



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

# **Cláusula Geral Anti Abuso**

**Lei antiga e lei nova, que diferenças?**

**Diana Patrícia Tavares Maia**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2020





**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

# **Cláusula Geral Anti Abuso**

**Lei antiga e lei nova, que diferenças?**

**Diana Patrícia Tavares Maia**

Orientador: Professor Doutor Rui Duarte Morais  
(Com a colaboração da Mestre Mónica Duque)

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2020

*Para os meus Pais.*

## **Agradecimentos**

Ao Professor Doutor Rui Duarte Morais, pela oportunidade de explorar e trabalhar este tema, e pelos importantes conhecimentos transmitidos na fase curricular.

À Mestre Mónica Duque pelo constante apoio e disponibilidade, mas, sobretudo, pela vontade de fazer crescer esta dissertação.

À Tavares Castilho, Rodrigues & Associados – Sociedade de Advogados, pela oportunidade de crescer pessoal e profissionalmente, e por todo o apoio e compreensão no período da elaboração deste trabalho.

À Cláudia e à Ana Luísa, pela amizade e cumplicidade neste percurso que juntas percorremos.

Aos meus Pais pela constante luta para me proporcionarem um futuro melhor, e por tudo o que as palavras não permitem dizer.

À minha família, ao Gonçalo, aos meus amigos, os de sempre e os que a Universidade me deu, por tudo.

## **Resumo**

A presente dissertação estuda a Cláusula Geral Anti Abuso consagrada na lei portuguesa. Tomando como ponto de partida as recentes alterações legislativas, é desenvolvida uma análise comparativa entre a lei nova e a lei antiga e traçado o pano de fundo do seu enquadramento na evolução verificada no panorama internacional. Para dar cumprimento a este objetivo, apresenta-se um estudo dos instrumentos internacionais que nos vão auxiliar na compreensão da realidade atual desta figura, e um estudo dos elementos característicos em vigor no regime nacional até à transposição da ATAD 1, e dos que vigoram no atual regime. Pretendemos, deste modo apurar, por um lado, se há diferenças significativas e, por outro, se esta alteração que deu origem à lei nova era efetivamente necessária para um combate mais eficiente à elisão fiscal.

**Palavras-chave:** Anti-Tax Avoidance Directive; Cláusula Geral Anti Abuso; Elisão fiscal; Lei antiga; Lei nova.

## ***Abstract***

This dissertation studies the General Anti-Abuse Rule enshrined in Portuguese law. Taking as a starting point the recent legislative changes, a comparative analysis between the new law and the old law is developed and the background of its framing in the evolution verified in the international panorama is outlined. In order to fulfill this objective, a study is presented of the international instruments that will help us to understand the current reality of this figure, and a study of the characteristic elements in force in the national regime until the transposition of ATAD 1, and of those in force in the current regime. In this way, on the one hand we intend to determine whether there are any significant differences, and, on the other hand, whether this change that gave rise to the new law was indeed necessary for a more efficient fight against tax avoidance.

**Keywords:** Anti-Tax Avoidance Directive; General Anti-abuse Rule; Tax avoidance; Old law; New law.

# Índice

Introdução.....	10
I. CGAA no panorama internacional .....	13
1. CGAA no contexto da OCDE .....	14
1.1. A Ação 6 do Plano BEPS .....	16
1.1.1. A CGAA na CMOCDE .....	18
2. CGAA no contexto europeu .....	20
II. CGAA no plano nacional .....	24
1. Princípios subjacentes à CGAA .....	25
2. Estrutura da CGAA portuguesa .....	27
2.1. Regime vigente antes da transposição da ATAD 1: LA.....	28
2.1.1. Elemento meio .....	29
2.1.2. Elemento resultado .....	30
2.1.3. Elemento intelectual .....	31
2.1.4. Elemento normativo .....	33
2.1.5. Elemento sancionatório .....	35
2.2. A CGAA e a jurisprudência .....	36
2.3. Regime vigente a partir da transposição da ATAD 1: LN .....	40
2.3.1. Elemento meio .....	41
2.3.2. Elemento resultado .....	43
2.3.3. Elemento intelectual .....	44
2.3.4. Elemento normativo .....	46
2.3.5. Elemento sancionatório .....	47
Conclusões.....	49
Bibliografia.....	51

## **Lista de siglas e abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Artº – Artigo

AT – Administração Tributária

ATAD 1 – Anti-Tax Avoidance Directive

BEPS – Base Erosion and Profit Shifting

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CC – Código Civil

CDT – Convenção de Dupla Tributação

CE – Comissão Europeia

Cf. – Confrontar

CMOCDE – Convenção Modelo da OCDE

CGAA – Cláusula Geral Anti Abuso

CIRC- Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas

CIRS- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

DSMA – Diretiva Sociedades-Mães e Afilhadas

DUE – Direito da União Europeia

EC – Estados Contratantes

EM – Estado Membro

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

LA – Lei Antiga

LGT – Lei Geral Tributária

LN – Lei Nova

MCCCIS – Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades

MLI – Multilateral Instrument

n.º – Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

p. – Página

pp. – Páginas

PPT – Principle Purpose Test

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCA – Tribunal Central Administrativo

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

## Introdução

O nosso estudo versa sobre a mais recente alteração à CGAA, prevista pelo artº 38º, n.º 2 da LGT, cujo objetivo primordial é o combate à elisão fiscal, i.e., *penalizar* contribuintes que recorram a esquemas ardilosos, contornando a lei aplicável em condições normais, por forma a obter uma situação fiscal mais vantajosa, situação em que apesar da sua aparência legal, não são respeitados os propósitos das normas fiscais envolvidas.

Conhecida pelo seu carácter amplo, esta norma representa, na atualidade, uma das maiores armas dos Estados no combate aos vários esquemas fiscais postos em prática pelo contribuinte, e que não são abarcados pelas normas anti abuso específicas. Dada a reconhecida impossibilidade de o legislador prever todas as circunstâncias abusivas, esta figura é tida como uma “válvula de escape” em diversos sistemas fiscais mundiais.

Atentando ao panorama internacional, rapidamente percebemos que a CGAA não é uma novidade. Contudo, a sua importância para o Direito Fiscal ganhou contornos significativos com o aumento de práticas de planeamento fiscal executadas, nomeadamente, por empresas multinacionais, estas sob impulso da globalização e de crescentes políticas de livre circulação de capitais, ou de fomentação de investimentos estrangeiros diretos.

As elevadas proporções que este problema tomou, e a rápida adaptação do contribuinte às barreiras que lhe eram impostas, tornou urgente uma atuação combinada entre os Estados.

Nesta esteira, o G20, em junho de 2012, defendeu a necessidade de prevenção da denominada “*base erosion and profit shifting*” – erosão da base tributável e transferência de lucros. Foi, então, criado pela OCDE o Plano de Ação BEPS constituído por quinze ações, com o propósito de combater este fenómeno a um nível mundial. Destaque especial para a Ação 6 que trouxe consigo medidas de combate ao abuso das convenções fiscais mediante a inserção de uma CGAA nas mesmas, sob a forma de *Principal Purpose Test* (PPT); indicações posteriormente absorvidas pela CMOCDE mediante o MLI, presente na Ação 15.

Como resposta a esta movimentação, vemos no plano europeu surgir o Pacote Anti Elisão no ano de 2016 com o propósito de coordenar a adoção das recomendações do Plano BEPS da OCDE, dirigidas ao plano interno e às relações com Estados terceiros.

Deste pacote destaca-se a Diretiva (UE) 2016/1164, comumente conhecida como ATAD 1, e que veio estabelecer um nível mínimo de proteção contra a elisão fiscal. É com este ato legislativo que surge uma CGAA, inspirada na da OCDE, com o fim de ser aplicada por todos os EM, numa tentativa de uniformizar a resposta destes a potenciais casos de elisão fiscal ao nível interno ou transfronteiriço. Não podemos deixar de referir que a jurisprudência do TJUE desempenhou um papel essencial na construção da atual CGAA europeia.

Será sobre esta fase mais recente da evolução desta figura no âmbito internacional que a nossa análise recairá.

No que ao ordenamento jurídico português diz respeito, a CGAA foi neste primeiramente introduzida pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro, encontrando-se prevista no artº 32º-A do Código de Processo Tributário. A ausência de estudo ou análise prévia que apoiasse a compreensão da mesma e as dúvidas no plano da inconstitucionalidade, levaram à sua inevitável não aplicação. Nova versão surgiu com a Lei n.º 100/99, de 26 de julho, desta feita consagrada no artº 38º, n.º 2 LGT. Contudo foi apenas com a Reforma Fiscal de 2000, e com a entrada em vigor da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, que a CGAA veio assumir contornos de eficácia no sistema fiscal português.

A transposição da ATAD 1 para o ordenamento jurídico português fez surgir a mais recente alteração da CGAA, esta introduzida pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio. A análise deste novo regime tomará a maioria do nosso trabalho.

Confrontados com esta nova alteração, são algumas as questões que nos inquietam dado o historial de controvérsia que envolve esta figura: seria a CGAA em vigor até então insuficiente ou menos eficiente na resposta aos mais recentes desafios trazidos pela globalização? Terá esta nova versão respeito pelos princípios do estado social, da legalidade, tipicidade e segurança jurídica, princípios garantísticos fundamentais no ordenamento jurídico português? E relativamente ao binómio justiça/segurança cuja tensão dialética se revela com particular nitidez nesta figura, para qual dos lados penderá esta atualização? Por fim, será a atual versão mais exigente, e por isso menos flexível dificultando, por um lado, a aplicação pela AT e beneficiando, por outro, o contribuinte ou, pelo contrário, será menos exigente e, assim, mais flexível, verificando-se exatamente o inverso?

São estes os problemas que queremos explorar com esta dissertação, recorrendo à comparação entre o novo regime e o anterior no plano interno, enquadrada pela necessária análise da CGAA no panorama internacional.

