribuintes devem ser tratados, ao *princípio da capacidade contributiva*, sendo que se o interesse extrafiscal prosseguido se superiorizar à perda de receita fiscal, estamos perante uma situação de privilégios fiscais, proibidos pela reserva de lei do 103.º/2 da CRP.

No que respeita ao segundo ponto, comecemos por recordar que as entidades a operar no âmbito do CINM beneficiam de um dos regimes fiscais mais vantajosos da UE, com uma taxa de imposto de 5%⁹⁴ sobre os lucros. Seguidamente, como a Madeira é parte integrante de Portugal, beneficia dos ADT's celebrados por Portugal, logo não nos parece minimamente aceitável que possamos arguir a aplicação das regras internas de CFC face a regimes privilegiados, enquanto vigorar em Portugal um regime como o da ZFM.

⁹² Como referimos, o *Ac. Cadbury Schweppes* veio admitir a admissibilidade de uma empresa se localizar num estado apenas por razões fiscais.

⁹³ Cfr. Artigo 36.º do EBF.

⁹⁴ Cfr. Nota 93

Ou seja, não se podendo por em causa o facto próprio da existência daquele regime⁹⁵, o risco de incompatibilidade jurídica inultrapassável leva-nos a uma de duas alternativas: ou Portugal se assume como um Estado que procura prevenir-se de toda e qualquer forma de elisão fiscal, aplicando ou tentando aplicar esta norma CFC aos sujeitos passivos que beneficiem fiscalmente da utilização de estruturas jurídicas sediadas em regimes privilegiados; ou aceita a realidade fática, deixando de perseguir por um lado, o que promove por outro.

5. CONCLUSÃO

Tendo presente tudo quanto explanámos, cremos estar em condições de enunciar algumas conclusões que, esperamos, permitirão uma melhor compreensão do mecanismo português de CFC.

A primeira nota digna de reparo é a própria redação do texto normativo do artigo 66.º do CIRC. Além do legislador o ter redigido de forma pouco clara e algo confusa, acreditamos que os termos empregues não foram os adequados para exprimir a sua intenção.

Assim, a segunda nota conclusiva passa por considerar que, e em consonância com o Direto da UE e com as decisões TJUE, na exceção ao artigo, presente no n.º 12, onde se exigem “razões económicas válidas”, o legislador deverá ter desejado proibir o recurso a “expedientes puramente artificiais”, ou seja, a sociedades sem qualquer conteúdo material, sob risco de incompatibilidade com as liberdades fundamentais.

No que respeita à natureza jurídica da norma, entendemos que se trata de uma *ficção atípica* do rendimento na esfera da sócia residente da entidade controlada, dado que o propósito antievasivo parece admitir constitucionalmente a aparente violação do princípio da capacidade contributiva.

Quanto à imputação dos rendimentos estudada, esta é feita quer com base na proporção do capital, quer com base nos direitos sobre os rendimentos, quer com base

⁹⁵ Cfr. Ac. do STJ, Proc.97A928 de 09-07-1998, «Há "venire contra factum proprium" quando alguém exerce uma posição jurídica em contradição com o comportamento pelo mesmo assumido anteriormente», logo, há «um caso típico de (...) e de flagrante abuso de direito, nos termos do artº 334º do CC».

nos elementos patrimoniais detidos, direta ou indiretamente, pelo sujeito passivo residente em Portugal.

Posteriormente, em caso de imputação de lucros ao sujeito passivo residente em Portugal, os valores que se demonstrem que já tenham sido imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de períodos de tributação anteriores serão deduzidos à base tributável do exercício em que tais lucros sejam distribuídos, até à sua concorrência, sendo-lhes deduzido o imposto sobre o rendimento a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no estado de residência da entidade não residente.

