



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Desafios na aplicação do conceito de
atividade efetiva e materialmente exercida na
Zona Franca da Madeira:
A noção de posto de trabalho**

Mariana Ferreira da Silva Dias

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Desafios na aplicação do conceito de
atividade efetiva e materialmente exercida na
Zona Franca da Madeira:
A noção de posto de trabalho**

Mariana Ferreira da Silva Dias

Orientador: Filipe Domingues Cerqueira Alves

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

À minha Mãe e ao meu Pai.

“Believe you can and you’re halfway there.”

- Theodore Roosevelt

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor incondicional e por estarem sempre presentes. Tudo o que sou e um dia serei é graças a eles.

Aos meus irmãos, pelos conselhos preciosos e por acreditarem em mim mesmo quando eu não acreditei.

Aos meus avós, pela força transmitida, indispensável para conseguir superar os obstáculos.

Ao Paulo, por ser colo, conforto e ar leve que eu precisei.

Às minhas amigas, por todo o companheirismo e apoio.

Ao Professor Doutor Filipe Domingues Cerqueira Alves, por ter alavancado esta experiência.

Resumo

As intervenções dos Estados na economia assumiram relevância no panorama internacional com as investigações desenvolvidas pela Comissão Europeia. Contudo, a concessão de Auxílios de Estado a empresas ou setores de produção, considerados fundamentais para o desenvolvimento e manutenção da economia, sempre foram uma prática comum dos Estados.

O caso da Zona Franca da Madeira é uma das formas mais comuns de intervenção dos Estados, com o objetivo de atrair investimento, através da concessão de benefícios fiscais às empresas. Todavia, o Tribunal Geral da União Europeia confirmou a decisão da Comissão Europeia de que não foram cumpridas as condições para este auxílio ser autorizado, ordenando a sua recuperação. Desta forma, os contribuintes estão a ser notificados pela Autoridade Tributária e Aduaneira para efetuarem os pagamentos alocados à recuperação destes auxílios.

A nossa dissertação pretende realizar um brevíssimo enquadramento do caso bem como da Decisão da Comissão Europeia, analisando, conseqüentemente, o conceito de auxílio de Estado. Oferecemos, ainda, algumas hipóteses de solução para o conceito de posto de trabalho e atividade efetiva e materialmente exercida. Assim sendo, estamos em condições de afirmar que a metodologia para apurar o IRC a restituir deve basear-se num critério de proporcionalidade, não devendo desconsiderar as empresas que empreguem fora da Madeira.

Palavras-chave: Zona Franca da Madeira; Auxílios de Estado; Regime fiscal preferencial; Atividade efetiva e materialmente exercida; Postos de trabalho; Regime III; Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas; Direito Fiscal Europeu.

Abstract:

Interventions by states in the economy have become increasingly important on the international scene with the investigations carried out by the European Commission. However, the granting of state aid to companies or production sectors considered fundamental to the development and maintenance of the economy has always been a common practice of states.

The case of the Madeira Free Trade Zone is one of the most common forms of state intervention, with the aim of attracting investment by granting tax benefits to companies. However, the General Court of the European Union confirmed the European Commission's decision that the conditions for this aid to be authorized were not met and ordered its recovery. Therefore, taxpayers are being notified by the Tax and Customs Authority to make the payments allocated to the recovery of this aid.

Our dissertation aims to provide a very brief overview of the case and of the European Commission's decision, analyzing the concept of state aid. We also offer some hypothetical solutions for the concept of the job and the activity materially carried out. Therefore, we can confirm that the methodology for calculating the CIT to be refunded should be based on a proportionality criterion and should not disregard companies that employ people outside Madeira.

Kew-words: Madeira Free Trade Zone; State Aid; Activity actually and materially carried out; Job positions; Regime III; Corporate Income Tax; EU Tax Law.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO | 14 |
| 1.1 Nota introdutória..... | 14 |
| 1.2.1 Delimitação Positiva | 15 |
| 1.2.2 Delimitação Negativa..... | 15 |
| 1.3 Metodologia e Bibliografia..... | 16 |
| 1.4 Sequência..... | 16 |
| CAPÍTULO 2. O CASO | 17 |
| 2.1 A ZFM | 17 |
| 2.3 A decisão da CE (Decisão 2020) | 20 |
| CAPÍTULO 3. O CONCEITO DE AE E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O MERCADO INTERNO | 22 |
| 3.1 Elementos caracterizadores..... | 23 |
| 3.1.1 Existência de uma ajuda (independentemente da forma)..... | 23 |
| 3.1.2 A origem estatal: a imputabilidade da medida ao Estado e o seu financiamento através de recursos estatais..... | 25 |
| 3.1.3 A concessão de uma vantagem aos seus destinatários..... | 26 |
| 3.1.4 Caráter seletivo | 28 |
| 3.1.5 Impacto sobre as trocas comerciais e a concorrência | 30 |
| CAPÍTULO 4. ATIVIDADE EFETIVA E MATERIALMENTE EXERCIDA E A SUA APLICABILIDADE AO CASO | 32 |
| 4.1 Diretiva <i>Unshell</i> | 32 |
| 4.2 Caso <i>Cadbury Schweppes</i> | 35 |
| 4.3 <i>Danish Cases</i>..... | 37 |
| 4.4 ATAD..... | 39 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO 5. APRECIÇÃO GLOBAL..... | 43 |
| 5.1 Hipóteses de solução para os critérios da recuperação do auxílio | 43 |
| CAPÍTULO 6. CONCLUSÕES | 49 |
| BIBLIOGRAFIA | 52 |
| I – Livros e artigos | 52 |
| II – Documentos de organizações internacionais..... | 55 |
| III – Documentos eletrónicos e websites | 57 |
| IV – Lista jurisprudencial..... | 59 |

SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| Ac. | Acórdão |
| AE | Auxílio(s) de Estado |
| Al. | Alínea |
| Art(s). | Artigo(s) |
| AT | Autoridade Tributária e Aduaneira |
| AT-RAM | Administração Tributária da Região Autónoma da Madeira |
| BE | Beneficiário Efetivo |
| BEPS | <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (Erosão da base tributável e transferência de lucros) |
| CE | Comissão Europeia |
| CEE | Comunidade Económica Europeia |
| Cfr. | Conferir |
| CGAA | Cláusula Geral Anti Abuso |
| CINM | Centro Internacional de Negócios da Madeira |
| CM OCDE | Convenção Modelo da OCDE |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| D.L. | Decreto-Lei |
| DMR | Declarações Mensais de Remunerações |
| DUE | Direito da União Europeia |
| EBF | Estatuto dos Benefícios Fiscais |
| EM | Estado-Membro |
| ETI | Equivalentes a tempo inteiro |

| | |
|-----------|---|
| I.e. | <i>Id est</i> (Isto é) |
| IRC | Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas |
| LGT | Lei Geral Tributária |
| MLI | <i>Multilateral Instrument</i> (Instrumentos Multilaterais) |
| N.º | Número |
| OAR | Orientações relativas aos auxílios estatais |
| OCDE | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| Pág(s). | Página(s) |
| PIB | Produto Interno Bruto |
| Proc. | Processo |
| RAM | Região Autónoma da Madeira |
| RGIC | Regulamento Geral de Isenção por Categoria |
| SEC | Sociedade Estrangeira Controlada |
| STA | Supremo Tribunal Administrativo |
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TGUE | Tribunal Geral da União Europeia |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| UCP - CRP | Universidade Católica Portuguesa - Centro Regional do Porto |
| UE | União Europeia |
| UTA | Unidades de Trabalho Anuais |
| VAB | Valor Acrescentado Bruto |
| ZFM | Zona Franca da Madeira |

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO

1.1 Nota introdutória

No hodierno direito da UE, os auxílios de Estado (adiante AE) têm sido uma questão central. Desde 1957, altura em que o Tratado de Roma entrou em vigência, estabeleceu-se o conceito de AE, muito antes de qualquer iniciativa para harmonizar as regras fiscais da UE no campo da tributação do rendimento.¹

Ora, se, por um lado, os Estados-Membros (adiante EM) reservam a “liberdade de definir a organização e a conceção do seu sistema fiscal e de determinar a necessidade de repartir entre si o poder de tributação”, ao mesmo tempo, estão sujeitos, no cumprimento das suas competências, ao exercício das obrigações que concordaram ao aderirem aos Tratados, nomeadamente, “a proibição de restrições à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais”, previstas, respetivamente, nos arts. 49.º e 63.º do TFUE.²

Neste sentido, têm cooperado para apurar o conceito, quer de AE quer das diversas formas que estes podem assumir, traçando, para todos os efeitos, os limites entre tipos de medidas compatíveis com as regras de construção do mercado único europeu e, por outro lado, as medidas, adotadas pelos EM, que se consideram aptas a pôr em causa a manutenção desse mercado. Ora, é neste seguimento que a CE tem recorrido ao mecanismo dos AE, no âmbito de normas de direito interno, que possam ser consideradas incompatíveis com o mercado único.³

Considerando os desenvolvimentos mais recentes, o tema torna-se de particular relevância para Portugal, nomeadamente após o TGUE, em setembro de 2022, ter confirmado a decisão da CE, determinando que um dos regimes de benefícios fiscais disponibilizados às empresas licenciadas na Zona Franca da Madeira (adiante ZFM) em sede de IRC era incompatível com o mercado interno.⁴

¹ Cfr. FIDALGO, Isabel Santos, MARTINS, António Queiroz, CASTRO, Francisca Osório de, “Zona Franca da Madeira: Entre o canto do cisne e a dedutibilidade dos Auxílios de Estado”, 2023, pág. 6. Disponível em <https://www.afp.pt/revista/edicoes/766-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-v-n-1-2023?start=6>, consult. em 04/abr/2024.

² *Ibidem*, pág. 7.

³ *Ibidem*, pág. 8.

⁴ Cfr. CHINQUELHO, Diogo Pina (2024) – *Auxílios Fiscais de Estado e o Esquema ZFM*. Almedina, pág. 18.

Por fim, tentaremos determinar alguns dos métodos para aferir o conceito de posto de trabalho e os requisitos para se considerar que uma empresa exerce efetiva e materialmente a sua atividade na Região Autónoma da Madeira (adiante RAM).

1.2 Objeto

1.2.1 Delimitação Positiva

A presente dissertação visa responder à seguinte questão: qual é o conceito de posto de trabalho na ZFM para efeitos do Regime III.

Assim, partiremos de um enquadramento legal da ZFM, seguindo-se de uma abordagem ao conceito de AE e a sua (in)compatibilidade com o mercado interno. Posteriormente, analisaremos, com mais detalhe, o Regime III da ZFM e a sua aplicabilidade no Direito Europeu.

O nosso estudo versará sobre o conceito de posto de trabalho e a criação de critérios para atividade efetiva e materialmente exercida na ZFM, tentando com isso oferecer segurança e algum nível de certeza para a esfera do contribuinte.

Para tal, teremos em consideração, nomeadamente, as soluções constantes da Diretiva *Unshell*, Acórdão (adiante ac.) *Cadbury Shchweepes*, *Danish Cases* e Diretiva ATAD.