## I. CGAA no panorama internacional

Estão identificados dois fatores centrais no agravamento da situação da erosão das bases fiscais. O primeiro, e tal como referido a título introdutório, é a globalização, pois tal circunstância levou a que, nomeadamente, sociedades multinacionais se deslocalizassem em busca de se estabelecerem num Estado mais vantajoso a nível fiscal. O que, conseqüentemente, gerou o aumento do recurso a esquemas de planeamento fiscal abusivo<sup>1</sup>. Assim, diríamos que a ausência de harmonização no Direito Fiscal ao nível internacional constitui um dos principais motores do planeamento fiscal, aproveitando-se o contribuinte destas fragilidades.

Por outro lado, com o crescente interesse por parte dos diferentes Estados em atrair investimento das aludidas sociedades (no caso dos Estados da fonte<sup>2</sup>) ou, pelo contrário, de evitar a sua saída (na situação dos Estados de residência<sup>3</sup>) levou a que se tornasse assunto a concorrência fiscal entre Estados. A adoção de medidas de livre circulação de capitais, ou fomentação de investimentos estrangeiros indiretos, veio intensificar tal concorrência, acentuando os desequilíbrios internos na OCDE e UE<sup>4</sup>.

A CGAA constitui uma das várias soluções a serem aplicadas no combate a estes fenómenos, que nos aparece com diferente roupagem no âmbito da OCDE e no âmbito da UE, apesar das inegáveis similitudes. E por essa razão, faremos aqui uma análise separada.

No âmbito da OCDE, a CGAA surge para combater o abuso das convenções fiscais, nomeadamente o fenómeno *treaty shopping*; no âmbito da UE, a CGAA vem

---

<sup>1</sup> Cabe-nos fazer um esclarecimento terminológico prévio – apesar de elisão fiscal e planeamento fiscal abusivo ou agressivo serem conceitos unívocos, ao longo do tempo forma sendo utilizados por organizações diferentes. Assim, e para efeitos desta dissertação, elisão fiscal traduz-se no recurso pelo contribuinte a esquemas ardilosos, contornando a lei aplicável em situação normal, por forma a obter uma situação fiscal mais vantajosa; sendo que, apesar da sua aparência legal, não são respeitados os propósitos das normas fiscais afetadas. A ATAD 1 utiliza este termo como fenómeno a ser combatido pelos EM e, conseqüentemente, também a legislação nacional após a transposição desta para o ordenamento jurídico português. Por esta razão, será por nós utilizado na análise da CGAA da Diretiva e nacional. O planeamento fiscal abusivo ou agressivo (adotaremos o termo abusivo em consonância com a legislação nacional neste campo) consiste no ato de tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das lacunas causadas pela interação de dois ou mais sistemas fiscais, com o propósito de reduzir a carga fiscal. A OCDE utiliza este termo como uma das causas de BEPS, e o conceito de abuso das convenções fiscais para justificar medidas como a inserção do PPT na Ação 6 do Plano BEPS. Será nestes exatos moldes que vamos empregar estes termos na análise deste contexto.

<sup>2</sup> Estados nos quais são obtidos rendimentos.

<sup>3</sup> Estados nos quais se encontra localizada a sede ou direção efetiva da sociedade comercial.

<sup>4</sup> Dourado, 2017, p.25

aproximar-se da anterior, não só para se aliar no combate ao fenómeno BEPS e assim cumprir os compromissos assumidos, mas também para garantir uma atuação coordenada e coerente por parte dos EM no combate às práticas abusivas nos impostos sobre as sociedades. De facto, só um regime comum permite evitar a fragmentação do mercado, e acabar com as assimetrias existentes<sup>5</sup>.

Ainda ao nível internacional, seguindo a jurisprudência do TJUE é possível identificar uma estrutura típica das CGAA, constituída por dois elementos: (1) elemento objetivo, segundo o qual temos um conjunto de factos que, aparentemente legais, desrespeitam o propósito das normas fiscais; (2) elemento subjetivo, que consiste na vontade do contribuinte em obter uma vantagem fiscal indevida recorrendo, para isso, a condições artificiais<sup>6</sup>.

## 1. CGAA no contexto da OCDE

No Comentário ao artº 1º da CMOCDE de 2003, a OCDE estabeleceu que seria aplicado um princípio-guia a todas as convenções fiscais celebradas a partir desse mesmo ano. Segundo este, os benefícios associados às CDT não podem ser assegurados a quem coloque em prática esquemas ou transações com o objetivo principal de obter uma vantagem fiscal, constituindo esta uma situação contrária ao espírito da norma em causa<sup>7</sup>.

A crise financeira de 2008 provocou a emergência e tornou visíveis problemas graves de várias índoles, como o crescente surgimento de zonas offshore ou paraísos fiscais<sup>8</sup>, ou o aumento de situações de fraude e evasão fiscal<sup>9</sup>. Tal cenário veio

---

<sup>5</sup> ATAD 1, considerando 2

<sup>6</sup> Referimos esta estrutura na fase inicial da dissertação dada a influência significativa destes dois testes para apurar práticas abusivas na CGAA europeia e, conseqüentemente, na norma interna, como veremos mais à frente. Ac. Emsland-Starke, C-110/99, 52 e 52.

<sup>7</sup> OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, p.73

<sup>8</sup> Considera-se paraísos fiscais os territórios de baixa tributação, muitas vezes com sigilo bancário associado. Cf. Dourado, 2017, p.26

<sup>9</sup> Evasão fiscal diz respeito ao uso de esquemas ilegais através dos quais o contribuinte paga menos imposto do que aquele a que estava legalmente obrigado, mediante a ocultação de informações de rendimento das autoridades fiscais. Em causa está a prática de atos ilegais nos quais a responsabilidade tributária é ocultada ou ignorada.

desencadear uma reação por parte do G20, nomeadamente com a implementação de medidas para fomentar a cooperação administrativa em matéria fiscal e a transparência fiscal, assim como medidas para pôr termo aos paraísos fiscais.

Todavia, havia ainda, uma preocupação que requeria uma atenção especial: o crescimento do fenómeno BEPS, recurso a estratégias de planeamento fiscal que exploram lacunas e incompatibilidades nas normas fiscais de dois ou mais regimes jurídicos a aplicar a uma situação concreta mediante uma transferência artificial de lucros para localizações onde a tributação dos mesmos é reduzida, ou nula, e onde há pouca ou nenhuma atividade económica desenvolvida pelo contribuinte, sendo que a maioria dos esquemas para obter estes resultados são ilegais.

Circunstâncias como estas comprometem a justiça e a integridade dos sistemas fiscais, pois os sujeitos passivos que operam ao nível transfronteiriço e que consigam recorrer a esquemas de planeamento fiscal serão, conseqüentemente, mais competitivos face aos que operam ao nível local. Além do mais, o facto de os contribuintes serem confrontados com o não pagamento dos impostos que seriam devidos por empresas multinacionais questiona e desincentiva o cumprimento voluntário do pagamento de impostos por parte dos mesmos<sup>10</sup>.

Nesta senda, a OCDE e o G20 criaram o Plano de Ação BEPS em 2013, com o propósito de por em execução uma atuação coordenada a nível mundial no combate a este fenómeno e que, resumidamente, estabelece uma moldura segundo a qual a tributação acontece no país onde os lucros e o valor são gerados. É constituído por quinze ações, e cada uma corresponde a uma problemática identificada como contributiva para o BEPS.

Esta necessidade crescente de coordenação no combate ao aludido fenómeno, levou a uma alteração gradual no paradigma do Direito Fiscal Internacional, cedendo o bilateralismo o passo ao multilateralismo. Apesar das várias críticas apontadas e dos desafios inerentes, só desta forma será possível atingir a tão desejada justiça na tributação de qualquer contribuinte<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p.8

<sup>11</sup> Dourado, 2017, p.47; Cuoco, 2019, p.870

## 1.1. A Ação 6 do Plano BEPS

A Ação 6 assume como desígnio evitar o abuso de convenções fiscais, e a consequente obtenção de benefícios indevidos, sendo esta uma das principais fontes do BEPS, segundo a OCDE. É com esta ação que surge uma proposta de CGAA assente no teste do objetivo principal – PPT, que analisaremos adiante.

Entre os EM da OCDE são celebradas CDT, com incidência nos impostos sobre o rendimento e o património, ou seja, impostos que se referem a qualquer acréscimo patrimonial ocorrido na esfera jurídica do contribuinte, sendo apenas aplicadas ao sujeito passivo com residência num dos EC. O seu objetivo primordial é evitar a dupla tributação, mas cada vez mais evidenciam como fim o combate ao abuso das mesmas por razões fiscais. Têm como ponto de partida a CMOCDE, um modelo de convenção que é adaptado a várias circunstâncias e que contempla um mínimo que deve ser respeitado pelos Estados que a ela recorram.

É possível identificar duas situações que configuram abuso das CDT: (1) o contribuinte contorna as limitações impostas pelas CDT; (2) o contribuinte contorna a lei do seu país de residência, para poder aceder aos benefícios concedidos pelas CDT<sup>12</sup>.

No que toca à primeira, a mais importante para o nosso estudo, de uma forma geral, estamos perante situações de *treaty shopping*, sendo esta uma modalidade de planeamento fiscal que “se caracteriza pelo recurso ao elemento de conexão subjetivo de que as Convenções fazem depender a sua aplicação: a residência.”<sup>13</sup> Com a manipulação deste elemento, o contribuinte, consegue aceder aos benefícios fiscais resultantes de CDT, que lhe estariam vedados em circunstâncias normais<sup>14</sup>. Não tendo o contribuinte residência em nenhum dos EC da CDT que lhe suscita interesse, recorre a estruturas jurídicas artificiais denominadas de sociedades veículo, ou *Conduit Companies*<sup>15</sup> (expressão anglo-saxónica)<sup>16</sup>, i.e., cria uma sociedade por si controlada, para obter indiretamente a condição de residente no Estado do seu interesse acedendo, assim, a benefícios fiscais que lhe são favoráveis. De notar que, quantas mais CDT um país tiver

---

<sup>12</sup> Broe & Luts, 2015, p.124

<sup>13</sup> Courinha, 2015, p.291

<sup>14</sup> Broe & Luts, 2015, p.127

<sup>15</sup> Há que distinguir esta figura de um fenómeno existente em Direito Fiscal – interposição fictícia de pessoas, pois, ao contrário desta, as estruturas com recurso a *conduit companies* não ocultam nenhuma realidade à AT. Existe, até, uma clara correspondência entre a vontade e a declaração, sendo titulares dos direitos e deveres adstritos à sua figura jurídica.