Por outro lado, o aspeto que merece a nossa maior crítica prende-se com as condições que acionam, potencialmente, esta norma CFC. Isto é, o simples requisito de um sujeito passivo deter uma determinada participação numa entidade residente num regime privilegiado, parece-nos uma restrição injustificada à liberdade de gestão fiscal dos contribuintes e, em certos casos, ao princípio da igualdade.

Com isto, concluímos que uma norma CFC com referência a uma lista estática e taxativa de “regimes proibidos”, ou a conceitos abertos, como “imposto análogo ou idêntico”, se materializa numa técnica legislativa obsoleta e ultrapassada num contexto de globalização, capaz de criar sérias situações de injustiça material por inércia ou inexactidão legislativa, correspondentemente.

Isto leva-nos, também, à conclusão que, apesar dos propósitos legislativos enunciados de prevenir situações materialmente abusivas, prevenindo “engenhos tributários artificiosos e sem conteúdo”, o que resulta da letra da lei, em primeiro lugar, é uma perseguição cega e discriminatória aos sujeitos passivos que recorrem a estruturas em regimes de baixa tributação, independentemente da materialidade subjacente a cada estrutura.

Deste modo, entendemos que uma solução justa, apesar de burocrática e diplomaticamente mais exigente, passaria, por exemplo, por aplicar este mecanismo por referência à comparação entre taxas de imposto efetivas. Assim, além do recurso às Diretivas no espaço europeu, um reforço da celebração e da utilização de ATI's, instrumentos legais capazes de fornecer às várias AT's os elementos que considerem relevantes para a avaliação pormenorizada da situação tributária de um sujeito passivo; seria um caminho a considerar seriamente.

Mais simples é a conclusão relativa à compatibilidade da norma com os ADT's celebrados, dado que, exceto quando os lucros possam ser imputados a um

estabelecimento estável da sociedade não residente, a norma CFC não é aplicável sob pena de violação do direito internacional convencional e da hierarquia das fontes de direito.

Por último, independentemente das razões político-económicas e de desenvolvimento insular, sob pena de uma desmedida incoerência tributária, ou o paradigma dos mecanismos antiabuso no IRC português muda, ou a sua compatibilidade com o regime da ZFM será sempre uma contradição de legislação tributária.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, José Carlos, «*Planeamento e Evasão Fiscal*», Lisboa, VidaEconómica, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira, «*Direito Civil: Teoria Geral*», vol. II, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 77 e 78.

BAKER, Philip, «*Double Taxation Conventions and International Tax Law*», Londres, Sweet & Maxwell, 2.ª Edição, Maio 1994.

BAKER, Philip, «*Are the 2006 amendments to the cfc legislation compatible with community law?*», British Tax review nº.1, 2007.

BAKER, Philip, «*Recent developments in the interpretation and application of double taxation conventions*», vol. 49, n.º 283-285, Jan.-Jun.2000, p.119-134.

BILLGREN, Carolin, «*CFC-legislation, the Freedom of Establishment and Tax Treaties - A Comparative Study in the Light of the Cadbury-Schweppes judgement*», Lunds universitet/Juridiska institutionen, 2008.

CAMPOLO, Giuseppe, «*New regulation provides clarification regarding the tightened CFC and anti-tax heaven rules*», European Taxation, Janeiro 2011.

CARDOSO PINTO, Natália, «*A Tributação das Sociedades não Residentes sem Estabelecimento Estável em Portugal*», VidaEconómica, 2011.

CASALTA NABAIS, José, «*Direito fiscal*», Coimbra, Almedina, 7ª Edição, 2012.

CASALTA NABAIS, José, «*Introdução ao direito fiscal das empresas*», Coimbra, Almedina, 2013.

CASALTA NABAIS, José, «*O dever fundamental de pagar impostos - contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*», Coleção teses de doutoramento, Coimbra, Almedina, 1998.

CASALTA NABAIS, José, «*O princípio da legalidade fiscal e os actuais desafios da tributação*», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003, p.1057-1119.