1.2.2 Delimitação Negativa

Tendo em conta que nos focaremos nos benefícios fiscais, não analisaremos os restantes benefícios (nomeadamente, os regimes de licenciamento, constituição e funcionamento de sociedades, registo internacional de navios e constituição e funcionamento de *trusts offshore*).

Não iremos analisar os regimes I, II e IV nem abordaremos o abuso da confiança dos contribuintes e a responsabilidade do Estado contrário ao DUE.

Fica também de fora do nosso escopo outras iniciativas adotadas a nível global, como as que decorrem do projeto BEPS da OCDE e MLI.

1.3 Metodologia e Bibliografia

O nosso trabalho assenta essencialmente no estudo do caso da ZFM. Para isso, procedemos a um cuidado exame legislativo, doutrinal, jurisprudencial e bibliográfico. Também nos socorremos de comunicações, recomendações e outros documentos de organizações internacionais, em particular da UE. Na redação da tese, seguimos o manual de estilo da UCP – CRP.

1.4 Sequência

No próximo capítulo iremos proceder ao enquadramento factual do caso da ZFM. Nesta senda, procederemos a uma análise dos argumentos apresentados pela CE, relativamente à decisão que deu início ao procedimento formal de investigação deste caso.

No capítulo 3 indagaremos os limites do conceito de AE, em especial, no que concerne aos elementos caracterizadores e ao princípio estruturante, e à sua (in)compatibilidade com o mercado interno.

Já no capítulo 4 iremos examinar o conceito de atividade efetiva e materialmente exercida e a sua aplicabilidade ao caso.

No capítulo 5 encontrar-se-á a nossa perspetiva, nomeadamente com a apresentação de hipóteses de solução para o conceito de posto de trabalho e métodos para a recuperação do imposto considerado ilegal que, no nosso entender, beneficiaria o Regime III.

Por fim, terminaremos com as devidas conclusões.

CAPÍTULO 2. O CASO

2.1 A ZFM

Há vários anos que perduram regimes fiscais preferenciais das empresas que praticam a sua atividade na RAM, através de inúmeros mecanismos fiscais, alguns dos quais anteriores à adesão de Portugal à CEE e que vão sendo “substituídos e atualizados, cumprindo todos os procedimentos” preconizados pela CE, nomeadamente uma aprovação prévia por este órgão antes da correspondente entrada em vigor na lei nacional.⁵

Historicamente, considerando “a especial situação geoestratégica da Madeira”, a ZFM surgiu, originalmente, como uma “área de livre importação e exportação de mercadorias”, tendo como intuito o “aparecimento de novos sectores industriais voltados para o desenvolvimento económico e social da Região”.⁶ Neste quadro inicial, a ZFM era concebida como “um enclave territorial onde as mercadorias que nele se encontrem são consideradas como não estando no território aduaneiro para efeito da aplicação de direitos aduaneiros, de restrições quantitativas e de demais imposições ou medidas de efeito equivalente”.⁷

Com o passar do tempo, a sua magnitude foi evoluindo e, nos dias de hoje, concretiza uma dimensão mais ampla e integra uma “peça de um regime jurídico bem mais amplo – o Centro Internacional de Negócios da Madeira” (adiante CINM).⁸

In casu, estamos perante um auxílio de finalidade regional, com o intuito de compensar, e ultrapassar, ineficácias de carácter estrutural⁹ que advêm do estatuto ultraperiférico. Assim, permitem a estas regiões perspetivas de negócio, modernizando,

⁵ Cfr. FIDALGO, Isabel Santos, MARTINS, António Queiroz, CASTRO, Francisca Osório de, “Zona Franca da Madeira: Entre o canto do cisne e a dedutibilidade dos Auxílios de Estado”, 2023, pág. 9. Disponível em <https://www.afp.pt/revista/edicoes/766-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-v-n-1-2023?start=6>, consult. em 04/abr/2024.

⁶ Cfr. Preâmbulo e art. 2.º do D.L. n.º 500/80, de 20 de outubro.

⁷ Cfr. art. 1.º, n.º 1 do Decreto Regulamentar Regional n.º 53/82.

⁸ O CINM abrange um conjunto de benefícios de diversas naturezas. *In casu*, apenas interessam os benefícios fiscais, sendo especificamente sobre estes que o alinhamento discursivo de seguida refletirá. Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da (2024) - *Introdução ao Planeamento Fiscal (Teoria Jurídica)*, Almedina, pág. 272.

⁹ A Decisão C(2007) 3037 final, que aprovou o regime de auxílios ZFM – Regime III (N421/2006), reconheceu que a RAM era uma região ultraperiférica segundo o disposto no art. 299.º, n.º2 da CE (atual art. 349.º do TFUE), sendo, nessa medida, elegível para AE regionais ao funcionamento conforme o art. 87.º, n.º3, al. a) da CE (atual art. 107.º, n.º 3, al. a) do TFUE).

diversificando e internacionalizando a estrutura produtiva, quer de bens como de serviços.¹⁰

Ora, por se tratar de um auxílio ao funcionamento, a limitação da medida do benefício tem de ser proporcional à medida das desvantagens (isto é (adiante i.e.), dos custos acrescidos) daquela região que se pretende compensar. Para isso, estabeleceu-se, na lei interna, um mecanismo de limitação do benefício refletido por diversos *plafonds* de matéria coletável, balizados em número (adiante n.º) de postos de trabalho criados (na lógica de quanto mais postos de trabalho criados, mais custos a empresa terá necessariamente na ZFM, tendo assim justificação o benefício concedido).¹¹

Ao longo dos anos foram constituídos quatro regimes fiscais aplicáveis às entidades licenciadas para operar na ZFM. Deste modo, o primeiro regime da ZFM foi negociado com a CE em 1987 (Regime I).¹²

Contudo, o processo de resgate financeiro do país levou à alteração do regime implementado na altura. Assim, posteriormente, em 2002, foi autorizado um novo regime (Regime II), que vigorou entre 2003 e 2006, e cujos efeitos perduraram até 2011.

Subsequentemente, foi implementado o Regime III, que vigorou entre 2007 e 2020, sendo o regime que aqui nos interessa e que iremos abordar com detalhe na secção 2.2.¹³

Atualmente, está em vigor, desde 2015, o Regime IV, que permite o licenciamento de atividades até 31 de dezembro de 2024, devendo vigorar até 2028.¹⁴

2.2 Regime III

¹⁰ Cfr. FERREIRA, Rogério M. Fernandes, ALMEIDA, Marta Machado de, MEDALHO, Rita Arcanjo, SILVA, Soraia João, MARCELINO, José Oliveira e CARVALHO, Inês Tomé, “Guia Fiscal da Madeira (Novos Desenvolvimentos 2021)”, 22/abr/2021, pág. 2. Disponível em https://www.rfflawyers.com/xms/files/archive-2022-03/KNOW_HOW/Guias/Madeira/RFFa_Madeira - NL - Guia Fiscal da Madeira -2021- - PT VF.pdf, consult. em 15/fev/2024.

¹¹ Cfr. parágrafo 61 da Decisão de 27/06/2007, C(2007) 3037 final, no proc. n.º 421/2006. “A Comissão observa que o benefício proporcionado pela medida diminui com o número de postos de trabalho criados pelo beneficiário. Por conseguinte, a medida segue um princípio de proporcionalidade. Além disso, a nível dos beneficiários individuais, a vantagem proporcionada pela medida corresponde a um valor inferior aos custos adicionais estimados.”

¹² Cfr. Decisão da CE de 27/05/1987, no proc. n.º 204/86.

¹³ Este regime foi introduzido pelo D.L. n.º 13/2008, de 18 de janeiro, e foi autorizado pela CE pela Decisão de 27/06/2007, C(2007) 3037 final, no proc. n.º 421/2006.

¹⁴ Cfr. FERREIRA, Rogério M. Fernandes, ALMEIDA, Marta Machado de, MENESES, Álvaro Silveira de, DIONÍSIO, Miriam Campo, JACOB, João de Freitas, VILAÇA, José Nuno, BARREIRO, Joana Fidalgo, “Guia Fiscal da Madeira 2024”, 15/fev/2024, pág. 3. Disponível em <https://www.rfflawyers.com/pt/know-how/guias/guia-fiscal-da-madeira-2024/4993/>, consult. 04/mar/2024.

Ora, no que toca ao Regime III, este manteve os critérios da criação de postos de trabalho para acesso aos benefícios fiscais¹⁵, bem como os critérios para a possibilidade de aproveitar de uma redução de 50% à coleta.¹⁶ No entanto, reviu as taxas de IRC aplicáveis a esses sujeitos passivos (3% de 2007 a 2009, 4% de 2010 a 2012 e 5% de 2013 a 2020), consoante o artigo (adiante art.) 36.º do EBF.

Em 2013, foram revistos os *plafonds* progressivos máximos da matéria coletável, tendo aumentado consideravelmente. O legislador nacional, com o aval da CE, estipulou no primeiro escalão, até 2,73 milhões de euros matéria coletável, sendo necessário criar um posto de trabalho para o contribuinte beneficiar da taxa reduzida sobre a totalidade dessa matéria coletável (cfr. alínea (adiante al.) a) do n.º 3 do art. 36.º do EBF); no segundo escalão até 3,55 milhões de euros, sendo necessário, neste caso, criar três postos de trabalho (cfr. al. b) do n.º 3 do art. 36.º EBF), e por aí adiante.¹⁷ Em termos práticos, um posto de trabalho na ZFM fornece um benefício correspondente à diferença entre a taxa geral de IRC (21%) e a taxa reduzida de 5% sobre 2,73 milhões de euros.

Com efeito, atentos os requisitos de que dependem o acesso aos benefícios fiscais, para controlo dos mesmos, o Regime III foi objeto de monitorização pela CE, a qual teve início em março de 2015 e terminou em julho de 2018. No âmbito do princípio da cooperação mútua e no que diz respeito ao exame dos regimes de auxílios existentes¹⁸, a CE solicitou informações à República Portuguesa, com o objetivo de verificar se o Regime Português a favor das empresas estabelecidas na ZFM havia sido aplicado segundo as orientações relativas a auxílios estatais (adiante OAR) emitidas em 2007 e 2013 e, de uma forma mais global, a compatibilidade do regime da ZFM ao abrigo das regras da UE em matéria de AE.

¹⁵ As entidades devem observar um dos seguintes requisitos de elegibilidade: “criação de um a cinco empregos nos seis primeiros meses de actividade e realização de um investimento mínimo de 75 000 euros na aquisição de activos fixos, corpóreos ou incorpóreos, nos dois primeiros anos de actividade” ou “criação de 6 ou mais postos de trabalho nos seis primeiros meses de actividade.” Cfr. Decisão C(2007)3037 final, pág. 5, parágrafo 21.

¹⁶ Devem preencher pelo menos duas das seguintes condições: contribuam para a: “modernização da economia regional, através da inovação tecnológica de produtos e de processos de fabrico ou de modelos de negócio; diversificação da economia regional, através do exercício de novas actividades de elevado valor acrescentado; contratação de recursos humanos altamente qualificados; melhoria das condições ambientais ou criação de, pelo menos, 15 postos de trabalho, que deverão ser mantidos durante um período mínimo de cinco anos”. *Ibidem*, págs. 3 e 4, parágrafo 16.