<sup>16</sup> Courinha, 2015, p.298

celebrado, maiores as possibilidades de planeamento fiscal e, logo, de o mesmo ser utilizado como um *conduit state*<sup>17</sup>.

Não sendo a residência o único elemento manipulável pelo agente económico no âmbito do fenómeno *treaty shopping*, como forma de prevenção, já tinha sido anteriormente incluída na CMOCDE, como forma de prevenção, a cláusula anti abuso do beneficiário efetivo<sup>18</sup>. A sua função é neutralizar as situações em que não há atividade económica na residência, i.e., casos em que a residência é completamente fictícia.

Todavia, apesar dos esforços levados a cabo no âmbito da OCDE, os mesmos pareciam insuficientes e o fenómeno *treaty shopping* continuava a ser uma das maiores fontes de BEPS, representando enormes perdas fiscais.

Como resposta a estas situações de abuso, a Ação 6 propõe a alteração da CMOCDE, nomeadamente incluindo um “minimum standard” para combater o *treaty shopping*. Foram, assim, delineadas três estratégias: (1) inclusão de uma declaração dos EC em como estes pretendem evitar a criação de situações que favorecem a tributação nula ou reduzida, assim como o *treaty shopping*; (2) uma cláusula específica anti abuso, denominada *limitation-on-benefits* (LOB); (3) inclusão de uma CGAA baseada no PPT, para abarcar outras formas de abuso das CDT que não são cobertas pela LOB<sup>19</sup>. Cabe a cada Estado decidir se introduz ambas, ou apenas uma<sup>20</sup>.

No que respeita à segunda modalidade suprarreferida, o agente económico contorna a aplicação das leis domésticas, por forma a ter acesso às vantagens fiscais das convenções que, *ad initio*, lhe seriam negadas. Não estando em causa o abuso direto de cláusulas das CDT, mas antes um acesso indevido a estas mediante a manipulação de normas internas, a OCDE entende que tal situação abusiva não pode ser solucionada com recurso às disposições convencionais, mas sim mediante normas anti abuso domésticas<sup>21</sup> (entre outras, com os contributos de doutrinas como a substância sobre a forma, substância económica, abuso do direito, ou fraude à lei<sup>22</sup>).

---

<sup>17</sup> Lang *et al.*, 2010, p.52

<sup>18</sup> Vide artº 10º, n.º 2, 11º, n.º 2 e 12º, n.º 3 CMOCDE

<sup>19</sup> OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pp.9 e 10.

<sup>20</sup> OECD (2019), *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p.16

<sup>21</sup> Broe & Luts, 2015, p.126

<sup>22</sup> OECD (2015), *Preventing...*, cit, p.79

### 1.1.1. A CGAA na CMOCDE

Já foi por nós referido que uma das medidas previstas na Ação 6 é a inclusão de uma CGAA baseada no PPT na CMOCDE<sup>23</sup>. Com a transposição do artº 7º, n.º 1 MLI<sup>24</sup>, esta encontra-se prevista no artº 29º, nº 9 daquela nos seguintes termos:

*(...) um benefício ao abrigo desta convenção não deverá ser atribuído a uma categoria de rendimentos ou de capital se é razoável concluir que, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, a obtenção desse benefício foi um dos objetivos principais de um esquema ou transação que resultou direta ou indiretamente desse benefício, exceto se se concluir que a atribuição desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e o fim das provisões desta Convenção.*<sup>25</sup>

Atentando ao texto transcrito, somos levados a pensar que a OCDE buscou inspiração no já mencionado princípio guia. Todavia, e apesar das semelhanças, os documentos produzidos vêm esclarecer que o princípio é aplicado de forma independente face à aludida norma que simplesmente o confirma<sup>26</sup>.

Até porque, na opinião de vários autores, a OCDE vem com esta redação baixar de forma quase despercebida o nível de anti abuso para negar benefícios fiscais ao nível das CDT, por comparação com o princípio guia<sup>27</sup>. Senão vejamos: o artº 29º, n.º 9 CMOCDE refere, como teste subjetivo, a necessidade de a obtenção do benefício ser um dos principais objetivos da transação/esquema levado a cabo pelo contribuinte. Deste modo, e apesar de os Comentários a este artigo darem ênfase que a um “teste de razoabilidade” – a aplicação desta norma requer um estudo profundo às circunstâncias factuais relevantes para cada caso, uma análise casuística e ausência de presunções pelas administrações fiscais<sup>28</sup>. Não podemos deixar de alertar para o facto de poderem cair no âmbito desta norma situações em que de facto há uma intenção fiscal, mas, em que a mesma, sendo uma das principais, não é a única. O facto de ser suficiente que, pelo menos,

---

<sup>23</sup> Existem países que não vão incluir o PPT em todas as CDT, o que tornará possível que os esquemas de planeamento fiscal proliferem fora daquelas que o contenham; Cf. Taramountas, 2019, p.932

<sup>24</sup> O MLI resulta da Ação 15 do Plano BEPS, e destina-se a incorporar nas convenções fiscais bilaterais as várias medidas deste Plano que lhes digam respeito, como é o caso das resultantes da Ação 2, 6, 7 e 14. Pretende-se que haja uma modificação destas de forma coordenada e consistente, eliminando as lacunas nas normas fiscais internacionais, para diminuir as oportunidades de empresas multinacionais levarem a cabo práticas de elisão fiscal. É do texto deste MLI que resulta a CGAA atualmente em vigor na CMOCDE. Gomes, 2019, p.67

<sup>25</sup> Tradução nossa.

<sup>26</sup> OECD (2017), *Model...*, cit, p.73

<sup>27</sup> Broe & Luts, 2015, pp. 131 e 132

<sup>28</sup> OECD (2017), *Model...*, cit, p.590

um dos motivos seja a obtenção do benefício fiscal, pode gerar a aplicação da CGAA a situações de planeamento fiscal lícito<sup>29</sup> onde, para além da motivação fiscal existe, também, uma razão económica perfeitamente válida<sup>30</sup>.

Nesta esteira, partilhamos da posição de que a CGAA só deveria ser aplicada aos casos em que a finalidade única ou predominante é obter o benefício fiscal das CDT, não existindo, por de trás, uma razão económica genuína e aceitável<sup>31</sup>. Não consideramos que este baixo grau de previsibilidade<sup>32</sup> para o contribuinte seja o preço correto a pagar para aumentar a justiça na tributação e a integridade das bases fiscais.

Relativamente ao teste objetivo previsto pela norma, é de notar que a letra da lei torna claro que apenas serão negadas as vantagens fiscais ao abrigo da CDT efetivamente afetada pelas práticas abusivas do contribuinte. Excluídas estão as vantagens que resultam ou das leis fiscais domésticas, ou de outra CDT que não a visada pelo contribuinte.

A inclusão desta CGAA pela OCDE veio pôr termo a um problema antigo – o da compatibilização entre as CGAA domésticas e as CDT, i.e., atualmente sabemos que não podemos recorrer às normas anti abuso domésticas para combater o abuso das convenções fiscais (que poderiam levar a situações de dupla tributação)<sup>33</sup>, mas tais normas ou até mesmo doutrinas judiciais não sairão afetadas por aquelas<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Dada a complexidade que esta problemática levanta, e não sendo este o foco principal desta dissertação, apenas referir, de uma forma sintética, que muitos são os autores que consideram este PPT (CGAA da CMOCDE) incompatível com as liberdades fundamentais do DUE e, conseqüentemente, com a jurisprudência do TJUE. No contexto europeu é clara a possibilidade de o contribuinte explorar as liberdades fundamentais para obter um tratamento fiscal mais favorável, exceto se tal for com recurso a meios artificiais. O que não acontece aqui como vimos, pois, situações como estas, permitidas no contexto europeu, podem ser alvo de aplicação deste PPT. Embora, uma análise mais profunda aos exemplos dados pela OCDE no Comentário ao artº 29º, n.º 9 CMOCDE nos leve a pensar que haverá uma potencial convergência entre estes dois mundos. Vide Cuoco, 2019, pp.876-884

<sup>30</sup> Broe & Luts, 2015, pp. 131, 132; Cuoco, 2019, p.873

<sup>31</sup> Broe & Luts, 2015, pp. 131 e 132

<sup>32</sup> De um modo sintético resumir que este carácter amplo da PPT, com a conseqüente baixa previsibilidade, entra em choque com o princípio da proporcionalidade previsto no artº 5º, n.º 4 TUE e a segurança jurídica, podendo originar problemas nos deveres que cabem aos EM. Vide Pietro, 2020, p.91

<sup>33</sup> Chand, 2018, p.123

<sup>34</sup> OECD (2017), *Model...*, cit, pp.74-78; OECD (2015), *Preventing...*, cit, p.79

## 2. CGAA no contexto europeu

Como resposta às propostas do Plano BEPS, a nível europeu foi aprovado, em janeiro de 2016, um Pacote Anti Elisão, no qual se incluía a proposta da ATAD 1. Esta diretiva é dirigida a todos os contribuintes sujeitos a impostos sobre as sociedades num EM, abrangendo igualmente os estabelecimentos estáveis. Surge com o objetivo de melhorar a resiliência do mercado interno europeu às práticas de elisão fiscal transfronteiriças mediante o estabelecimento de um grau mínimo de proteção do mercado interno. Com ela visa-se uma ação coordenada entre os EM, pois uma ação independente apenas acentuaria as distorções que até então se verificavam<sup>35</sup>.