CASALTA NABAIS, José, «*Presunções inilidíveis e princípio da capacidade contributiva - anotação*», Fisco, Lisboa, ano 9, n.º 84-85, Set.-Out.1998, p.85-95.

COURINHA, Gustavo Lopes, «*A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*», Coimbra, Almedina, 2004.

DE LA FÉRIA, Rita, «*Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário*», in *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, Coimbra, ano 1, n.º 2, Verão 2008, p.197-225.

DE LA FÉRIA, Rita, «*Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*», in *Common market law review*, Dordrecht, vol. 45, n.º 2, Abril 2008, p.395-441.

DOURADO, Ana Paula, «*A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na comunidade europeia*», Centro de Estudos Fiscais, 1996.

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

DOURADO, Ana Paula, «*O Princípio da legalidade fiscal - Tipicidade, conceitos indeterminados e margem de livre apreciação*», Almedina, 2007.

DUJARDIN, François-Xavier, «*Les règles dites controlled foreign companies CFC à travers l'Europe*», in *Actualités du droit, Bruxelles*, ano 10, n.º 4, 2000, p.573-584.

FERNANDES FERREIRA, Rogério M. / SAAVEDRA PINTO, Cláudia, «*Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*», in IIPF – International Institute of Public Finance, Congress 2010.

FONTANA, Renata, «*The uncertain future of CFC regimes in the Member States of the European Union. Part 2*», in *European Taxation*, vol. 46, n.º 7, Julho 2006, p. 317-334.

GOMES CANOTILHO, J.J / VITAL MOREIRA, «*Constituição da República Portuguesa*», Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista - Reimpressão, 2014.

GONÇALVES PEREIRA, André / QUADROS, Fausto, «*Manual de direito internacional público*», Coimbra, Almedina, 3ª Edição revista e aumentada, 2005.

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

LANG, Michael, «*CFC legislation, tax treaties, and EC law*», *Eucotax series on European taxation*, vol. 8, Kluwer Law International, 2004.

LANG, Michael / PISTONE, Pasquale / SCHUCH, Josef / Staringer, Claus / Storck, Alfred, «*Corporate Income Taxation in Europe: the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCTB) and Third Countries*», Edward Elgar Publishing, 2013.

LARENZ, Karl, «*Metodologia da ciência do direito*», tradução de *Methodenlehre der rechtswissenschaft* por José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.^a Edição, 2009.

LOPES DE SOUSA, Jorge, «*Código de procedimento e de processo tributário - Anotado e comentado*», vol. 1, 5.^a Edição, Lisboa, Áreas Editora, 2006.

MACHADO, J. Baptista, «*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*», Coimbra, Almedina, 1994.

MACHADO, Jónatas, «*Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*», Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2004.

MAISTO, Guglielmo / PISTONE, Pasquale, «*A European Model for Member States Legislation on the Taxation of the Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1*», European Taxation, Outubro, 2008.

MAISTO, Guglielmo / PISTONE, Pasquale, «*A European Model for Member States Legislation on the Taxation of the Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 2*», European Taxation, Novembro, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António, «*Código das Sociedades Comerciais Anotado*», Coimbra, Almedina, 2.^a Edição, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António, «*Tratado de direito civil português I - Parte Geral*», tomo I, Coimbra, Almedina, 2.^a Edição, 2000.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, «*A introdução na legislação portuguesa de medidas destinadas a reprimir a evasão fiscal internacional: o Decreto-Lei n.º 37/95 de 14 de Fevereiro*», *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 377, Jan.-Mar. 2003.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, «*A evasão e a fraude fiscais face à teoria da interpretação da lei fiscal*», in *Fisco*, Lisboa, ano 3, n.º 32, Junho 1991, p.15-37.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, «*Aplicação de medidas anti-abuso na luta contra a evasão-fiscal*», *Fisco*, LEX - Edições Jurídicas, ano 14, n.º 107/108, Março 2003, p. 35-45.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, «*Estudos de Direito Fiscal*», Almedina, 1999.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, «*Evasão e fraude fiscais internacionais*», in *AAVV, A internacionalização da economia e a fiscalidade*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1993, p. 301 e ss.