¹⁷ Na redação dada pela Lei n.º 83/2013, de 9 de dezembro, com efeitos a 1 de janeiro de 2013, conforme disposto no n.º 2 do art. 9.º da referida Lei. Cfr. Decisão C (2013) 4043 final, no proc. SA.34160 (2011/N).

¹⁸ Cfr. art. 108.º, n.º 1 do TFUE.

2.3 A decisão da CE (Decisão 2020)

Por fim, após serem analisadas as informações prestadas pela República Portuguesa, culminou com uma decisão pela CE, a 4 de dezembro de 2020, a qual comunicou que o procedimento implementado no n.º 2 do art. 108.º do TFUE havia sido iniciado. Apenas em maio de 2022, foi publicada a decisão no Jornal Oficial da UE, onde esta conclui que, pelo menos em parte, o Regime III foi ilegalmente executado pelo Estado Português e, dessa forma, não estava em conformidade com as OAR de 2007 e de 2013.

Deste modo, uma parte desses auxílios foi concedida aos beneficiários em violação das regras europeias, sendo, pois, ilegal e incompatível com o mercado interno, no que toca à i) localização geográfica dos lucros que beneficiam da redução do imposto, e ii) inexistência de um elemento de conexão do montante de auxílio à criação/manutenção de empregos efetivos na região.¹⁹

Nessa medida, a República Portuguesa foi condenada à recuperação do imposto alegadamente pago a menos por constituir auxílio ilegal e consequentes juros²⁰, a contar desde a data em que os auxílios foram colocados à disposição até à data da sua recuperação efetiva. Assim sendo, convidou as partes interessadas a apresentarem as suas observações relativamente ao Regime III da ZFM.²¹

Neste âmbito, o TJUE, a 21 de setembro de 2022, em sede de recurso interposto pelo Estado Português da decisão da CE (segundo o disposto nos arts. 256.º e 263.º do TFUE), negou provimento ao mesmo, validando a posição da CE, no que respeita às atividades efetivas e materialmente realizadas na ZFM.²² Adicionalmente, certas “empresas que beneficiaram destes” AE “recorreram”, igualmente, da decisão da CE, correndo “os seus trâmites processuais no TJUE”.²³

¹⁹ Cfr. Decisão (UE) 2022/1414 da CE de 4 de dezembro de 2020 relativa ao regime de auxílios SA.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da ZFM – Regime III, 6.2, L 217/76, parágrafos 40 e 41.

²⁰ Cfr. Comunicação da CE sobre as taxas de juro em vigor aplicáveis na recuperação de auxílios estatais e as taxas de referência/atualização aplicáveis a partir de 1 de outubro 2024 (C/2024/5760).

²¹ Cfr. Decisão (UE) 2022/1414 da CE de 4 de dezembro de 2020 relativa ao regime de auxílios SA.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da ZFM – Regime III, 6.2, L 217/76, parágrafo 7.

²² Cfr. Ac. do TJUE (Oitava Secção), de 21 de setembro de 2022, proc. T-95/21 (República Portuguesa/CE) e Ac. do TJUE (Quinta Secção), de 21 de junho de 2023, proc. T-131/21 (RAM/CE).

²³ Cfr. FIDALGO, Isabel Santos, MARTINS, António Queiroz, CASTRO, Francisca Osório de, “Zona Franca da Madeira: Entre o canto do cisne e a dedutibilidade dos Auxílios de Estado”, 2023, pág. 13. Disponível em <https://www.afp.pt/revista/edicoes/766-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-v-n-1-2023?start=6>, consult. em 04/abr/2024.

A partir de julho de 2022, o processo de cobrança dos referidos montantes teve início, tendo a Administração Tributária da Região Autónoma da Madeira (adiante AT-RAM)²⁴ procedido às notificações de cobrança às empresas beneficiárias para exercerem o direito de audição prévia.²⁵ A CE explicou que os valores teriam de ser recuperados para repor a distinção de tratamento em relação às empresas concorrentes.²⁶

Nesta ótica, o conceito necessita de ser aprofundado, em conformidade com as normas e os princípios aplicáveis à alocação de rendimentos no contexto do direito fiscal internacional, o que ainda não ocorreu. Nesse cenário, o local da presença física de trabalhadores é, apenas, um dos fatores relevantes para a alocação, contudo, não é, necessariamente, o mais determinante. Assim, é essencial que os agentes económicos se defendam, com argumentos distintos, com os recursos disponíveis.²⁷ Deste modo, debruçar-nos-emos sobre o que é uma atividade efetiva e materialmente exercida na ZFM.

²⁴ Cfr. arts. 140.º e 141.º da Lei n.º 130/99 de 1 de agosto. Cfr. Ac. do TG (Quinta Secção), de 21 de junho de 2023, no proc. T-131/21 (RAM/CE), parágrafo 26.

²⁵ Cfr. FIDALGO, Isabel Santos, MARTINS, António Queiroz, CASTRO, Francisca Osório de, “Zona Franca da Madeira: Entre o canto do cisne e a dedutibilidade dos Auxílios de Estado”, 2023, pág. 13. Disponível em <https://www.afp.pt/revista/edicoes/766-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-v-n-1-2023?start=6>, consult. em 04/abr/2024.

²⁶ Neste sentido, as regras da UE exigem que os AE incompatíveis sejam recuperados num prazo de 10 anos, de modo a eliminar a distorção da concorrência. Cfr. art. 17.º do do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015 (L 248/9).

²⁷ Cfr. FERREIRA, Rogério M. Fernandes, “A propósito de uma defesa efetiva e material da Zona Franca da Madeira”, 11/dez/2022, pág. 2. Disponível em <https://www.rfflawyers.com/pt/know-how/newsletters/a-proposito-de-uma-defesa-efetiva-e-material-da-zona-franca-da-madeira/4651/>, consult. em 05/mar/2024.

CAPÍTULO 3. O CONCEITO DE AE E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O MERCADO INTERNO

Feito um brevíssimo enquadramento sobre a ZFM, é indispensável realizar uma análise, em termos gerais, do conceito de AE e a sua aplicabilidade prática no seio das regras da concorrência da UE, através da análise dos critérios que compõem a noção de AE vertida no art. 107.º/1 do TFUE.

Contudo, para além dos elementos do referido art., o n.º crescente de decisões da CE e proliferação de jurisprudência do TJUE, têm um papel, igualmente, importante na construção do conceito de AE.

Justamente com base nessa jurisprudência, a definição mais completa que encontramos para AE, parece-nos ser a constante do ac. de 27 de março de 1980 (*Denkavit Italiana Srl*), no qual define os AE como “as decisões dos Estados-Membros que, prosseguindo objetivos sociais e económicos que lhes são próprios, por meio de decisões unilaterais e autónomas, põem à disposição das empresas ou de outros sujeitos de direito, recursos ou lhes facilitam vantagens destinadas a favorecer a realização dos objetivos económicos e sociais prosseguidos”.²⁸

Isto deve-se ao facto do TFUE não nos conferir, de forma intencional, uma definição clara e concreta, preocupando-se, antes, com a sua (in)compatibilidade com o mercado interno. Desta forma, permite-se que o TJUE adeque o conceito à ininterrupta evolução do Mercado Comum, impedindo que os EM “contornem com facilidade o conceito, precisamente por ele ser suficientemente flexível e algo indeterminado”.²⁹

Assim sendo, ao invés de consagrar um conceito inflexível de AE que, rapidamente, se desatualizaria, o legislador optou por um conceito “plasticina”, ajustado às circunstâncias do mercado e ao cenário da integração europeia.³⁰ Não obstante, não surpreende que os EM careçam, diversas vezes, de orientações concretas e pressionem, sucessivamente, a CE para que se desenvolva um conceito de AE atendível.³¹

²⁸ Ac. do TGUE de 27 de março de 1980, *Denkavit Italiana Srl*, proc. 61/79, pág. 412, parágrafo 31.

²⁹ Cfr. MARTINS, Manuel António Gomes (2002) - *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 1.ª edição, Cascais, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, pág. 39.

³⁰ Cfr. AZEVEDO, Filipa Moreira – “Auxílios de estado e auxílios de minimis no panorama concorrencial”, 2018, pág. 5. Disponível em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Direito-da-Concorrência-Filipa-Azevedo.pdf>, consult. em 05/abr/2024.

³¹ Cfr. PORTO, M., e ALMEIDA, J. N. (2010) – *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido da legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, in *Revista*

Ora, o legislador cedeu-nos ferramentas para, em certo momento, alcançarmos estabelecer esse conceito. O ponto de partida não poderia deixar de ser o regime regulado no TFUE, nos arts. 107.º a 109.º, o qual é definido, de forma muito lata, através de uma proibição de carácter genérico (no n.º 1 do referido art. 107.º), dirigida a todos os EM, segundo a qual “são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções”.

3.1 Elementos caracterizadores

Neste sentido, apesar do art. 107.º, n.º 1 do TFUE não tipificar o conceito de AE, este depende dos seguintes elementos: (i) existência de uma ajuda (independentemente da forma); (ii) atribuída por um EM ou proveniente de recursos estatais; (iii) que configura uma vantagem ao(s) seu(s) destinatário(s); (iv) favoreça certas empresas ou certas produções (carácter seletivo); (v) falseie ou ameace falsear a concorrência; e (vi) que afete as trocas comerciais entre os EM.

3.1.1 Existência de uma ajuda (independentemente da forma)

No que toca ao primeiro elemento, a forma que envolve o AE é irrelevante, tanto para a CE³² como para o TJUE³³. Neste sentido, pode assumir uma prestação positiva, ou seja, uma ajuda direta (subsídios, benefícios fiscais ou ainda contribuições financeiras) como uma medida cujo fim seja aliviar o impacto negativo no orçamento da empresa, i.e., uma ajuda indireta (nomeadamente, abatimentos ou exonerações de impostos).

Conforme a teoria dos efeitos, “o que é preponderante é a análise dos efeitos reais da medida nas empresas beneficiárias”, uma vez que em ambas se “produzem efeitos

da Concorrência e Regulação, ano I, n.º 3, jul.-set., Almedina, pág. 187. Cfr. SANTOS, António Carlos dos (2003) – *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, pág. 176.

³² Cfr. CE (2016) – Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1, do TFUE (2016/C 262/01), de 19/07/2016, pág. 9, parágrafo 38.

³³ Cfr. Ac. do TJUE de 2 de julho de 1974, proc. 173/73, CJ 1974 (Governo da República Italiana/CE).

idênticos sobre os recursos públicos dos EM”, dado que requerem o seu consumo, manifestando despesas fiscais.³⁴

No caso *sub judice*, estamos perante uma prestação positiva, uma vez que foram concedidos benefícios fiscais na ZFM.

³⁴ Cfr. ESTEVES, Mariana Medeiros, “Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia”, fev/2016, pág. 242. Disponível em https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_27_28_Mariana_Medeiros_Esteves.pdf, consult. em 10/mai/2024.