Antes de entrarmos na análise da norma em si, referir que a consagração desta no contexto europeu traz consigo uma importante vantagem – torna claro o dever de os EM combaterem o abuso dos impostos diretos sobre as sociedades, vazio que não podia ser preenchido pela jurisprudência do TJUE<sup>36</sup>. E, por esta mesma razão, é agora permitido às autoridades europeias monitorizar a conduta dos EM quanto a esta temática, nomeadamente quando estes são demasiado brandos com os contribuintes, nos momentos em que os processos são sujeitos à sua apreciação<sup>37</sup>. Trata-se, assim, de um marco importante na harmonização dos impostos diretos ao nível europeu.

No que respeita à CGAA, a teoria do abuso de direito construída pela jurisprudência do TJUE<sup>38</sup>, assim como a presença desta figura em diretivas anteriores à ATAD 1, ou mesmo a discussão desde 2011 para a proposta de MCCCIS (entretanto colocada em segundo plano), demonstra que este não é assunto novo na UE. Todavia, o Plano BEPS imprimiu-lhe importante evolução.

---

<sup>35</sup> ATAD 1, considerandos 1-5

<sup>36</sup> No âmbito dos impostos diretos – os que importam para a CGAA, a jurisprudência do TJUE apenas delimitava negativamente o que era considerado abuso de direito. Dada a ausência de regulação expressa no DUE, neste domínio, o TJUE analisava as situações abusivas ao nível das justificações para restringir as liberdades fundamentais, e nunca no acesso ao DUE, o que ficou claro no Ac. Cadbury Schweppes, considerando 39 a 75. Ou seja, ao TJ competia a decisão sobre o modo como cada EM não devia tributar (por via de harmonização negativa).

<sup>37</sup> Charrete, 2019, pp.177-181

<sup>38</sup> Um dos seus contributos essenciais para a construção da CGAA da ATAD 1 foram os dois testes para provar se uma prática é abusiva ou não, e que surgiram pela primeira vez com o Ac. Emsland-Starke (considerandos 52 e 53): (1) é necessário que de um conjunto de circunstâncias objetivas haja um respeito formal pela legislação europeia não sendo, contudo, o objetivo por estas prosseguido respeitado; (2) um elemento subjetivo que consiste na vontade do contribuinte em obter uma vantagem resultante das normas europeias, via criação artificial dos requisitos exigidos para a obtenção da mesma. O recurso a estes testes é constante tendo, inclusive é sido confirmados em dois acórdãos recentes – N Luxembourg, C-115/16, considerando 124 e T Danmark, C-116/16, considerando 97.

A CGAA encontra-se consagrada no artº 6º da ATAD 1, prevendo o seu n.º 1 o seguinte:

*1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais<sup>39</sup> de obter uma vantagem fiscal que frustrate o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais que uma etapa ou parte.*

Com a análise desta norma, verificamos que, quanto elemento subjetivo, e no que toca às práticas abusivas<sup>40</sup>, a nova versão afasta-se da jurisprudência do TJUE - *sole purpose* (única finalidade)<sup>41</sup>, e vai ao encontro do já previsto na DSMA, que por sua vez se baseou no PPT da OCDE<sup>42</sup>. Consequentemente, é menos restrita, retirando margem de manobra aos contribuintes<sup>43</sup>.

Relativamente ao elemento objetivo da nova CGAA – a obtenção da vantagem fiscal frustra “o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” – este continua na linha da jurisprudência do TJUE<sup>44</sup>.

A inclusão do teste da natureza do negócio trouxe controvérsia, pois denotamos uma alteração da terminologia utilizada por esta diretiva – teste da genuinidade, ao passo que o TJUE vinha falando em teste dos expedientes puramente artificiais<sup>45</sup>. Relativamente a esta modificação, a CE refere que a CGAA proposta “visa refletir os testes de artificialidade do TJUE quando estes são aplicados no interior da União”<sup>46</sup>. Com este argumento somos levados a pensar que há uma intenção de “colar” esta CGAA à jurisprudência do TJUE com o objetivo de provar que continua a ser respeitado o princípio da proporcionalidade não suscitando, por isso, restrições às liberdades fundamentais do DUE (liberdades que devem sempre ser respeitadas em qualquer circunstância)<sup>47</sup>. Por forma a não haver dúvidas, nem criar riscos de parecer que a

---

<sup>39</sup> Sublinhado nosso.

<sup>40</sup> Broe & Beckers, 2017, p.141

<sup>41</sup> Ac. Halifax, C-255/02, 69; Conclusões do advogado-geral sobre o Ac. Halifax, 70-72

<sup>42</sup> Rigaut, 2016, p.502

<sup>43</sup> Esta situação de aproximação entre o PPT e a CGAA da ATAD 1 poderá ser importante para resolver os antigos problemas de incompatibilidade entre o DUE e as CDT.

<sup>44</sup> Ac. Emsland-Starke, C-110/99, 52

<sup>45</sup> Ac. Cadbury Schweppes, C-196/04, 51 e 55

<sup>46</sup> Comissão Europeia (2016), *Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno*. Bruxelas, p.9.

<sup>47</sup> Helminem, 2019, p.278

jurisprudência do TJUE sai desacreditada, a solução adequada teria sido a conciliação das duas terminologias.

O n.º 2 do já mencionado artº 6º explica que uma montagem ou série de montagens não será genuína quando “não seja posta em prática por razões economicamente válidas que reflitam realidade económica”. Com esta explicação, o nosso argumento suprarreferido ganha ainda mais força, pois a expressão “realidade económica” já tinha sido associada ao teste dos expedientes puramente artificiais na jurisprudência do TJUE<sup>48</sup>. Apesar de não serem termos completamente novos<sup>49</sup>, poderão suscitar algumas dúvidas levando, em última instância, a uma retração na aplicação desta figura.

Apesar de todas as alterações, parece poder afirmar-se que se mantém a afirmação do princípio da liberdade de iniciativa e confiança empresarial, ou seja, o contribuinte tem o direito de optar por uma estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para a sua atividade comercial, o que já era reconhecido na jurisprudência do TJUE<sup>50</sup>.

Como última consideração, a presença do teste da genuinidade consubstancia uma maior justiça na aplicação desta figura, uma vez que se restringe apenas aos casos em que o propósito base não é aceitável. Assim, em esquemas com alguma substância comercial, só será aplicada esta norma até ao limite da artificialidade dos mesmos<sup>51</sup>. Contrariamente, a não consagração do referido teste na versão da OCDE, torna a sua aplicação mais abrangente podendo, em teoria, abarcar situações que, razoavelmente, não deveriam ser abarcadas pela mesma<sup>52</sup>.

Por forma a concluir a análise à CGAA europeia, resta-nos abordar a consequência da aplicação da mesma: de acordo com o artº 6º, n.º 3 da diretiva, “Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional”.

Contrariamente ao previsto no PPT, cuja aplicação apenas origina a não atribuição do benefício fiscal das CDT, a CGAA da ATAD 1 vai mais longe, e permite a

---

<sup>48</sup> Ac. Cadbury Schweppes, C-196/04, 55; Ac. Equiom e Enka, C-6/16, 30

<sup>49</sup> O conceito “razões comerciais válidas” foi originalmente utilizado na Diretiva fusões, cisões e outras operações de reestruturação empresarial. Cf. Dourado, 2017, p.131

<sup>50</sup> Segundo a jurisprudência do TJUE (Ac. Halifax, Ac. Cadbury Schweppes, Ac. N Luxembourg 1 mais recentemente, entre outros), ficou estabelecido que o exercício de liberdades fundamentais com a intenção de beneficiar de um regime fiscal mais favorável não constitui por si só um comportamento abusivo. É necessário que as autoridades competentes provem que houve recurso a atos puramente artificiais para contornar a legislação aplicável em situação normal; Cf. Lazarov & Govind, 2019, p.856 e Fazendeiro, 2015, pp.7 e 8.

<sup>51</sup> Pietro, 2020, p.88

<sup>52</sup> Cuoco, 2019, p.878

recharacterização ou requalificação do ato pela lei nacional<sup>53</sup>, sendo este o único ponto onde existe discricionariedade para os EM. Esta possibilidade já tinha sido anteriormente prevista pelo TJUE no Ac. Halifax<sup>54</sup>, embora no âmbito de um imposto face ao qual existia harmonização (IVA). A novidade ao nível dos impostos diretos poderá trazer (pelo menos numa fase inicial) alguns problemas de eficácia.

---

<sup>53</sup> Navarro, 2016, p.125

<sup>54</sup> Ac. Halifax, C-255/02, 91 e 94

## II. CGAA no plano nacional

Já mencionamos que a CGAA foi introduzida pela primeira vez no ordenamento jurídico português no ano de 1998. Todavia, foi com a Lei nº 30-G/2000, de 29 de dezembro que esta figura provocou um maior impacto, visto que até então a sua aplicação era nula, dados os problemas referidos infra. Apesar de a técnica ser diferente, esta norma nacional, atualmente prevista no artº 38º, n.º 2 LGT, teve como inspiração o § 42 da *Abgabenordnung*, a lei geral tributária alemã.

Foi inserida no ordenamento jurídico português para fazer face à elisão fiscal, apontada pela doutrina e jurisprudência nacional como uma das três formas de minimizar a carga fiscal<sup>55</sup>, que se caracteriza pela prática de comportamentos *extra legem* por parte do contribuinte.

A plasticidade do contribuinte aos vários obstáculos que o legislador vai colocando ao nível fiscal é enorme e, em regra, desacompanhada de uma rápida e pronta evolução na legislação fiscal capaz de lhe fazer frente. Sem uma CGAA capaz de abarcar um sem-número de situações não previstas nas cláusulas anti abuso específicas, estaríamos na presença de um “jogo do gato e do rato”, na conhecida expressão de Casalta Nabais<sup>56</sup>.

Não descurando um certo grau de incerteza e indeterminabilidade característico da CGAA, esta tem de incorporar uma garantia adicional de segurança e certeza jurídica. Atualmente, para além de prever alguns critérios para orientação do intérprete, constitui uma garantia de estabilidade e de coerência do sistema fiscal português, pois “ao definir um limite para a liberdade de conformação do sujeito passivo, [a CGAA] consagrou simultaneamente o seu direito a uma atuação com tutela jurídica dentro desses limites”<sup>57</sup>. Daí a sua elevada importância.