MEUSSEN, Gerard, «*Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States*», in *European Taxation*», volume 47, n.º 1, Janeiro 2007, p. 13-18.

MEUSSEN, Gerard, «*The Marks & Spencer case: reaching the boundaries of the EC Treaty*», *EC Tax Review*, 2003, p. 144-148.

MEUSSEN, Gerard, «*The principle of equality in European taxation*», Kluwer Law International, 1999.

MIRANDA, Jorge, «*Curso de direito internacional público*», Principia, 4.^a Edição revista e actualizada, 2009.

MORAIS, Rui Duarte, «*Convenções para evitar a dupla tributação e direito comunitário na jurisprudência recente do STA*», in *Fiscalidade*, Lisboa, n.º 48, Out.-Dez. 2011, p.33-45.

MORAIS, Rui Duarte, «*Apontamentos ao IRC*», Coimbra, Almedina, 2009.

MORAIS, Rui Duarte, «*Convenções sobre dupla tributação: de novo em diálogo com a jurisprudência*», in *Cadernos de justiça tributária*, Braga, n.º 1, Jul.-Set.2013, p.35-45.

MORAIS, Rui Duarte, «*Imputação de lucros de sociedades não residentes: sujeitas a um regime fiscal privilegiado - Controlled Foreign Companies, o artº 60º do CIRC*», Porto, Universidade Católica, 2005.

MORAIS, Rui Duarte, «*Paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados*», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, n.º 3, Dezembro 2006, p.1187-1201.

MORAIS, Rui Duarte, «*Sobre a noção de "cláusulas antiabuso" em Direito Fiscal*», in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 3, 2006, p. 879-894.

O'SHEA, Tom, «*The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries - tax avoidance or tax mitigation?*», in *EC Tax review*, vol. 16, n.º 1, 2007, p. 13-33.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, «*O direito - Introdução e teoria geral*», 13ª Edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2009.

PALMA BORGES, Ricardo, «*A Zona Franca da Madeira entre a isenção e a elisão – Um contributo para o estudo do Direito Tributário Internacional Português*» - dissertação de mestrado, apresentada em 14 de Outubro de 2002 e discutida em 9 de Julho de 2003.

PALMA BORGES, Ricardo, «*Marks & Spencer and its consequences for Portugal*», in *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*, org. SALDANHA PALMA

PALMA BORGES, Ricardo, «*National Report Portugal*», in *CFC Legislation – Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, org. LANG, Michael, Londres, Kluwer, 2004, p. 527-557.

PINTO, Ana Pinelas, «*Acórdão Cadbury Schweppes - o futuro dos regimes CFC - Controlled Foreign Corporations*», in *Revista fiscal*, Porto, n.º9, Outubro 2006, p.9-11.

PINTO NOGUEIRA, João Félix, «*Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade - a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*», Coimbra, Kluwer Law International, Coimbra Editora, 2010.

RACZKOWSKI, Konrad / SULKOWSKI, Lukasz, «*Tax management and tax evasion*», *New horizons in management sciences*, vol. 4, Peter Lang, 2014.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia Galvão, «*Introdução ao estudo do Direito*», Lex, 5.ª Edição, Lisboa, 2000.

RIBEIRO, João Sérgio, «*Cooperação e troca de informações entre administrações fiscais: o caso português*», in *III Congresso de Direito Fiscal*, diretora Glória Teixeira, Porto, VidaEconómica, 2013, p. 231-244.

RIBEIRO, João Sérgio, «*Tributação presuntiva do rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável*», Coleção teses de doutoramento, Coimbra, Almedina, 2010.