3.1.2 A origem estatal: a imputabilidade da medida ao Estado e o seu financiamento através de recursos estatais

Tal como refere SCHÖN, “em questões de fiscalidade, a livre concorrência não é garantida pela não-interferência dos poderes públicos”.³⁵

Deste modo, a CE faz uma distinção entre a concessão da vantagem realizar-se através de recursos estatais e a imputabilidade dessa medida ao Estado, classificando estas duas condições como “distintas e cumulativas para a existência de auxílio estatal”.³⁶

Assim, é fulcral que o AE seja atribuído pelo Estado, *lato sensu*, incluindo na sua noção o governo central, regional e local, bem como pessoas coletivas de direito público ou, em certos casos, até mesmo entidades privadas em relação às quais o Estado realize uma ingerência decisiva.³⁷

Já os recursos estatais passarão por “todos os meios financeiros que o sector público efectivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que pertençam ou não de modo permanente ao património do referido sector”.³⁸

³⁵ Cfr. SCHÖN (1999) – *Taxation and state aid law in the EU*, in *Common Market Law Review*, n.º 36, pág. 920.

³⁶ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE (2016/C 262/01), 19/07/2016, pág. 9, parágrafo 38.

³⁷ *Ibidem*, pág. 9, parágrafo 39.

³⁸ Cfr. Ac. de 12 de dezembro de 1996, proc. T-358/94, parágrafo 67 (*Air France/CE*).

3.1.3 A concessão de uma vantagem aos seus destinatários

O AE é atribuído com o intuito de oferecer uma vantagem, traduzida num benefício económico (não necessariamente monetário) da mão intervencionista, ao(s) beneficiário(s) (isto é, a uma ou várias empresas ou a um ou vários setores económicos).³⁹

No que toca à qualificação do AE como uma vantagem, esta deve ser gratuita para a empresa, não podendo existir, por parte do agente beneficiado, uma contraprestação. É importante notar que apenas o “efeito da medida sobre a empresa é relevante, e não a causa ou objetivo da intervenção do Estado”.⁴⁰

A CE também considera irrelevante o facto de a vantagem ter ou não um carácter obrigatório para a empresa, no sentido de esta ter ou não oportunidade de evitar ou recusar essa vantagem.⁴¹

Assim, pode materializar-se numa prestação positiva ou negativa, traduzindo-se: a) numa transferência de meios para o agente; b) numa possibilidade de aliviar a sua carga orçamental, que de outra forma recairia sobre ele; ou c) até embolsar uma vantagem que, num dito contexto normal de mercado, não teria atingido.⁴²

Para este efeito, o TJUE cedeu um conjunto de critérios (objetivos e transparentes) para averiguar se o benefício foi ou não obtido nestas condições.⁴³ Desta forma, fazem uma comparação, numa situação semelhante, entre os comportamentos dos organismos públicos e os levados a cabo por operadores económicos privados idênticos, com o intuito de determinar se as operações económicas realizadas pelos primeiros estabelecem uma verdadeira vantagem, a qual não seria possível obter no desenvolvimento regular da sua atividade comercial, i.e., na ausência da intervenção do Estado (“critério do operador em económica de mercado”).⁴⁴

In casu, o tipo de AE que está em causa é um benefício fiscal. Segundo o art. 2.º/1 do EBF, define-se como “as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação

³⁹ *Ibidem*, pág. 15, parágrafo 66.

⁴⁰ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE (2016/C 262/01), 19/07/2016, pág. 15, parágrafo 67.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. SANTOS, António Carlos (2003) – *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Almedina, Coimbra, pág. 53.

⁴³ *Ibidem*, pág. 16, parágrafo 70.

⁴⁴ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE (2016/C 262/01), 19/07/2016, pág. 15, parágrafo 66.

que impedem”. O art. 349.º do TFUE reconhece as especificidades das regiões ultraperiféricas, elencando fatores tais como o afastamento, a insularidade e a pequena superfície, cuja persistência e conjugação prejudicam gravemente o seu desenvolvimento económico. Este preceito criou uma base de ação concreta, permitindo a adoção de medidas específicas destinadas a estabelecer condições mais favoráveis de aplicação dos Tratados a estas regiões. Ora, no caso *sub judice*, este AE concretiza-se: a) numa redução da taxa do IRC; b) numa isenção de impostos municipais e locais, tal como c) numa isenção dos direitos de transferência de bens imobiliários para a criação de uma empresa na ZFM, até montantes máximos de auxílio baseados nos valores máximos da matéria coletável, determinados em função do n.º de postos de trabalho que o beneficiário mantém em cada exercício.⁴⁵

⁴⁵ Cfr. Decisão C(2007)3037 final, parágrafos 16 e 17.

3.1.4 Caráter seletivo

Relativamente ao quarto elemento, asseguramos que a vantagem estatal é de caráter seletivo e não de caráter geral, uma vez que privilegia certas categorias de empresas ou setores económicos em prejuízo de outros, os quais possuam circunstâncias fácticas e juridicamente semelhantes.

Além disso, acaba por ser útil procedermos a uma distinção entre seletividade material e regional.

Ora, a seletividade material de uma medida, implica que esta seja aplicável apenas a algumas empresas ou certos setores da economia num determinado EM e pode ser de *iure* ou de *facto*.⁴⁶

Por um lado, a seletividade por ser de *iure*, quando acarreta medidas que, explicitamente, apenas dizem respeito a certas sociedades. Por outro lado, pode ser de *facto* quando, apesar das medidas não estarem formalmente limitadas a determinadas empresas ou setores de atividade, mesmo assim, têm efeitos limitados a certas categorias ou setores com características idênticas.⁴⁷

Já na seletividade regional, há que apreciar a autonomia institucional (estabelecida a partir do estatuto político, constitucional e administrativo da entidade regional ou local), a autonomia processual (em que a decisão relativa a uma medida fiscal foi adotada com independência relativamente ao governo central) e a autonomia económica e financeira (identificada nas situações em que “uma entidade infra estatal assume a responsabilidade pelas consequências políticas e financeiras de uma medida de redução de imposto”).⁴⁸

Deste modo, a CE adotou um método de determinação da seletividade através dos seguintes passos⁴⁹: (i) determinar o sistema de referência; (ii) determinar se a medida estatal derroga esse sistema, levando a um tratamento desigual da entidade beneficiária em comparação com os operadores económicos que se encontram numa situação jurídico

⁴⁶ Cfr. Comissão Europeia (2016) – Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1, do TFUE (2016/C 262/01), de 19/07/2016, pág. 27.

⁴⁷ Cfr. MICHEAU, Claire, “Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches”, 22/set/2014, págs. 4 e 5. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2499514>, consult. em 05/abr/2024.

⁴⁸ Cfr. CE (2016) – Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1, do TFUE (2016/C 262/01), de 19/07/2016, pág. 32 a 34.

⁴⁹ *Ibidem*, parágrafo 128.

factual comparável; (iii) verificar se há uma justificação para essa derrogação e (iv) a proporcionalidade da medida.⁵⁰

No caso da ZFM, estamos perante um conjunto de incentivos de natureza fiscal, a favor de determinadas empresas que criem e mantenham uma ligação privilegiada com o território, devido a uma atividade efetiva e materialmente exercida na ZFM (taxativamente enumerada numa lista anexa à Decisão de 2007), relativamente a outras que se encontram, à luz do objetivo prosseguido pelo referido Regime, numa situação factual e jurídica comparável.⁵¹

⁵⁰ A jurisprudência recente tem admitido que, adicionalmente, deve proceder-se a uma análise da proporcionalidade da medida, que procurará avaliar se as vantagens fiscais “não excedem o necessário para atingir o objetivo legítimo prosseguido, sendo que o objetivo não poderia ser atingido por medidas menos abrangentes”. *Ibidem*, parágrafo 140.

⁵¹ Cfr. Ac. no proc. T-95/21, de 21 de setembro de 2022, Portugal/CE (ZFM), parágrafos 53 a 55.

3.1.5 Impacto sobre as trocas comerciais e a concorrência

O último requisito a ter em consideração traduz-se na afetação real (ou simples ameaça) da concorrência e trocas comerciais entre os EM: dois elementos distintos, cujo tratamento conjunto é usual e justificado pela CE com base na sua indissociabilidade.⁵²

Recorde-se o art. 107.º, n.º 1 do TFUE que nos diz que serão incompatíveis com o mercado interno as medidas estatais que, além de seletivas e vantajosas para os seus destinatários, “afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros” e, ainda, “falseiem ou ameacem falsear a concorrência”.

Para todos os efeitos, para se presumir que o AE falseia a concorrência, considera-se, regra geral, suficiente quando o Estado concede uma vantagem financeira a uma empresa num setor liberalizado em que existe, ou poderia existir, concorrência. Deste modo, liberta a referida empresa de encargos que, de outro modo, teria de “assumir no decorrer da sua gestão corrente das operações.”⁵³⁵⁴

Há, no entanto, situações em que, se forem preenchidas de forma cumulativa, não se verifica distorção da concorrência.⁵⁵

⁵² Cfr. CE (2016) – Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1, do TFUE (2016/C 262/01), de 19/07/2016, pág. 40, parágrafo 186.

⁵³ *Ibidem*, pág. 41, parágrafo 189.

⁵⁴ *Ibidem*, parágrafo 190. “Na aceção ampla que a Comissão Europeia lhes dá, os auxílios públicos provocam distorções de concorrência de forma quase automática: sendo uma forma de intervenção do Estado que privilegia certos operadores ou produções em relação a outros, interferem com o princípio de igualdade de oportunidades ou de equidade económica, e, nessa medida, são suscetíveis de alterar as condições de concorrência no mercado, mesmo que não exista uma efectiva lesão da concorrência”. Cfr. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2023) – *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9ª Edição, Reimpressão 2023. Coimbra: Almedina, pág. 724.

⁵⁵ Cfr. CE (2016) – Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1, do TFUE (2016/C 262/01), de 19/07/2016, pág. 41, parágrafo 188.

3.2 Derrogações ao princípio geral da incompatibilidade dos AE com o mercado interno

Contudo, esta proibição não é absoluta nem incondicional, dado que no n.º 2 do referido art. estão contempladas determinadas situações em que os AE são compatíveis com o mercado interno (onde a derrogação ao princípio da incompatibilidade é *ipso jure*) e o n.º 3 um conjunto de situações em que os AE, previamente notificados pelo EM, podem ser considerados compatíveis com o mercado interno, apenas com a deliberação da CE (não sendo, portanto, proibidos *ab initium*).

A título exemplificativo, os AE destinados à promoção de políticas de interesse comum ou aptos a fomentar o desenvolvimento económico de regiões ultraperiféricas e menos desenvolvidas são exceções ao princípio da incompatibilidade dos auxílios com o mercado interno, como é o caso da ZFM com que nos deparamos.

Na verdade, as OAR 2007-2013 definem os tipos de AE com finalidade regional, com o propósito de suprimir e compensar as deficiências geográficas ou naturais decorrentes dessas regiões, melhorando a coesão económica, social e territorial dos EM e, no fundo, de toda a UE. Deste modo, está, assim, justificada a derrogação ao princípio geral de proibição de AE.

CAPÍTULO 4. ATIVIDADE EFETIVA E MATERIALMENTE EXERCIDA E A SUA APLICABILIDADE AO CASO

Durante a vigência do Regime III da ZFM, o conceito de posto de trabalho e a aferição dos requisitos para se considerar que uma empresa exerce efetiva e materialmente a sua atividade na RAM nunca foram preenchidos.