---

<sup>55</sup> A doutrina identifica três formas de minimizar o imposto a pagar, as quais não devem ser confundidas: (1) gestão ou planeamento fiscal – *intra legem*, método totalmente lícito, algumas vezes até querido pelo legislador, ou é atribuído ao contribuinte o direito de optar pela via fiscalmente menos onerosa, desde que dentro dos limites legais, e nunca com pretensões fraudulentas; (2) elisão fiscal – *extra legem*, caracterizada no texto desta dissertação a título introdutório; (3) fraude fiscal – *contra legem*, em causa está a prática de atos ou negócios ilícitos, que são diretamente contrários à lei, e de que são exemplo a não entrega de impostos, alteração ou ocultação de factos que devam constar da contabilidade ou obtenção de reembolsos fiscais indevidos. Para Joaquim Freitas Rocha, a ilicitude é um critério importante na distinção destes três conceitos, atribuindo ilicitude acentuada à fraude fiscal, ilicitude moderada à elisão fiscal e licitude ao planeamento fiscal que não recorre a práticas abusivas. Rocha, 2012, p.12; Ac. TCA Sul n.º 04255/10

<sup>56</sup> Nabais, 2012, p.213

<sup>57</sup> Sanches, 2007, p.159

Para a sua aplicação, o legislador prevê o recurso a um procedimento próprio, previsto no artº 63º CPPT, cuja tramitação assegura importantes garantias ao contribuinte<sup>58</sup>. Tendo a AT o ónus da prova, cabe a esta demonstrar o preenchimento de cada um dos elementos que compõem a CGAA não havendo, por isso, lugar a “suposições” ou presunções legais. O legislador faz depender a aplicação desta norma da audiência prévia do contribuinte, no prazo de trinta dias contados da notificação do projeto de decisão, podendo neste período, apresentar toda a prova conveniente, bem como de um procedimento de inspeção tributária ao beneficiário do rendimento e substituto tributário, se for esse o caso.

No entanto, com a alteração legislativa que configura o novo regime, é eliminado da letra da lei o prazo de três anos que a AT tinha para iniciar este procedimento, o que representa uma quebra na segurança para o contribuinte, pois este nunca estará a salvo de ver a CGAA ser-lhe aplicada (na nossa opinião, em articulação com os limites impostos pelas regras da caducidade do direito à liquidação e da prescrição).

A análise no plano interno será feita com referência aos princípios basilares da CGAA e à comparação entre o anterior e o novo regime desta figura, objeto central desta dissertação.

## **1. Princípios subjacentes à CGAA**

Num Estado de Direito, há princípios e pilares que balizam e em que assenta a CGAA.

O artº 103º, n.º 1 CRP, prevê o princípio do estado social<sup>59</sup> que impõe ao sistema fiscal a satisfação das necessidades financeiras do Estado e entidades públicas, a promoção da justiça social e a garantia de uma distribuição equitativa de rendimentos e riqueza. Fenómenos como a elisão fiscal diminuem significativamente a receita fiscal do país, comprometendo este princípio<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Nabais, 2012, pp.215-216

<sup>59</sup> Nabais, 2012, pp.163-164

<sup>60</sup> A importância deste princípio no contexto de um Estado de Direito motivou a evolução de várias doutrinas fiscais anti abuso: primazia da substância sobre a forma (*substance over form*), substância económica do negócio (*economic substance*), teste do objetivo principal (PPT), transação por passos (*step-by-step transaction*) ou a transação farsa (*sham transaction*). Vide CAAD, Processo n.º 162/2017-T, p. 5

Estando a CGAA consagrada numa norma fiscal, impende sobre ela o respeito pelo princípio da legalidade fiscal, consagrado nos artº 103º, n.º 2, e 165º, n.º 1, alínea i), CRP. No seu entendimento clássico, reflete a expressão anglo-saxónica “*no taxation without representation*”, i.e., este princípio regula as formas de produção de normas jurídicas em matéria fiscal, atribuindo à Assembleia da República competência exclusiva para aprovação de leis fiscais, regulação dos elementos essenciais dos impostos<sup>61</sup>.

Este princípio é de tal maneira importante para o Direito Fiscal que justifica uma dimensão extensiva, uma exigência garantística de densificação através do princípio da tipicidade, assegurando assim o cumprimento da mesma. Este princípio garante que apenas são tributáveis os factos que estão por lei sujeitos a isso mesmo, de uma forma tão determinada e precisa que aos órgãos administrativos e intérpretes não é deixado espaço para introduzir critérios subjetivos na sua aplicação.

A legalidade e a tipicidade dão às normas fiscais essenciais a previsibilidade de que elas necessitam, o que permite ao contribuinte ter a certeza da natureza (lícita ou ilícita) do facto ou conduta que está a praticar, assegurando a racionalidade das condutas por eles levadas a cabo. É a tradução do princípio da segurança e certeza jurídica no Direito Fiscal.

A análise destes princípios permite antever o risco de erosão de garantias gerado pela CGAA, dada a sua natureza e características. Vejamos porquê.

Sabemos que o âmbito de aplicação da CGAA é propositadamente abrangente de modo a fazer face às infíndas formas de manipulação e planeamento fiscal postas em prática pelo contribuinte, e que não são devidamente atingidas pelas normas anti abuso específicas. Por conseguinte, “uma adesão estrita ao formalismo jurídico-fiscal é absolutamente irrealista e quixotesca”<sup>62</sup>. O facto de esta norma empregar expressões textuais vagas e indeterminadas, que carecem de uma posterior interpretação pelo aplicador, servem o propósito de incentivar o devido pagamento de impostos, e desincentivar o recurso a práticas elisivas.

A CGAA comporta um desvio no plano garantístico máximo implícito na visão tradicional do princípio da tipicidade (que repele uma tributação baseada em cláusulas gerais). Afeta também o patamar de proteção inerente ao princípio da segurança e certeza jurídica, pois a sua baixa previsibilidade associada ao facto de nela não se encontrarem

---

<sup>61</sup> Sanches, 2007, p.116; Nabais, 2012, pp.141-150

<sup>62</sup> CAAD, Processo n.º 162/2017-T, p.6

previstas todas as situações que podem desencadear a sua aplicação, provocam diminuição do limiar garantístico do próprio sistema.

Mas o desvio não é total, pois as normas fiscais são comumente conhecidas pela sua constante, por vezes impactante, e necessária alteração. Na tensão entre justiça e segurança, esta figura apesar de usar de menor intensidade na densificação normativa própria do Direito Fiscal, assegura um nível razoável de segurança e certeza ao contribuinte na sua atuação.

Podemos concluir que o legislador nacional, com a consagração desta CGAA, vem optar pela prevalência do combate à elisão fiscal como forma de garantir bens constitucionalmente protegidos, como a preservação da base tributária, a “distribuição justa dos encargos tributários que deve acompanhar a criação da norma fiscal”<sup>63</sup>, em detrimento da segurança e certeza jurídica garantidas ao contribuinte pelas exigências dos princípios da legalidade e tipicidade. A CGAA encontra-se, assim, no centro de uma tensão do binómio justiça/segurança jurídica. Veremos se o novo regime traz novidades a este nível.

## **2. Estrutura da CGAA portuguesa**

Iremos agora proceder à desconstrução da CGAA seguindo o modelo do autor Gustavo Courinha, que tem vindo a ser amplamente adotado pela jurisprudência dos tribunais portugueses<sup>64</sup>.

Segundo este, a CGAA é constituída por quatro elementos, que compõem a provisão da norma e são de verificação cumulativa: (1) o elemento meio, que constitui a forma utilizada pelo contribuinte; (2) o elemento resultado, correspondendo à vantagem fiscal obtida; (3) elemento intelectual, que diz respeito à intenção do contribuinte; (4) elemento normativo, quanto à reprovação pelo espírito da norma da vantagem obtida. A

---

<sup>63</sup> Sanches, 2006, p.168

<sup>64</sup> Contrariamente a Courinha, Sérgio Vasques defende que a CGAA é aplicada se: for praticado um ato artificialmente fraudulento, com abuso das formas jurídicas, ocultando o seu verdadeiro propósito, e utilizado anormalmente; o objetivo único e principal for obter uma vantagem fiscal, segregando o objetivo económico real; resultar da lei a intenção clara de tributar aquele ato económico, nos exatos termos se o contribuinte não tivesse recorrido à forma abusiva. Também Saldanha Sanches considera três elementos diferentes: recurso a ato artificialmente fraudulento; verificando-se abuso das formas jurídicas; que tenha a intenção de reduzir a carga fiscal. Vasques, 2019, pp.375-376; Sanches, 2006, p.170.

estes acresce um quinto, o elemento sancionatório, estabelecido na estatuição da norma, que apenas se verificará se os anteriores estiverem todos preenchidos<sup>65</sup>.

A atual CGAA encontra-se prevista no artº 38º, n.º 2 LGT nos seguintes termos:

*2. As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.*

Esta disposição normativa, tal como suprarreferido, resulta da alteração trazida pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, que transpõe a diretiva ATAD 1, e será analisada mediante comparação com o regime anterior.

## **2.1. Regime vigente antes da transposição da ATAD 1: LA**

A Reforma Fiscal de 2000 e a Lei nº 30-G/2000, de 29 de dezembro, trouxeram o regime da CGAA que vigorou até à transposição a ATAD 1. A reforma deveu-se, essencialmente, às críticas da versão anterior, pois era demasiado ampla sacrificando, assim, valores e princípios nos quais o sistema fiscal assenta, nomeadamente o princípio da legalidade, segurança jurídica e da proteção da confiança. Não permitia que fosse efetuada uma clara distinção entre planeamento fiscal ilícito e lícito.

A alteração trazida pela Reforma de 2000 veio melhorar a formulação e a delimitação desta figura, atribuindo um maior relevo ao tipo de ato jurídico que tem de estar em causa, assim como à intenção do contribuinte que o pratica. Ato que, com a aplicação da CGAA, passou a ser ineficaz para efeitos fiscais, continuando válido para o Direito Civil.