RUST, Alexander, «*CFC legislation and EC law*», *Intertax*, vol. 36, n.º 11, November 2008, p. 492-501.

SALDANHA SANCHES, J.L, «*Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites*», *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, 2000.

SALDANHA SANCHES, J.L, «*Justiça Fiscal*», Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SALDANHA SANCHES, J.L, «*Manual de Direito Fiscal*», Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

SALDANHA SANCHES, J.L, «*Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal, in Planeamento e concorrência fiscal internacional*, Lisboa, Fisco, 2003, p.319-335.

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

SALDANHA SANCHES, J.L, «*Tax harmonization versus tax competition: a view from the periphery*», *Fiscalidade*, Lisboa, n.º 35, Jul.-Set. 2008, p.5-11.

SAMUELSON, Paul A. / NORDHAUS, William D., «*Economia*», tradução e revisão técnica de Elsa Nobre Fontainha, McGraw-Hill, 18.^a Edição, Lisboa, 2005.

SANDLER, Daniel, «*Tax Treaties and Controlled foreign Company Legislation*», 2.^a Edição, The Hague, 1998.

SANTOS, António Carlos dos, «*Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal - o fiscalista no seu labirinto*», *Fiscalidade*, Lisboa, n.º 38, Abr.-Jun. 2009, p.61-100

SANTOS, António Carlos dos / CELORICO PALMA, Clotilde, «*A regulação internacional da concorrência fiscal nefasta*», *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 395, Jul.-Set. 1999.

SCHÖNFELD, Jens, «*The "Cadbury Schweppes" case: are the days of the United Kingdom's CFC legislation numbered?*», *European Taxation*, vol. 44, n.º 10, Outubro 2004, p. 441-452.

SCHOUEIRI, Luís Eduardo, «*Direito Tributário*», São Paulo, Saraiva, 4.ª Edição, 2014.

SOUSA DA CÂMARA, Francisco, «*National Report Portugal, in Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends*, Vol. 86b, Kluwer, 2001.

SOUSA DA CÂMARA, Francisco / AYALA, Bernardo, «*CFC Taxation*», in *Fisco*, ano VIII, n.º 78-79, Set.-Out., 1996.

SOUSA DA CÂMARA, Francisco / FERNANDES, José Almeida, «*Do double tax treaties prevent the application of domestic anti-avoidance rules?: the portuguese case*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, org. PAZ FERREIRA, Eduardo / TORRES, Heleno / CELORICO PALMA, Clotilde, vol. 1, Almedina, 2013, p. 501-526.

SOUSA FRANCO, António L. de, «*Finanças Públicas e Direito Financeiro*», 4.ª Edição - 13.ª Reimpressão, 2 in 1 vol., Coimbra, Almedina, 2010.

TEIXEIRA, Manuela Duro, «*A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*», Coimbra, Almedina, 2007.

TEIXEIRA, Manuela Duro, «*A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado: algumas notas*», in *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, org. OTERO, Paulo / ARAÚJO, Fernando / TABORDA DA GAMA, João, Coimbra Editora, vol. V, *Direito fiscal: garantias, procedimento, infracções, gestão fiscal, internacional e europeu*, 2011, p. 641-686.

TEIXEIRA, Manuela Duro, «*Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal: algumas notas*», in *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*, org. SALDANHA SANCHES / SOUSA DA CÂMARA, Francisco / TABORDA DA GAMA, João, Coimbra Editora, 2009, p. 237-277.

TERRA, Ben / WATTÈL, Peter Jacob, «*European tax law*», Kluwer Law International, 2005.

THOMAZ, João Amaral, «*A reunião do G20 de 2 de Abril de 2009 e o futuro dos paraísos fiscais*», in *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, Lisboa, ano 2, n.º 2, Verão 2009, p. 31-44.

VASQUES, Sérgio, «*Manual de direito fiscal*», Coimbra, Almedina, 2012.