Na prática, este procedimento começou pelo fim, isto é, “[...] pela notificação de um projeto de liquidação de imposto aos contribuintes, quando [...] a definição de critérios e de aferição do seu cumprimento ainda está por concretizar.”⁵⁶

Neste sentido, cabe-nos aqui determinar critérios que não prejudiquem as empresas que cumpram os requisitos do Regime III, no que diz respeito à criação e manutenção de postos de trabalho.

4.1 Diretiva *Unshell*

A propósito da tendência e da evolução da legislação comunitária em matéria de combate ao abuso fiscal, a recente Proposta de Diretiva do Conselho, que define regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/UE (i.e, Diretiva *Unshell*), estabelece um teste que ajudará os EM a identificar as empresas que exercem uma atividade económica, mas que não têm uma substância mínima e são utilizadas de forma abusiva para obtenção de vantagens fiscais.

Deste modo, diz-nos o art. 7.º, n.º 1 da Diretiva *Unshell*, que os EM exigem que as empresas declarantes previstas no art. 6.º, n.º 1, declarem, na sua declaração fiscal anual, para cada exercício fiscal, os seguintes indicadores de substância mínima para efeitos fiscais:

- a) A empresa dispor de instalações próprias no EM ou de instalações para a sua utilização exclusiva;
- b) A empresa ter, pelo menos, uma conta bancária própria e ativa na UE;

⁵⁶ Cfr. BARNABÉ, Nuno Cunha, OLIVEIRA, Mariana Gouveia de, “Recuperação dos Auxílios de Estado à Zona Franca da Madeira: a arbitragem tributária como forma de assegurar o direito de acesso à justiça”, 2022. Disponível em <https://eco.sapo.pt/opiniaio/recuperacao-dos-auxilios-de-estado-a-zona-franca-da-madeira-a-arbitragem-tributaria-como-forma-de-assegurar-o-direito-de-acesso-a-justica/>, consult. em 23/jul/2024.

- c) Um dos seguintes indicadores:
- i) Um ou mais administradores da empresa: 1) são residentes para efeitos fiscais no EM da empresa, ou residem a uma distância desse EM que não prejudique o bom desempenho das suas funções; 2) estão qualificados e autorizados a tomar decisões em relação às atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa ou em relação aos ativos da empresa; 3) utilizam regularmente de forma ativa e independente a autorização a que se refere o ponto 2; 4) não são funcionários de uma empresa que não é uma empresa associada e não desempenham a função de diretor ou equivalente de outras empresas que não são empresas associadas;
 - ii) A maioria dos funcionários equivalentes a tempo inteiro (adiante ETI) da empresa: 1) é residente para efeitos fiscais no EM da empresa, ou reside a uma distância desse EM que não prejudique o bom desempenho das suas funções; e 2) esses funcionários são qualificados para exercer as atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa.

No entanto, as entidades que não preencherem estes requisitos, podem ilidir esta presunção de substância mínima, caso “consiga demonstrar e provar que a sua existência é” implementada “por razões comerciais válidas” (i.e., “que a tomada de decisões é localizada no Estado-Membro da entidade” e “apresentar informação detalhada sobre os perfis dos funcionários”).⁵⁷

Além disso, conforme aprovado no Parlamento Europeu, este propõe que:

- a) A empresa “possa ter instalações de uso partilhado com outras entidades do mesmo grupo;
- b) As entidades apresentem informação relativa à visão geral da sua estrutura;
- c) Em relação aos administradores: i) deixe de ser exigida a sua qualificação para tomar decisões em relação às atividades geradoras de rendimentos, sendo que, a sua autorização não terá de ser utilizada de forma ativa e independente; ii)

⁵⁷ Cfr. FERREIRA, Rogério M. Fernandes, ALMEIDA, Marta Machado de, MENESES, Álvaro Silveira de, DIONÍSIO, Miriam Campos, JACOB, João de Freitas, BARREIRO, Joana Fidalgo, “Proposta de Diretiva “Unshell”: Desenvolvimentos recentes”, 24/jan/2023, pág. 3. Disponível em https://www.rfflawyers.com/xms/files/Know-How/Newsletters/2023/01_-_Janeiro/Proposta_de_Diretiva_Unshell.pdf, consult. em 01/jul/2024.

possibilidade do administrador sê-lo também de outras entidades não associadas;

- d) Relativamente aos trabalhadores: i) deixe de exigir que estes sejam residentes, para efeitos fiscais, no mesmo EM da entidade; antes sim, dever-se-á atender à residência habitual dos trabalhadores para o local do seu “estabelecimento principal” à data da celebração do contrato.”⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 7.

4.2 Caso *Cadbury Schweppes*

A escassez de objetivação dos critérios provoca uma enorme incerteza jurídica diante os agentes económicos, podendo colocar em causa um dos princípios fundamentais do TFUE: a liberdade de estabelecimento. Assim, outros critérios, em conexão com outros instrumentos de DUE, devem ser aferidos para se entender se o sujeito passivo preencheu os requisitos para beneficiar do Regime III.

Neste seguimento, não faria sentido analisarmos o referido conceito sem fazermos menção ao ac. *Cadbury Schweppes*, a primeira abordagem significativa, do fenómeno das entidades sem substância económica, no domínio da fiscalidade direta. Aqui, introduziu-se a referência a entidades “puramente artificiais, desprovidas de realidade económica”.

Pois bem, daqui concretiza-se que “para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional”.⁵⁹

A verificação da existência de um expediente puramente artificial exige, além de um elemento subjetivo, o qual consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal ilegítima, “elementos objetivos que, não obstante a observância formal dos requisitos previstos pelo direito comunitário, o objectivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento não foi atingido”.⁶⁰

Deste modo, no que toca ao elemento objetivo, não existirá artificialismo quando: i) a criação do estabelecimento secundário tem na sua base uma “realidade económica”⁶¹ e ii) quando “corresponde a uma implantação real da sociedade em causa no Estado-Membro de acolhimento e o exercício de uma atividade económica efetiva neste”.⁶²

Contudo, o não exercício de atividade económica efetiva no EM de acolhimento, como nos casos de “caixas de correio” ou sociedades fachada, já é considerado indício de

⁵⁹ Cfr. Ac. do TJUE (Grande Secção) de 12 de setembro de 2006, proc. C-196/04 (*Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue*), parágrafo 55.

⁶⁰ Cfr. Ac. do TJUE (Quarta Secção) de 23 de abril de 2008, proc. n.º C-201/05 (*Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue*), parágrafo 78.

⁶¹ Cfr. Ac. do TJUE (Grande Secção) de 12 de setembro de 2006, proc. C-196/04 (*Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue*), parágrafo 65.

⁶² *Ibidem*, parágrafo 54.

artificialismo.⁶³ A verificação destes indícios “deve assentar em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, relativos, especialmente, ao grau de existência física da SEC, em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos.”⁶⁴

⁶³ *Ibidem*, parágrafo 68.

⁶⁴ *Ibidem*, parágrafo 67. Cfr. XAVIER, Alberto (2014) – *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição. Almedina, págs. 429-430.

4.3 Danish Cases

Com os *Danish Cases* assistimos a um marco na jurisprudência, devido ao alargamento do leque de indícios para determinar o conceito de abuso de direito, assim como quanto à interpretação do conceito de beneficiário efetivo (adiante BE).

A situação abusiva consistia na interposição de sociedades, que não eram tidas como o BE, apenas com o objetivo de aproveitar (indevidamente) o benefício de isenção sobre o pagamento de juros e dividendos para, depois, movimentá-los para sociedades estabelecidas em Estados Terceiros.⁶⁵

O conceito de BF surge, pela primeira vez, na CM OCDE, como meio de prevenção ao *Treaty Shopping*, o qual se verificava quando os benefícios dos Tratados eram concedidos a um agente residente num Estado Contratante, mas que, na verdade, não era o BE de tais rendimentos. As sociedades meramente intermediárias entre quem paga e o real destinatário, ao não serem dotadas da faculdade de decidir, controlar e usufruir dos rendimentos recebidos, estavam obrigadas a retransmitir de imediato o rendimento para o verdadeiro BE para efeitos fiscais.⁶⁶

Contudo, o facto de não ser o BE não é suficiente, por si só, para ser considerado abuso. O TJUE clarificou que os EM são obrigados a recusar os benefícios das disposições do DUE, se tais benefícios tiverem sido invocados, de forma abusiva, de acordo com o princípio geral da proibição de práticas abusivas, ainda que as condições formais para aceder aos mesmos se encontrem preenchidas.⁶⁷

Além disso, tais benefícios devem ser negados, caso a vantagem fiscal, através da criação artificial dos requisitos exigidos para a sua obtenção (elemento subjetivo) seja o objetivo principal (e não necessariamente o único) das transações efetuadas pelo contribuinte.⁶⁸

⁶⁵ Cfr. Ac. do TJUE (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2019, C-116/16, *T Danmark* e C-117/16, *Y Denmark*, parágrafo 101.

⁶⁶ *Ibidem*, parágrafo 6.

⁶⁷ *Ibidem*, parágrafos 72 e 97. Alguns indícios de abuso considerados pelo TJUE são: transferência dos rendimentos num prazo muito curto para entidades que não beneficiam das isenções (*ibidem*, parágrafo 101); sociedade interposta realiza um lucro insignificante (*ibidem*, parágrafo 103); sociedade interposta tem como única atividade a cobrança de juros e dividendos e a sua retransmissão (*ibidem*, parágrafo 104); atividade económica reduzida ou inexistente (*ibidem*, parágrafo 104); existência de estruturas contratuais destinadas a realizar meras transferências de lucros dentro dos respetivos grupos (*ibidem*, parágrafo 105) e proximidade no tempo entre reorganizações societárias e entrada em vigor de alterações legislativas (*ibidem*, parágrafo 106).

⁶⁸ *Ibidem*, parágrafo 79 e 98.

O TJUE salientou que a referida conclusão se aplica, independentemente da existência de disposições anti abuso nacionais ou baseadas em acordos.⁶⁹

Como consequência da implementação da ATAD, todos os EM devem ter uma cláusula geral anti abuso (adiante CGAA) nos seus respetivos sistemas fiscais.⁷⁰

⁶⁹ *Ibidem*, parágrafo 83.

⁷⁰ A CGAA coincide com o art. 6.º da Diretiva UE 2016/1164, impondo regras contra as práticas de evasão fiscal que diretamente afetam o funcionamento do mercado interno.

4.4 ATAD

Ainda na luta contra a evasão fiscal, importa igualmente abordar a ATAD que tem como objetivos: “restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais; assegurar o bom funcionamento do mercado interno através da aplicação coordenada da BEPS e garantir um nível mínimo de proteção contra o planeamento fiscal agressivo no mercado interno.”⁷¹

In casu, a regra que tem particularmente interesse, e que consta do escopo material da ATAD, é a CGAA.