A CGAA consagrada no artº 38º, n.º 2 LGT (como hoje), na versão vigente a partir da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro previa o seguinte:

*2. São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que*

---

<sup>65</sup> Courinha, 2004, p.165

*seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem a utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.*

Iremos, então, proceder agora à análise pormenorizada dos cinco elementos que compõem a estrutura da CGAA no regime anterior.

### **2.1.1. Elemento meio**

O elemento meio diz respeito aos atos ou negócios jurídicos a que o contribuinte recorre para obter uma vantagem fiscal indevida.

Relativamente à noção de ato, esta é propositadamente ampla pois, constituindo a CGAA uma “válvula de escape” do sistema fiscal, só assim consegue abranger qualquer comportamento do contribuinte que possa conduzir à sua aplicação.

Apesar de o legislador nada referir, a doutrina, bem como a jurisprudência dos tribunais portugueses<sup>66</sup>, entendem que em causa tanto pode estar um ato isolado como um conjunto de atos, formando uma estrutura<sup>67</sup>. Para aprofundar esta última possibilidade, recorreremos à *step transaction doctrine* – doutrina anglo-saxónica caracterizada pelas *step-by-step transactions*, i.e., atos jurídicos que formam uma estrutura indivisível, estão coordenados entre si, verificando-se quando, na sequência do primeiro passo, o passo seguinte já se encontrava previamente planeado, existindo lógica no seu surgimento uma vez que o completa<sup>68</sup>. Tal sucede mesmo que os atos praticados sejam temporalmente distantes, pois o que aqui importa demonstrar é que a elisão fiscal apenas se dá com a unidade dos atos determinados com antecedência.

O recurso a esta doutrina constitui uma mais valia para conectar atos isolados que, sendo aparentemente inofensivos, compõem um esquema abusivo.

Só merecem censura os atos praticados de forma livre e consciente pelo contribuinte, e face aos quais ele usou de liberdade de conformação no âmbito da sua

---

<sup>66</sup> Vide, por exemplo, o Ac. TCA Sul n.º 04255/10, Ac. TCA Norte, n.º 00917/13.3BECBR, e as Decisões Arbitrais n.º 317/2019-T ou n.º 184/2014-T.

<sup>67</sup> Courinha, 2004, pp. 166-167

<sup>68</sup> Cardoso (org), 2018, p.93

autonomia privada, i.e., o contribuinte poderia optar pela prática de atos lícitos, mas de forma consciente, optou por aqueles que constituem uma forma de planeamento fiscal ilícito. Pelo contrário, são desconsiderados para efeitos da CGAA, os atos jurídicos praticados pelo contribuinte e face aos quais esta liberdade não exista.

Posto isto, torna-se relevante esclarecer em que situações é que os atos jurídicos constituem “meios artificiosos e fraudulentos”. Nas palavras de Saldanha Sanches, um ato jurídico será artificioso “quando a sua utilização só puder ser explicada por razões de natureza fiscal”<sup>69</sup>, recorrendo ao abuso das formas jurídicas. Para o autor, a intenção fraudulenta é apurada mediante o recurso a este tipo de atos. De notar que o termo “artificiosos” tem origem no já referido teste dos expedientes puramente artificiais, que decorre da jurisprudência do TJUE<sup>70</sup>.

De modo a verificar se estamos, ou não, perante um ato jurídico deste tipo, é necessário efetuar uma comparação entre os atos jurídicos que respeitam os trâmites normais, considerados mais usuais, vocacionados para um fim económico (ou extrafiscal), e as denominadas *tax driven operations*, i.e., os que se encontram direcionados apenas para a obtenção de uma vantagem fiscal<sup>71</sup>.

Não existindo umnexo causal entre a forma do ato escolhida e o fim que ele visa, i.e., se apenas conseguirmos explicar a razão do ato jurídico com a obtenção da vantagem fiscal, o elemento meio estará preenchido. Pelo contrário, se não for possível esta comparação, pelo facto de o contribuinte não ter a liberdade supramencionada, estaremos fora do âmbito de aplicação da CGAA.

### 2.1.2. Elemento resultado

O conceito de vantagem fiscal subjacente ao regime em análise é amplo<sup>72</sup>, uma vez que o legislador inclui os casos mais recorrentes, especificando-os – “redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos” – mas inclui também os residuais que, pelo resultado obtido, mereçam igual classificação.

Para efeitos da CGAA, estaremos perante uma vantagem fiscal quando, mediante a “comparação entre os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação

---

<sup>69</sup> Sanches, 2006, p.171

<sup>70</sup> Análise detalhada no ponto “CGAA no contexto europeu”.

<sup>71</sup> Courinha, 2004, p.170

<sup>72</sup> Courinha, 2004, p.171

produzida”<sup>73</sup> se verifica uma diminuição da carga fiscal, i.e., em situação normal, o encargo fiscal a suportar pelo contribuinte seria superior.

A lei utiliza ainda a expressão “negócios jurídicos de idêntico fim económico”, conceito que nos cabe esclarecer. Consideramos esta expressão como uma exigência extra por parte da lei, com a finalidade de que o confronto entre os ónus fiscais acima referido, tenha na sua base uma comparação entre os fins económicos do negócio jurídico utilizado/escolhido pelo contribuinte e os do “negócio jurídico normal”<sup>74</sup> (aquele que não é posto em prática por razões fiscais). Nas palavras de Courinha, haverá equivalência dos fins económicos entre o primeiro e o segundo negócio “quando aqueles se possam substituir nos efeitos destes”<sup>75</sup>. A equivalência é verificada com recurso à análise das obrigações e direitos decorrentes de ambos os negócios.

Se através deste processo ficar demonstrado que existe equivalência entre os fins económicos, mas não existe correspondência nos efeitos tributários, sendo o escolhido pelo contribuinte mais benéfico a esse nível, consideramos o elemento resultado preenchido. Em causa está um negócio censurável pelo ordenamento jurídico fiscal, pois é perceptível que o contribuinte quis, através da sua atuação, “alcançar um resultado que em condições normais seria tributado”<sup>76</sup> (ou mais tributado ou tributado em momento diferente).

### **2.1.3. Elemento intelectual**

Com este requisito, cabe à AT demonstrar que as escolhas do contribuinte têm como essencial ou principal motivação um fim fiscal<sup>77</sup>, secundarizando o fim económico.

É importante ressaltar que, para a verificação deste requisito, ao contribuinte é apenas exigida a consciência (capacidade de entendimento) que a prática de certos atos vai gerar determinado resultado ilícito, contrário ao fim da norma, não sendo exigido que saiba qual a teleologia da norma em causa.

---

<sup>73</sup> Courinha, 2004, p.172

<sup>74</sup> Sanches, 2006, p.174

<sup>75</sup> Courinha, 2004, p.174

<sup>76</sup> Processo n.º 165/2019, p.16

<sup>77</sup> Expressão em consonância com a jurisprudência do TJUE. Cf. ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

Posto isto, como irá a AT demonstrar o preenchimento deste pressuposto? Pois, é sabido que, em qualquer ramo do Direito, é quase impossível fixar critérios para avaliar o nexó psicológico.

Quanto à atuação da AT, o legislador português adotou a conceção objetiva (em detrimento da conceção subjetiva<sup>78</sup>), como resulta do (recentemente modificado) artº 63º, n.º 3, alínea b) CPPT<sup>79</sup>. Assim, como em outros domínios do Direito em que o juízo de censura é pressuposto de uma determinada estatuição, a AT poderá recorrer a elementos de prova que lhe permitam concluir se o contribuinte tinha, ou não, uma marcada motivação fiscal na sua atuação, com o devido respeito pelos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade<sup>80</sup>.

Todavia, a AT tem à sua disposição um critério razoável e seguro. Como nos transmite Saldanha Sanches, recorrendo à jurisprudência francesa, é possível definir uma margem de atuação do contribuinte, dentro daquilo que é denominado de *gestão normal* dos seus negócios, por contraposição à *gestão anormal*<sup>81</sup>. Sendo que a *gestão normal* se refere à atuação do contribuinte que tem como pano de fundo uma razão económica, comercial legítima e, pelo contrário, será *anormal* quando o motivo da sua escolha é a poupança fiscal, oposto ao que a lei pretende. Sem se imiscuir na gestão das sociedades comerciais, a AT através deste critério consegue determinar quando é que a intenção do contribuinte é principal ou essencialmente fiscal.

A conduta do contribuinte terá, assim, de sobreviver ao *business purpose test* – expressão utilizada pelos tribunais norte-americanos, i.e., o contribuinte poderá ter de evidenciar que, por de trás da operação que escolheu, está uma razão comercial válida, especialmente quando a via adotada é pouco comum<sup>82</sup>.

É, portanto, possível constatar que “o constante balanço entre a motivação não fiscal/motivação fiscal será a chave do *elemento subjetivo*”<sup>83</sup> (ou intelectual).

Atendendo a toda a análise efetuada, é-nos possível retirar duas conclusões importantes. Primeiramente, factos como o recurso a estruturas demasiado complexas e

---

<sup>78</sup> De acordo com a conceção subjetiva, a AT teria de comprovar a motivação do contribuinte sem o recurso a elementos objetivos, presuntivos ou indiciários. Contudo, as suas limitações mostram que não seria a conceção mais adequada para auxiliar a AT na aplicação da CGAA pois, exceto nos casos em que o contribuinte demonstrasse claramente que a sua intenção psicológica era exclusivamente orientada pelo motivo fiscal, esta figura nunca seria aplicável por falta de preenchimento do requisito intelectual.