VASQUES, Sérgio, «*O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*», Coleção teses de doutoramento, Coimbra, Almedina, 2008.

XAVIER, Alberto, «*Direito Internacional Tributário*», com colaboração de CELORICO PALMA, Clotilde / XAVIER, Leonor, Almedina, 2ª Edição Actualizada, 2011.

PRINCIPAL JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo: 97A928 de 09-07-1998, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b9ab622d1f96c60f80256981003ca1ff?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo: 00066/06.0BECBR, Secção: 2ª Secção - Contencioso Tributário de 15-12-2011, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/e047182fb43256c58025796b003b8b31?OpenDocument&Highlight=0,conven%C3%A7%C3%A3o,dupla,tributa%C3%A7%C3%A3o>
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Processo: 05148/13, Secção: CT- 2º JUÍZO de 17-10-2013, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ec2d1f2ee982683880257d0f003ab8e4?OpenDocument&Highlight=0,artigo,66,CIRC>
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo: 01264/12 de 16-01-2013, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0b064f4d834bd50a80257b0c005db440?OpenDocument&ExpandSection=1>

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo: 01435/12, de 20-02-2013, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b8529491f996261f80257b2c0033bff6?OpenDocument&Highlight=0,01435%2F12,20%2F02%2F2013>

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo: 0102/12 de 15-01-2014, disponível em:

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ca28a62556e11a0280257c68004e678e?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0102%2F12,15%2F01%2F2014#_Section1

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo: 01318/13 de 09-04-2014, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/227a56f3732597a980257cc4003c8e0f?OpenDocument&Highlight=0,Imputa%C3%A7%C3%A3o,de,lucros,de,sociedades,n%C3%A3o,residentes,sujeitas,a,um,regime,fiscal,privilegiado>

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo: 01319/13 de 14-05-2014, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/4f2d3a9f87f4023c80257ce7004a052d?OpenDocument&ExpandSection=1>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Imperial Chemical Industries/Colmer*, Processo: C-264/96 de 16 de julho de 1998, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44008&pageIndex=0&doClang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572372>
- Acórdão do Tribunal de Justiça *Centros*, Processo: C-212/97 de 9 de março de 1999, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44462&pageIndex=0&doClang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572735>
- Acórdão do Tribunal de Justiça *Lankhorst-Hohorst* - Quinta Secção, Processo: C-324/00 de 12 de dezembro de 2002, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47587&pageIndex=0&doClang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572482>
- Acórdão do Tribunal de Justiça *Lasteyrie Du Saillant* - Quinta Secção, Processo: C-9/02 de 11 de março de 2004, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48987&pageIndex=0&doClang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572558>
- Acórdão do Tribunal de Justiça *Marks & Spencer* - Grande Secção, Processo: C-446/03 de 13 de dezembro de 2005, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57067&pageIndex=0&doClang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572663>
- Acórdão do Tribunal de Justiça *Halifax* - Grande Secção, Processo: C-255/02 de 21 de fevereiro de 2006, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56198&pageIndex=0&doClang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=573319> - Acórdão sobre IVA, mas esclarecedor quanto à mecânica antiabusiva;

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60293&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=573319> - Conclusões do Advogado-Geral;

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* - Grande Secção, Processo: 196/04 de 12 de setembro de 2006, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddbec37b4d5b79496c937fb14a1a88f940.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPbx50?text=&docid=63874&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572021>

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Test Claimants In Class IV Of The ACT Group Litigation* - Grande Secção, Processo: C-374/04 de 12 de dezembro de 2006, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-374/04&td=ALL>

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Test Claimants In The CFC And Dividend Group Litigation* - Quarta Secção, Processo: C-201/05 de 23 de abril de 2008, disponível em:

- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=69464&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572123>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo: 97A928 de 09-07-1998, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b9ab622d1f96c60f80256981003ca1ff?OpenDocument>