Primeiramente, a CGAA contida na Diretiva é baseada em quatro requisitos cumulativos: i) existência de um ou mais acordos; ii) com o (ou um dos) objetivo principal de obter uma vantagem fiscal (*subjective test*); iii) o benefício fiscal é contrário ao objeto e à finalidade da Diretiva (*objective test*) e iv) o(s) acordo(s) não é (são) genuíno(s), i.e., não são implementados por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.⁷²

A exposição de motivos da proposta inicial da ATAD afirma que a CGAA na ATAD foi concebida para refletir a jurisprudência do TJUE sobre práticas abusivas, sendo que também aceita a proibição do abuso fiscal como objetivo justificativo ao testar a compatibilidade das medidas nacionais com as liberdades fundamentais.⁷³ Ora, o art. 6.º da ATAD inspira-se fortemente na jurisprudência que considera que um acordo reflete a realidade económica caso se destinar a realizar uma atividade económica genuína.⁷⁴

⁷¹ Cfr. Considerandos 1, 2 e 3 do Preâmbulo da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.

⁷² Cfr. Ac. C-116/16, *T Danmark* e C-117/16, *Y Denmark*, parágrafo 97 e LANG, Michael (*et al*), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 6th Edition*, (Viena: Linde, 2020), pág. 168.

⁷³ Cfr. Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, EU:C:2006:544. NOGUEIRA, J., *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 266 e 267.

⁷⁴ Cfr. Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, EU:C:2006:544, parágrafo 66. Ao longo da sua jurisprudência, o TJUE refere-se ao objetivo de um acordo ao decidir se este é abusivo. No entanto, a formulação utilizada pelo TJUE parece ser incoerente, uma vez que, tanto considera uma operação abusiva quando o seu único objetivo é obter uma vantagem fiscal (Cfr. Ac. de TJUE, de 8 de março de 2017, Caso C-14/16, *Euro Park Service*, EU:C:2017:177, parágrafo 53), como por vezes quando é o objetivo essencial (Ac. de TJUE, fevereiro de 2006, Caso C-255/02, *Halifax*, EU:C:2006:121, parágrafo 75) e, até mesmo, quando é o seu principal objetivo (Cfr. Ac. de TJUE, 21 fevereiro de 2008, Caso C-425/06, *Part Service*, EU:C:2008:108, parágrafo 45). Cfr. LANG, Michael, *Introduction to European tax law: Direct Taxation, 7th Ed.*, Viena, Spiramus.

4.5 Reflexões finais

A noção de atividade efetiva e materialmente exercida, pensada para o abuso fiscal no quadro da liberdade de estabelecimento, continua em aberto.

Neste sentido, o TJUE considera que “as sociedades cujos edifícios, maquinaria ou área de implementação sejam manifestamente insuficiente” para a concretização das “atividades que constam do fim social” como abusivas (como é o caso das sociedades “caixa de correio” e das sociedades de fachada).⁷⁵

Em suma, o conceito de atividade efetiva e materialmente exercida deve ser densificado com recurso aos critérios utilizados noutros ordenamentos tais como: “i) a existência de empregados locais suficientes; ii) a existência de uma conta bancária local com atividade efetiva; iii) a existência de registos de gastos, tanto fixos como flutuantes, consoantes com a atividade alegada; iv) a coincidência entre o local da atividade e a residência dos administradores; v) a coincidência entre o local da atividade e o local em que a contabilidade é realizada, ou que os livros e outros registos contabilísticos são guardados; vi) a pré-existência da sociedade em relação às atividades que se reputam como abusivas.”⁷⁶ Estes critérios carecem de mais distinções, devendo-se aferir se estamos perante uma “presença física absoluta” (i.e., “[...] os elementos físicos são efetivamente suficientes”) ou se estamos perante uma “presença física relativa” (i.e., “[...] uma proporcionalidade adequada entre os recursos existentes e a atividade económica”).⁷⁷

Além disto, nas situações em que a atividade normal careça de fortes indícios de presença física, o critério deve reger-se “por indicadores de genuinidade próprios desses ramos de atividade”.⁷⁸ Nesse sentido, deve verificar-se quais os indicadores que permitem afirmar se a “actividade é realizada efectivamente no território” e, por outro lado, “se existe um *rationale* para que assim o seja.”⁷⁹

O benefício do Regime III está dependente de obrigações fiscais nacionais e regionais, tais como a manutenção de uma contabilidade separada para os rendimentos

⁷⁵ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto – “Abuso de direito em fiscalidade directa”, pág. 277, *in* Revista da Faculdade de Direito do Porto (2009).

⁷⁶ *Ibidem*. “Entre os factores objectivos para determinar se há substância adequada incluem-se critérios passíveis de verificação como o local efetivo da gestão e a presença tangível do estabelecimento, assim como o risco comercial por este assumido (...)” Cfr. Comunicação da Comissão COM (2007) 785 final, págs. 4 e 5.

⁷⁷ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto – “Abuso de direito em fiscalidade directa”, pág. 279, *in* Revista da Faculdade de Direito do Porto (2009).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

gerados na ZFM, procedendo ao cruzamento das informações fornecidas pelas empresas e facilitando o controlo do cumprimento do pressuposto de uma atividade efetiva e materialmente exercida na ZFM.

CAPÍTULO 5. APRECIÇÃO GLOBAL

5.1 Hipóteses de solução para os critérios da recuperação do auxílio

A Decisão 2020 não pré-determinou um critério para a recuperação do AE e designou-o ao Estado Português. O ponto fulcral está em determinar o que deve ser considerado no âmbito desta Decisão, e que determina a recuperação de um AE ao qual não esteve ligada a criação de postos de trabalho na RAM.

Deste modo, e na ausência de norma concreta, deve obrigatoriamente reger-se pelos princípios fiscais constitucionais, não só no que o favorece, mas também no que desfavorece o contribuinte.⁸⁰

A CE determinou apenas que o benefício se justifica se (i) for proporcional aos ditos custos acrescidos e (ii) for criado emprego gerador de encargos na empresa, independentemente de se tratar de postos de trabalho de pessoas declaradas como residentes para fins fiscais na Madeira ou do n.º de dias aí passados.⁸¹ Concluído o estudo, a CE confirmou que “a medida não confere, em princípio, uma compensação excessiva e que o auxílio previsto é proporcional e está centrado nas desvantagens específicas que pretende atenuar”.⁸²

A tal ponto que, se a regulamentação do benefício resultante das OAR de 2007 não fosse totalmente suficiente, na opinião da CE, a quantificação dos postos de trabalho criados em função dos custos acrescidos na ZFM já teria sido concretizada, durante tantos anos de vigência da aplicação dos Regimes II e III.

⁸⁰ O art. 296.º do TFUE e o Ac. de 9 de julho de 1969 (Itália/CE), prescrevem que os atos da UE, que resultem num impacto financeiro negativo para o particular (como é o caso da condenação à recuperação do imposto alegadamente pago a menos), devem proceder a uma fundamentação clara e inequívoca, fazendo “referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados”. Só assim é que poderá haver um maior controlo dos referidos atos e uma melhor defesa dos particulares. Cfr. GONÇALVES, Anabela, et. al., “O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia”, jul/2020, pág. 121. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/65807/3/Ebook_Contencioso%20da%20Uniao%20Europeia_eUjust.pdf, consult. em 12/08/2024.

⁸¹ Cfr. Decisão (UE) 2022/1414 da CE de 4 de dezembro de 2020 relativa ao regime de auxílios SA.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da ZFM – Regime III, 6.2, L 217/76, parágrafos 153 e 184.

⁸² Cfr. Decisão de 27/06/2007, C(2007) 3037 final, no proc. n.º 421/200, parágrafo 56 e Decisão de 2006, parágrafo 61.

Pois bem, caso a CE pretendesse utilizar um critério específico para a recuperação dos referidos AE, deveria ter determinado na Decisão que autorizou o Regime III em 2007 ou na Decisão 2020, tomando nota, claro, do fundamento por detrás de tal método.

Desta forma, a CE diz-nos que a Autoridade Tributária e Aduaneira (adiante AT) não deve exigir a recuperação do AE aos beneficiários que: i) cumpriram as condições necessárias para beneficiar do regime da ZFM tal como aprovado nas OAR 2007-2013, i.e. que os seus rendimentos estavam relacionados com uma atividade efetiva e materialmente realizada na RAM e que foram efetivamente criados/mantidos postos de trabalho; ii) receberam uma vantagem ao abrigo do regime que não excede, por beneficiário, os limiares estabelecidos no Regulamento (CE) n.º 1998/2006 ou no Regulamento (UE) n.º 1407/2013, desde que cumpra igualmente as restantes condições aí previstas; ou iii) receberam um AE individual que preencha as condições previstas num regulamento adotado nos termos do art. 1.º do Regulamento (UE) 2015/1588 do Conselho, como o RGIC de 2014.⁸³

Ora, é no custo proporcional obtido que pode estar a proporcionalidade, i.e., considerar aquele custo na medida em que a atividade do trabalhador está relacionada com o benefício obtido.

No nosso entender, não interessa se é a tempo inteiro ou a tempo parcial, uma vez que contrato de trabalho não deixa de ser contrato de trabalho. A questão essencial é saber se tem conexão com o rendimento e se tem conexão com o objetivo do benefício fiscal, o qual passa por incrementar a atividade efetiva e materialmente exercida na RAM.

Deste modo, o que é importante é a materialidade, e não é através de um trabalho a tempo inteiro ou a tempo parcial que sabemos se um trabalhador tem uma materialidade relacionada com aquela região, mas sim com a pertinência da sua presença na empresa e na região.

À luz do acerto comunitário, mais concretamente da Diretiva *Unshell*, podemos encontrar uma definição de posto de trabalho para efeitos de fixação de atividade efetiva. Assim, no art. 7.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 2011/16/UE, um critério de posto de trabalho pode ser interpretado como: residir a uma distância desse EM suficientemente conexas com a empresa, que não prejudique o bom desempenho das suas funções na RAM ou que está diretamente relacionada com a obtenção dos benefícios da empresa.

⁸³ Cfr. Decisão (UE) 2022/1414 da CE de 4 de dezembro de 2020 relativa ao regime de auxílios SA.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da ZFM – Regime III, 6.2, L 217/76, parágrafo 213.

A título exemplificativo, uma empresa tendo no seu escopo de atividade a compra revenda de mercadorias, precisa de ter representantes nos mercados em que exercem ou pretendam exercer a sua atividade, permitindo criar e manter uma relação de proximidade com os seus clientes. Assim, estes residem fora e, ainda assim, têm uma atividade conexa com a atividade empresarial. Outra possível situação seria a de um contabilista que reside no Continente, mas desloca-se à sede da empresa uma vez por mês.

Além disso, como vimos anteriormente, nos *Danish Cases*, o BE pode ser outro critério de atividade da empresa, i.e., saber se tem BF na mesma jurisdição e, portanto, se é residente fiscal da RAM.

Em caso de dúvida, ainda o art. 15.º, n.º 1, *in fine* da CM OCDE, como argumento suplementar, dá competência de tributação ao Estado onde se verifique simultaneamente a residência da empresa (i.e., do pagador) e do trabalhador. Não é que este critério seja *sine qua non*, mas pode ser um bom indício de um posto de trabalho preenchido.

Parece-nos que, uma vez cumprido o n.º mínimo de postos de trabalho, o benefício traduzir-se na proporção entre os trabalhadores da empresa em causa que sejam residentes na ZFM e os trabalhadores não residentes é potencial à arrecadação fiscal. Tal solução não tem cabimento na lei, constituindo, ao invés, uma contradição total do propósito dos próprios benefícios.