<sup>79</sup> Posição reconhecida na Decisão Arbitral n.º 156/2019-T, p.15

<sup>80</sup> Courinha, 2004, pp.181-183

<sup>81</sup> Sanches, 2007, p.161

<sup>82</sup> Sanches, 2006, p.176

<sup>83</sup> Courinha, 2004, p.183

pouco frequentes, sem a verificação do já mencionado nexos causal entre a estrutura e o fim legítimo alegadamente pretendido, juntamente com a secundarização dos efeitos económicos face aos efeitos fiscais, torna menos difícil a tarefa da AT em comprovar que a motivação do contribuinte era fiscal. Daí a importante interligação entre os diferentes elementos da CGAA<sup>84</sup>. E, em segundo lugar, referir que o elemento intelectual constitui uma “fonte adicional de segurança jurídica”<sup>85</sup>, uma vez que permite a distinção entre os comportamentos elisivos e os que são fundamentalmente motivados por razões económicas. De facto, não nos podemos esquecer dos ensinamentos do Ac. Cadbury Schweppes<sup>86</sup> – o contribuinte, no âmbito da sua liberdade de atuação, pode escolher a forma jurídica que entender mais adequada para o seu negócio, não estando adstrito a optar pela via fiscalmente mais onerosa. Apesar de a ordem jurídica tutelar esta liberdade de gestão fiscal<sup>87</sup>, o contribuinte encontrará o seu limite no recurso a meios abusivos<sup>88</sup>. Caberá então à AT distinguir entre estes dois tipos de condutas, recorrendo aos poderes que lhe são atribuídos.

#### 2.1.4. Elemento normativo

O elemento normativo não encontra consagração expressa na CGAA, daí ser considerado uma *questão de direito*. Mas tal não implica que o mesmo deva ser afastado *ad initio*, pois é defendido por muitos dos autores que abordam esta figura.

Não descurando o papel essencial de interpretar a norma tributária em crise, de acordo com os cânones gerais dados pelo artº 9º CC *ex vi* artº 11º, n.º 1 LGT<sup>89</sup>, pretende-se neste elemento ir mais além e apurar o espírito da mesma.

---

<sup>84</sup> Courinha, 2004, p.185

<sup>85</sup> Sanches, 2007, p.161

<sup>86</sup> Ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>87</sup> Cf. artigos 61º, 80º alínea c) e 86º CRP

<sup>88</sup> Vasques, 2019, p.374

<sup>89</sup> Sinteticamente, consideramos que são duas as doutrinas essenciais para compreender os elementos da CGAA. A fraude à lei está originalmente consagrada no Direito Civil (artº 21º, 281º e 330º CC) e, autores como Saldanha Sanches defendem que a CGAA foi incluída no sistema fiscal português para combater situações idênticas às que caracterizam esta doutrina. Analisemos as semelhanças entre ambas: em causa está a prática de atos abusivos com o propósito de alterar a situação factual, e com isso evitar a norma desfavorável; em causa está o desrespeito pelo espírito da norma e não a violação direta da mesma pelo ato praticado; a resposta à prática abusiva consiste na desconsideração dos efeitos jurídicos produzidos; são excluídas do seu âmbito de aplicação situações em que a vantagem obtida é tolerada, ou até desejada. Vide Processo n.º 47/2019-T, p.4 e Sanches, 2007, pp.154-157. Por fim, a doutrina do abuso das formas jurídicas. Segundo Courinha, estaremos perante uma situação de abuso de formas legais (a combater por esta doutrina) quando, cumulativamente, estão preenchidos dois requisitos: (1) recurso pelo contribuinte a

O espírito da lei pode ser apurado por referência ao elemento histórico de interpretação, com recurso a documentos inerentes à elaboração da lei, não devendo em caso algum o intérprete prescindir dos dados fornecidos pelo elemento teleológico, a razão de ser da norma, e pelo elemento sistemático; atendendo aos princípios constitucionais e ponderando as especificidades do setor tributário a que a vantagem diz respeito<sup>90</sup>.

Por conseguinte, segundo Courinha, o elemento normativo vem “auxiliar no enquadramento da norma fiscal numa perspetiva não literal, com vista à obtenção de soluções sistemáticas e teleologicamente consideradas”<sup>91</sup>.

À AT, enquanto intérprete, cabe demonstrar que, apesar de a letra da lei aparentemente permitir o ato jurídico praticado pelo contribuinte, o mesmo repugna ao espírito da lei.

Para que este elemento possa estar preenchido, tem de ser “clara e inequívoca a intenção do legislador de tributar” as operações postas em prática pelo contribuinte. Isto é, a AT só poderá utilizar a aplicação da CGAA com todas as consequências que daí resultam, se decorrer da norma defraudada uma evidente intenção de tributar. Só assim se poderá “censurar” o contribuinte, uma vez que ele terá oportunidade de entender o porquê da atuação da AT<sup>92</sup>. Pelo contrário, este elemento não estará preenchido quando o contribuinte tira proveito de casos em que “o legislador, por incúria ou falta de coragem política, deixou que se multiplicassem as situações (...) de não tributação de certos tipos de negócios jurídicos”<sup>93</sup>.

A análise deste elemento torna evidente a importância que ele tem para uma figura como a CGAA, pois permite que não caiam no seu âmbito de aplicação casos de planeamento fiscal lícito representando, por isso, maior segurança jurídica para o contribuinte. É, portanto, um elemento que demonstra que a CGAA não é um simples instrumento de arrecadação de receita sem critérios.

---

esquemas demasiado complexos para o fim alegadamente desejado por este, e com um resultado extrafiscal idêntico ao dito ato normal e tributável; (2) obtenção de um resultado fraudulento para o ordenamento jurídico. Para este autor, a influência desta doutrina na CGAA é vista como uma “consideração de bom senso”, levando à aplicação da mesma apenas nos casos onde as anomalias evidentes se devem à obtenção da vantagem fiscal indevida havendo, por isso, abuso das formas legais. Vide Courinha, 2004, pp. 152-161.

<sup>90</sup> Courinha, 2004, pp.190-196

<sup>91</sup> Courinha, 2004, p.189

<sup>92</sup> Sanches, 2006, p.174

<sup>93</sup> Sanches, 2006, p.182

### 2.1.5. Elemento sancionatório

O elemento sancionatório decorre da estatuição da CGAA. Assim, estando preenchidos os quatro requisitos já abordados, haverá aplicação desta figura, resultando as consequências jurídicas aí previstas.

Para dar execução à consequência jurídica da CGAA, a AT terá de desconsiderar os atos jurídicos praticados pelo contribuinte, o que fará com que os mesmos deixem de produzir efeitos fiscais, sendo que os demais efeitos continuar-se-ão a produzir em condições normais. Com o ato ineficaz, cabe à AT, em primeiro lugar, negar as vantagens fiscais indevidamente obtidas e, em segundo lugar proceder a uma reconstrução<sup>94</sup>, mediante a substituição dos atos abusivos pelos atos jurídicos de idêntico fim económico e tributáveis, que teriam sido praticados em situação normal. Excecionalmente, tal não acontecerá quanto aos atos abusivos em que a reconstrução não é possível, sendo suficiente a desconsideração dos mesmos – atos de natureza circular<sup>95</sup>.

Percebemos, assim, que o objetivo desta consequência jurídica é atribuir à AT “o poder de reescrever a transação abusiva e liquidar os impostos que serviam devidos se a mesma nunca tivesse ocorrido”<sup>96</sup>. A reconstrução dos atos vai implicar a tributação somente na medida do correspondente ao que seria normal, uma vez que a vantagem fiscal foi negada.

De referir ainda que na maior parte das situações, o elemento sancionatório mais não é do que uma desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, instrumentalizada para a obtenção de fins estranhos ao seu objeto social, em regra abusivos. Deste modo, é levantado o “véu jurídico” para responsabilizar os autores dos atos censuráveis à luz do ordenamento jurídico<sup>97</sup> que, no caso do Direito Fiscal e da CGAA corresponde aos sujeitos passivos que detém a referida pessoa coletiva<sup>98</sup>.

Em jeito de conclusão, referimos dois apontamentos importantes sobre esta sanção prevista pela CGAA. Primeiramente, a aplicação da CGAA apenas irá desconsiderar os

---

<sup>94</sup> Esta consequência da CGAA portuguesa encontra-se em consonância com a recharacterização do ato abusivo prevista na jurisprudência do TJUE, nomeadamente no Ac. Halifax. Vide análise do ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>95</sup> Atos que, mesmo eliminando os seus efeitos não fiscais, se produzem os efeitos fiscais. Vide Courinha, 2004, p. 200.

<sup>96</sup> CAAD, Processo n.º 162/2017-T, p.7

<sup>97</sup> Ac. STJ 919/15.4T8PNF.P1.S1, de 07/11/2017

<sup>98</sup> Huber, 2019, pp.80-90

atos jurídicos que efetivamente concretizaram a obtenção da vantagem fiscal indevida<sup>99</sup>. Em segundo lugar, as consequências fiscais irão abranger tão só os contribuintes que atuaram de forma livre e consciente, com uma motivação principal ou essencialmente fiscal. Na ótica de Courinha “a extensão dos efeitos fiscais a outros contribuintes (...) não pode deixar de conduzir a injustiças e a situações de desnecessária complexidade, que urge evitar”<sup>100</sup>.

## 2.2. A CGAA e a jurisprudência

Resulta de toda a análise que foi feita até ao momento que a CGAA é, de facto, uma figura muito complexa e, associada à sua aplicação, está o elevado risco de violação de princípios constitucionais base do Direito Fiscal. O que poderá justificar que a mesma seja raramente aplicada pela AT e, conseqüentemente, pouco discutida nos tribunais portugueses.

Contudo, face a toda a jurisprudência que analisamos no âmbito deste tema, é visível um maior recurso, por parte do contribuinte, aos Tribunais Arbitrais face aos Tribunais Judiciais. Qual será a justificação?

Analisado o elemento sancionatório da CGAA, sabemos que uma das consequências da sua aplicação é a reestruturação dos atos jurídicos praticados pelo contribuinte, o que implica muitas vezes a emissão, pela AT, de uma liquidação adicional ao nível de impostos como o IRC e IRS, capazes de afetar a subsistência de quem delas é alvo.