Assim, a metodologia para apurar o IRC a restituir deve basear-se num critério de proporcionalidade e coerência.⁸⁴ Ora vejamos, se para usufruir da taxa reduzida de IRC sobre 2,73 milhões de euros de matéria coletável tenho de criar um posto de trabalho, então se não for um trabalhador com dedicação completa, nomeadamente por estar vinculado por contrato de trabalho a tempo parcial, a matéria coletável que pode usufruir da taxa reduzida deve ser proporcional ao trabalho a tempo parcial. Além disso, a interpretação do conceito de posto de trabalho pela CE, conduziria à não contabilização dos trabalhadores temporariamente ausentes, nomeadamente em gozo de licenças parentais ou de maternidade ou até os que exerceram o seu direito à livre circulação e que foram destacados pelo seu empregador para outro EM.

Em suma, entendemos que a AT não poderá aplicar a mesma fórmula a todas as empresas nem que impeça a contratação fora da RAM, caso contrário seria demasiado

⁸⁴ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pág. 266.

arbitrário e distanciar-se-ia daquilo que é, na verdade, a realidade de cada empresa, bem como das necessidades específicas de cada setor de atividade.⁸⁵ Não podemos ser alheios àquela que é a substância do Regime III, onde se exige que as empresas beneficiárias tenham verdadeira atividade internacional, estimulando o investimento fora de fronteiras, e não a compensação direta dos custos adicionais relacionados com a situação da RAM ou ainda a criação de postos de trabalho. Desde logo porque, na Decisão de 2007, a CE definiu os postos de trabalho como indicadores de custo efetivo adicional, proporcional aos benefícios, decorrente do carácter ultraperiférico da Madeira.⁸⁶

Na medida em que estas empresas precisam de ter trabalhadores para expandir a atividade nos seus mercados alvo, aceitar tal método significaria ficar numa situação pior do que aquela em que ficaria se apenas mantivesse o posto de trabalho/trabalhador residente na RAM. Isto porque, caso fossem menos os trabalhadores, menos seria a percentagem de auxílio alegadamente ilegal. Em termos práticos, caso a empresa X apenas tivesse um trabalhador residente na RAM ao seu serviço, encontrava-se em condições de beneficiar da aplicação da taxa reduzida de 5% à totalidade da matéria coletável apurada. Ao passo que, ao aceitar-se como válido tal método ficaria em pior situação por ter ao seu serviço um n.º total de trabalhadores superior.

Comparando com o caso das Ilhas Canárias, ao contrário do que acontece na RAM, nesta existe “um grave problema de desemprego, o que permite compreender que o regime esteja condicionado à criação e manutenção de emprego nessa região. As decisões do Regime da Zona Franca das Ilhas Canárias reconheceram que se o benefício em causa dependesse da criação de emprego só na própria região seria contrário aos Tratados.”⁸⁷

Não é razoável que se possa concluir que uma atividade (e os respetivos lucros) é ou não efetiva e materialmente exercida na ZFM apenas em função dos postos de trabalho, sendo que a empresa suporta muitos mais custos, para além dos relacionados com os trabalhadores, com vista a obter rendimento. Em relação a estes, podemos enumerar as

⁸⁵ Cfr. Ac. do TG (Quinta Secção) no proc. T-131/21, de 21 de junho de 2023 (RAM/CE), parágrafo 55-57.

⁸⁶ A Decisão de 2007, nos parágrafos 47 a 67, procura verificar a proporcionalidade dos benefícios atribuídos com as estimativas de aumentos de encargos enfrentadas pelas empresas que operam na RAM. Desta forma, reconhece-se que “os custos adicionais mínimos decorrentes da situação ultraperiférica da Madeira elevam-se a 26% do VAB do sector privado e a 16,7% do PIB da região”. Neste sentido, a CE conclui que os benefícios fiscais da ZFM são bastante inferiores aos custos adicionais resultantes da situação periférica da RAM.

⁸⁷ Cfr. Ac. do TG (Quinta Secção), de 21 de junho de 2023, no proc. T-131/21 (RAM/CE), parágrafo 58.

despesas de transporte (devido à insularidade da RAM), os seguros, os custos de financiamento, entre outros.

Dito isto, é nossa convicção que as empresas que suportam estes custos devem beneficiar, na totalidade, da redução fiscal do escalão correspondente, ainda que tenham outros custos de trabalho fora da RAM. Por outras palavras e em termos práticos, quer a empresa X que tenha quatro postos de trabalho criados na RAM, quer a empresa Y que tenha cinco nesse território e três fora da RAM, ambas devem beneficiar do segundo escalão do Regime III, visto que a atividade comercial propriamente dita continua dirigida para o comércio internacional a partir da RAM.

À data, o art. 36.º do EBF (na redação dada pela Lei n.º 83/2013, de 9 de dezembro, com efeitos a 1 de janeiro de 2013), não explicitava em que consistia um posto de trabalho. A falta da menção das metodologias de definição de postos de trabalhos em ETI e em Unidades de Trabalho Anuais (adiante UTA) nas OAR de 2007 e de 2013 deve-se ao facto da CE ter concordado com a posição da AT durante o período de negociações do Regime III.

Olhando para o caso de uma empresa fora da RAM, que pretendesse ter atividade na RAM, e tivesse vários trabalhadores, mas tinha, igualmente, atividade fora da RAM, via-se obrigada a constituir uma sociedade na RAM, só para contratar trabalhadores aí residentes, em prejuízo de uma mera sucursal, caso contrário via o seu benefício cortado.

Existe, não obstante, jurisprudência que colide, ainda que indiretamente, com esta imposição.⁸⁸

Caso a AT adote o critério UTA, implementado na redação de 2021 do referido art. 36.º do EBF e sugerido na Decisão 2020, violar-se-ia, desta forma, a liberdade de estabelecimento no Espaço Europeu.

Concordamos com as palavras de JOÃO NOGUEIRA que refere que, quer a redução da carga fiscal quer a diminuição dos custos de cumprimento, são apenas a “consequência do exercício de uma liberdade fundamental e o mero exercício de uma

⁸⁸ Esta imposição, ainda que indireta, colide com a jurisprudência estabelecida do TJUE em matéria de liberdade de estabelecimento, iniciada com o Ac. no Proc. C-270/83, de 28 de Janeiro de 1986 (*Avoir Fiscal*): “(...) para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade, o direito de exercer a sua atividade no Estado-membro em questão por intermédio de uma sucursal ou agência”.

liberdade conferida pelo direito originário nunca poderá ser classificada como um abuso.”⁸⁹

Portanto, basear-se num método de divisão equitativa do peso dos trabalhadores na RAM, nos trabalhadores totais para aferir da materialidade de atividades na RAM não tem cabimento na Decisão que está obrigada a cumprir. Assim, este critério inovador afetaria os direitos e expectativas⁹⁰ legítimas do sujeito passivo, estando em causa a violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica⁹¹, bem como dos arts. 2.º e 103.º, n.º 3 da CRP, o art. 12.º da LGT e os arts. 11.º, n.º 1 e 12.º do EBF.

Por fim, o STA acaba de marcar, recentemente, uma posição muito firme contra a própria AT na matéria de execução fiscal para recuperação destes AE na ZFM. Neste sentido, deixa em aberto uma possível abertura maior do que se esperava para avaliarem a quantificação do AE na recuperação.⁹²

Creemos que este tema requer uma investigação contínua, dado que se encontra em aberto o leque de opções para o futuro que o Direito Comunitário pode assumir.

⁸⁹ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto – “Abuso de direito em fiscalidade directa”, pág. 275, *in* Revista da Faculdade de Direito do Porto (2009).

⁹⁰ Tal como refere na Decisão 2020, “Portugal e os beneficiários do auxílio assumiram que podiam confiar no facto de o regime aplicado na ZFM se encontrar legalmente abrangido pelas decisões da Comissão de 2007 e 2013. Portugal conclui que as empresas que receberam auxílios ao abrigo do Regime III adquiriram o direito à segurança jurídica e à confiança legítima de não serem objeto de qualquer decisão de recuperação.” Cfr. parágrafo 195.

⁹¹ “... o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”. Cfr. CANOTILHO, Gomes (1992) – *Direito Constitucional*, Coimbra, pág. 377.

⁹² “Moldar de forma livre o processo de execução implicaria ainda uma discriminação intolerável dos sujeitos passivos que se vissem envolvidos numa execução por uma dívida fiscal que tivesse origem na recuperação de um auxílio de Estado; face a outros sujeitos passivos que devessem uma quantia exatamente igual ou superior, por razões até de maior censura, designadamente por sonegação de rendimentos, erros grosseiros ou deliberados em termos da contabilidade, só para dar alguns exemplos. Não podemos esquecer que a dívida fiscal só surgiu porque o Estado Português viu, no âmbito de uma decisão da Comissão, a vantagem fiscal que criou e que foi legitimamente aproveitada pelos sujeitos passivos, subitamente retirada. Com efeito, o próprio Estado Português a tentou manter de forma veemente como demonstram os parágrafos que se transcrevem da Decisão (EU) 2022/1414 da Comissão...” Cfr. Ac. do STA (Segunda Secção), de 3 de julho de 2024, no proc. 088/24.9BEFUN e Ac. do STA (Segunda Secção), de 3 de julho de 2024, no proc. 033/24.1BEFUN.

CAPÍTULO 6. CONCLUSÕES

- I. O caso da ZFM é uma das formas mais comuns de intervenção dos EM, com o objetivo de atrair investimento, através da concessão de benefícios fiscais, aplicáveis às empresas que criem e mantenham com o território uma ligação privilegiada.
- II. Estamos perante um AE ao funcionamento, com a finalidade de compensar e ultrapassar os custos adicionais da região ultraperiférica. O CINM aproveita as vantagens de Portugal enquanto plataforma de investimento, onde a segurança e a localização são importantes para a captação de investimento externo.
- III. No decorrer do tempo, foram constituídos quatro regimes fiscais às entidades licenciadas para operar na ZFM, sendo o Regime III o que tem particular importância.
- IV. O Regime III foi objeto de monitorização pela CE, tendo concluído que havia sido permitido que certas empresas beneficiassem de AE através de uma taxa de imposto reduzida sobre os lucros resultantes de atividades que não eram efetiva e materialmente exercidas na Madeira, assim como não pôde ser apurado o cálculo da criação de postos de trabalho criados ou mantidos na ZFM.
- V. Nessa medida, a República Portuguesa foi condenada à recuperação do imposto pago alegadamente a menos por constituir AE ilegal. Importa, agora, que os agentes económicos se defendam, com diferentes fundamentos nos meios ao seu dispor.
- VI. Os AE dependem dos seguintes elementos: (i) existência de uma ajuda; (ii) origem estatal; (iii) vantagem aos seus destinatários; (iv) carácter seletivo; (v) impacto sobre as trocas comerciais e a concorrência.

- VII.** O art. 107.º, n.º 1 do TFUE contém uma proibição de carácter genérico dos AE. Todavia, o n.º 2 e o n.º 3 do referido art. contemplam exceções, nomeadamente os AE aptos a fomentar o desenvolvimento económico de regiões ultraperiféricas, como é o caso da ZFM.
- VIII.** O conceito de atividade efetiva e materialmente exercida não foi densificado no período de vigência do Regime III nem esclarecido pela CE, o que origina incerteza jurídica.
- IX.** As operações realizadas devem ser reais e gerar valor, tal como a criação de empregos ou a condução de atividades comerciais produtivas na Madeira.
- X.** Relativamente aos critérios de recuperação dos AE, a AT não poderá aplicar a mesma fórmula a todas as empresas nem impedir a contratação fora da RAM, devendo basear-se num critério de proporcionalidade.
- XI.** Em suma, uma entidade pratica uma atividade efetiva e materialmente exercida quando é a) uma empresa registada na ZFM; cuja atividade consiste, entre outros, na prestação de serviços; b) estando sobretudo direcionada ao mercado internacional; c) tendo sido constituída para operar na RAM; d) empregado trabalhadores locais suficientes, de forma constante; e) dispõe de instalações na RAM onde funciona o respetivo escritório; f) está devidamente licenciada para exercer a sua atividade no âmbito da ZFM; g) a existência de uma conta bancária local com atividade efetiva; h) a existência de registos de gastos, tanto fixos como flutuantes, consoantes com a atividade alegada; i) a coincidência entre o local da atividade e a residência dos administradores; j) a coincidência entre o local da atividade e o local em que a contabilidade é realizada, ou que os livros e outros registos contabilísticos são guardados e k) a pré-existência da sociedade em relação às atividades que se reputam como abusivas.
- XII.** Um posto de trabalho pode estar preenchido, quando: i) o trabalhador resida na RAM (*Danish cases*); ii) resida noutra EM a uma distância suficiente conexas com a empresa e que não prejudique o exercício de funções na Madeira

(Diretiva *Unshell*) ou iii) a sua residência coincida com a residência da empresa (art. 15.º/1/*in fine* CM OCDE).

XIII. Contudo, cremos que este tema requer uma investigação contínua, dado que se encontra em aberto o leque de opções para o futuro que as Instituições Europeias, em especial a CE, podem assumir.

BIBLIOGRAFIA

I – Livros e artigos

C

CANOTILHO, Gomes (1992) - *Direito Constitucional*, Coimbra.

CHINQUELHO, Diogo (2024) – *Auxílios Fiscais de Estado e o Esquema ZFM*, Almedina.

G

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2023) – *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9ª Edição, Reimpressão 2023. Coimbra: Almedina.

L

LANG, Michael et. al. (2023) – *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 7th Ed., Viena, Spiramus.

M

MARTINS, Manuel (2002) – *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 1.ª edição, Cascais, Principia, Publicações Universitárias e Científicas.

MICHEAU, Claire – “Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches”. University of Luxemburg Law Working Paper N.º 2014-06 (2014).

N

NOGUEIRA, João Félix Pinto – “Abuso de Direito em fiscalidade directa – a emergência de um “novo” operador jurisprudencial comunitário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (2009).

---, – *Direito Fiscal Europeu* – “o Paradigma da proporcionalidade”. 4.^a edição, Coimbra Editora e Wolters Portugal (2010).

---, – “Justificaciones y proporcionalidade. Los dos últimos tramos em la jurisprudência del TJUE en materia de compatibilidade de normas tributarias internas sobre fiscalidad directa com las libertades fundamentales, in Afoldo Martín Jimenez and Francisco Carrasco (eds), *Impuestos directos y libertades fundamentales del tratado de funcionamiento de la Unión Europea*”, *Thomson Reuters Aranzadi* (2016).

P

PORTO, M. e Almeida, J. N. – “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido da legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado”, *Revista da Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 3, jul.-set-, Almedina (2010).

R

ROCHA, Joaquim Freitas da (2024) – *Introdução ao Planeamento Fiscal (Teoria Jurídica)*, Almedina.

S

SANCHES, J. L. Saldanha (2007) - *Manual de direito fiscal*, 3.^a ed., Coimbra Editora.

SANTOS, António Carlos dos (2003) – *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina.

SANTOS, António Carlos dos – “O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planeamento fiscal abusivo”, *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, Ano VIII, n.º 1 (2015).

SHÖN, W. (2015) – *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid – A Review of Five Years of European Jurisprudence*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance.

T

TEIXEIRA, Glória (2021) – *Manual de Direito Fiscal*. 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

V

VASQUES, Sérgio (2018) – *Manual de Direito Fiscal*. 2.ª Edição. Almedina.

X

XAVIER, Alberto (2014) – *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra.

II – Documentos de organizações internacionais

Comissão Europeia, Comunicação C(2002)4811fin:Auxílio estatal N 222/A/2002 – Portugal. Regime de auxílios da Zona Franca da Madeira para o período de 2003-2006, de 11/12/2002. Disponível em

https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/135761/135761_449583_51_2.pdf

----, Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período 2007-2013 (2006/C 54/08), de 04/06/2006. Disponível em

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52006XC0304\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52006XC0304(02)&from=FR)

----, Decisão C(2007)3037 final: Auxílio estatal N 421/2006 – Portugal. Zona Franca da Madeira, 27/06/2007. Disponível em

https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/215689/215689_695544_59_2.pdf

----, Decisão C(2013) 4043 final: Auxílio Estatal AS.34160 (2011/N) – Portugal – Alteração do regime da Zona Franca da Madeira N 421/2006, de 02/07/2013. Disponível em

https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/243168/243168_1449168_295_2.pdf

----, Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01), de 19/07/2016. Disponível em

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT)

----, Decisão C(2018) 4149 final: Auxílio estatal AS.21259 (2018/NN) (ex2016/EO;ex 2015/MX) – Portugal. Zona Franca Madeira (ZFM) – Regime III, de 06/07/2018. Disponível em

https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/201919/275448_2054463_429_6.pdf

----, Comunicação da Comissão relativa à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (2019/C 247/01), de 23/07/2019. Disponível em

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019XC0723\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019XC0723(01)&from=PT)

----, Decisão (EU) 2022/1414 da Comissão de 4 de dezembro de 2020 relativa ao regime de auxílios AS.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da Zona Franca da Madeira (ZFM) – Regime III (notificada com o número C(2020)8550), de 03/12/2020. Disponível em

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32022D1414>

----, Decisão (EU) 2022/1414 da Comissão relativa ao regime de auxílios AS.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da Zona Franca da Madeira (ZFM) – Regime III, de 04/12/2020. Disponível em

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32022D1414>

III – Documentos eletrónicos e websites

AZEVEDO, Filipa Moreira, *Auxílios de estado e auxílios de minimis no panorama concorrencial*, mai/2018,

<https://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Direito-da-Concorrência-Filipa-Azevedo.pdf>, consult. 05/abr/2024.

BARNABÉ, Nuno Cunha, OLIVEIRA, Mariana Gouveia de, *Recuperação dos Auxílios de Estado à Zona Franca da Madeira: a arbitragem tributária como forma de assegurar o direito de acesso à justiça*, 21/out/2022,

<https://eco.sapo.pt/opiniaio/recuperacao-dos-auxilios-de-estado-a-zona-franca-da-madeira-a-arbitragem-tributaria-como-forma-de-assegurar-o-direito-de-acesso-a-justica/>, consult. em 23/jul/2024.

ESTEVES, Mariana Medeiros, *Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia*, fev/2016,

https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_27_28_Mariana_Medeiros_Esteves.pdf, consult. em 10/mai/2024.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes, *A propósito de uma defesa efetiva e material da zona franca da madeira*, 11/nov/2022,

<https://www.rfflawyers.com/pt/know-how/newsletters/a-proposito-de-uma-defesa-efetiva-e-material-da-zona-franca-da-madeira/4651/>, consult. em 05/mar/2024.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes, et. al., *Os benefícios fiscais da Zona Franca da Madeira e a decisão da comissão europeia (desenvolvimentos recentes)*, 29/jul/2022,

<https://www.rfflawyers.com/pt/know-how/newsletters/os-beneficios-fiscais-da-zona-franca-da-madeira-e-a-decisao-da-comissao-europeia-desenvolvimentos/4578/>, consult. em 04/mar/2024.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes, et al., *Guia Fiscal da Madeira (Novos Desenvolvimentos 2021)*, 22/abr/2021,

https://www.rfflawyers.com/xms/files/archive-2022-03/KNOW_HOW/Guias/Madeira/RFFa - Madeira - NL - Guia Fiscal da Madeira -2021- - PT VF.pdf, consult. em 15/fev/2024.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes, et. al., *Guia Fiscal da Madeira 2024*, 15/fev/2024,

<https://www.rfflawyers.com/pt/know-how/guias/guia-fiscal-da-madeira-2024/4993/>, consult. em 04/mar/2024.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes, et. al., *Proposta de Diretiva “Unshell”*: *Desenvolvimentos recentes*, 24/jan/2023,

https://www.rfflawyers.com/xms/files/Know-How/Newsletters/2023/01_-_Janeiro/Proposta_de_Diretiva_Unshell.pdf, consult. em 01/jul/2024.

FIDALGO, Isabel Santos, MARTINS, António Queiroz, CASTRO, Francisca Osório de, *Zona Franca da Madeira: Entre o canto do cisne e a dedutibilidade dos Auxílios de Estado*, 2023,

<https://www.afp.pt/revista/edicoes/766-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-v-n-1-2023?start=6>, consult. em 04/abr/2024.

MARTINS, Guilherme W. d'Oliveira, *Zona Franca da Madeira: a boa fórmula, s.d.*,

<https://www.ibr-madeira.com/pt/noticias/opiniao/568-zona-franca-da-madeira-a-boa-fórmula.html>, consult. em 27/abr/2024.

PALMA, Clotilde Celorico, *Caraterísticas fundamentais do novo regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira*, fev/2016,

<https://www.occ.pt/fotos/editor2/gabineteestudos193.pdf>, consult. em 03/abr/2024.

IV – Lista jurisprudencial

1974

Ac. do TJUE, de 2 de julho de 1974, 173/73, Governo da República/Comissão.

1986

Ac. do TJUE, de 28 de janeiro de 1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*.

1996

Ac. do TJUE, de 12 de dezembro de 1996, T-358/94, *Air France*/Comissão.

2006

Ac. do TJUE, de fevereiro de 2006, C-255/02, *Halifax*.

Ac. do TJUE (Grande Secção), de 6 de setembro de 2006, C-88/03, Portugal/Comissão.

Ac. do TJUE (Grande Secção), de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas/Commissioners of Inland Revenue*.

2008

Ac. do TJUE, de 21 de fevereiro de 2008, C-425/06, *Part Service*.

Ac. do TJUE, de 23 de abril de 2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

2017

Ac. do TJUE, de 8 de março de 2017, C-14/16, *Euro Park Service*.

2019

Ac. do TJ (Grande Secção), de 26 de fevereiro de 2019, C-116/16 e C-117/16, *Skatteministeriet/T Danmark e Y Denmark Aps.*

2022

Ac. do TG (Oitava Secção), de 21 de setembro de 2022, T-95/21, Portugal/CE.

2023

Ac. do TG (Quinta Secção), de 21 de junho de 2023, T-131/21, RAM/CE.

2024

Ac. do STA (Segunda Secção), de 3 de julho de 2024, 088/24.9BEFUN.

Ac. do STA (Segunda Secção), de 3 de julho de 2024, 033/24.1BEFUN.