Perante tais efeitos, a arbitragem tributária torna-se uma boa opção para o contribuinte “afetado” pois, para além de ser caracterizada por um menor rigor formal<sup>101</sup> que tende a levar a decisões mais céleres, é possível a nomeação de um árbitro licenciado em Economia ou Gestão quando se tratam de complexas questões contabilísticas<sup>102</sup> –

---

<sup>99</sup> Em consonância com o TJUE pois, segundo este, são penalizados os atos até ao limite da sua artificialidade. Cf. ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>100</sup> Courinha, 2004, p.202

<sup>101</sup> Morais, 2012, p.391

<sup>102</sup> Vide artº 7º, n.º 3 Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária

bastante recorrente visto que, muitas vezes a CGAA é aplicada a estruturas complexas de atos elisivos.

Relativamente ao âmbito geral de aplicação da CGAA, destacamos a Decisão Arbitral n.º 184/2014-T, pela relevante chamada de atenção que faz para o carácter excepcional desta figura. De facto, já tínhamos deixado claro que a aplicação da CGAA configura um desvio a diversos princípios constitucionais, daí só pode ser empregue em situações de clara elisão do ordenamento jurídico. Este acórdão mostra-se, ainda, importante para percebermos qual o papel do intérprete. Segundo este, ao intérprete não cabe fazer juízos de valor sobre a economia fiscal pretendida. Não lhe é deixado qualquer espaço para uma interpretação extensiva face aquela “que decorre do próprio texto legal, mesmo sob o pretexto de realização de justiça material no caso concreto”<sup>103</sup>. Apenas lhe caberá demonstrar criteriosamente se todos os elementos da CGAA estão preenchidos<sup>104</sup>.

Já o Ac. TCA Sul n.º 04255/10, de 15/02/2011 não só elucida as situações que geram a aplicação da CGAA, como realça a necessidade da sua aplicação casuística, ou seja, esta só poderá ser aplicada depois de devidamente justificada pelas circunstâncias de facto que possam ser dadas como provadas<sup>105</sup>.

Contudo, é na análise dos diferentes elementos que estruturam a CGAA que encontramos as maiores discrepâncias nas decisões do CAAD analisadas.

Antes de mais, e quanto ao número de elementos a serem verificados para a aplicação desta norma, encontramos decisões que seguem a posição de Vasquez, outras a doutrina de Courinha e, por fim, outras em que esta divisão não é clara, sendo a análise feita como um bloco único. A falta de uniformização no critério de aplicação da CGAA poderá gerar decisões diferentes para situações fácticas idênticas, e por vezes injustas dada o diferente grau de exigência entre os dois critérios, sendo por essa razão prejudicial para o contribuinte<sup>106</sup>.

No que toca ao elemento intelectual, é importante fazer referência à Decisão Arbitral n.º 184/2014-T pois, segundo esta, perante a impossibilidade de valorar a importância entre as razões fiscais e não fiscais, a dúvida deve aproveitar ao contribuinte e não à AT, uma vez que é esta última que tem o ónus de provar que a principal ou

---

<sup>103</sup> CAAD, processo n.º 184/2014-T, p. 22

<sup>104</sup> Argumento que foi seguido por outras decisões arbitrais, nomeadamente nas Decisões Arbitrais n.º 165/2018-T e 126/2018-T.

<sup>105</sup> Ac. TCA Sul n.º 04255/10, p.33

<sup>106</sup> Situação visível nas Decisões Arbitrais n.º 184/2014-T, 165/2018-T, 237/2018-T, 441/2018-T, 165/2019-T, 166/2019-T, e 317/2019-T.

essencial motivação é fiscal. Na nossa ótica, esta é uma nota é importante porque garante que a CGAA só será aplicada nos casos em que não haja dúvidas que está provada a motivação essencialmente fiscal do contribuinte, constituindo assim um fator de segurança jurídica para este.

Todavia, a maior discussão circunda o elemento normativo, ora vejamos.

A situação mais alarmante acontece no âmbito de casos em que havia a transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas visto que o legislador previa, expressamente, apenas a tributação em sede de IRS das mais valias resultantes da alienação de quotas, e isenção para as ações detidas há mais de doze meses<sup>107</sup>. Nesta esteira, ao analisarmos as Decisões Arbitrais n.º 47/2013-T, 131/2014-T, 123/2012-T e 124/2012-T, concluímos que existem diferentes interpretações do elemento normativo, e consequentes decisões opostas.

Por um lado, temos o intérprete que se baseia na premissa que apesar de o contribuinte ter a liberdade de escolher a forma jurídica que melhor assiste ao seu caso, este não é um direito absoluto, mas sim limitado pelo seu exercício de forma abusiva. E por essa mesma razão, encontrando-se provados os restantes elementos, o normativo é, de certo modo, secundarizado. Temos, assim, um intérprete que retifica o legislador, aplicando a CGAA nas situações em que o próprio permite que o contribuinte opte pela via fiscalmente mais vantajosa, o que só se poderia “designar de uma patologia aplicativa bipolar”<sup>108</sup>. Não podemos deixar de nos opor a esta decisão.

Por outro lado, temos o intérprete que defende a mesma posição da doutrina analisada, ou seja, não há lugar à aplicação da CGAA pelo não preenchimento do elemento normativo, quando o legislador prevê uma falta de neutralidade no tratamento das diferentes participações sociais a favor das ações, e o contribuinte aproveita esta disposição, obtendo uma vantagem fiscal. Caso contrário estaríamos a abrir espaço no ordenamento jurídico para uma “função integrativa de lacunas (...) conducente à respetiva desconformidade constitucional”<sup>109</sup>. Destaque especial para Saldanha Sanches como o primeiro autor a considerar esta situação de ausência de neutralidade fiscal como

---

<sup>107</sup> Este benefício fiscal encontrava-se previsto com a conjugação dos artigos 10º, n.º 2 e 43º, n.º 4 CIRS, entretanto revogados e com a redação alterada, respetivamente, pela Lei n.º 15/2010 de 26 de julho.

<sup>108</sup> Courinha, 2014, p.189

<sup>109</sup> Courinha, 2014, p.196. Nesta senda, apenas referir que existem autores, como Fernandes de Oliveira, que vêm a CGAA como uma espécie de figura de integração de lacunas por considerar que complementa outras normas jurídicas, alargando o seu âmbito de incidência ou diminuindo o seu campo de aplicação. Discordamos desta posição uma vez que tal possibilidade estaria a violar diretamente o princípio da legalidade previsto no artº 103º, n.º 2 CRP.

planeamento fiscal lícito<sup>110</sup>. Distinguímos, agora, o Ac. TCA Norte n.º 00917/13.3.BECBR, de 18/10/2018 pela sua recentidade, e que vem dar força a esta última posição. Considera que esta diferença propositada na tributação é a evidência que o interesse público em tributar as mais valias das ações em discussão é “conscientemente, considerado superior ao da arrecadação das receitas que a tributação podia gerar”.

Paralelamente, o CAAD tem-se debruçado sobre um esquema que surge quando os acionistas de uma sociedade anónima pretendem aproveitar a aludida isenção em sede de IRS, mas não têm comprador para a sua sociedade (contrariamente à situação acima analisada, em que existia este terceiro). Estamos a falar das Decisões Arbitrais n.º 441/2018-T, 165/2019-T e 166/2019-T.

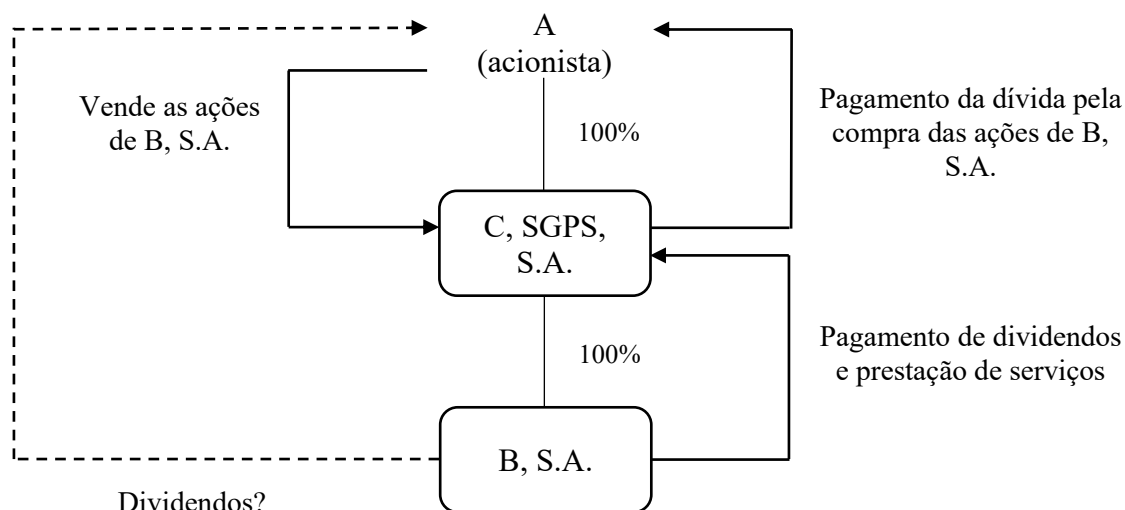


Figura 1 - Esquema constante das decisões arbitrais n.º 441/2018-T, 165/2019-T e 166/2019-T.

Atentando ao esquema percebemos que os acionistas constituíam uma SGPS com o propósito de esta comprar a sua sociedade anónima, ficando assim devedora destes. Posteriormente, a primeira recebia dinheiro da sua participada quer como pagamento de um contrato de prestações de serviços entre estas celebrado, quer como distribuição de dividendos<sup>111</sup>. Deste modo, a SGPS tinha capacidades financeiras para pagar aos seus acionistas a dívida pela compra das ações. Do ponto de vista da AT, em causa estava uma

<sup>110</sup> Sanches, 2006, p.182

<sup>111</sup> Isentos de IRC devido à figura do *participation exemption* – artº 51º CIRC.

estrutura através da qual os acionistas recebiam dividendos encapotados de pagamento da referida dívida, não existindo a devida retenção na fonte<sup>112</sup>.

Nas três decisões arbitrais mencionadas em que a factualidade é similar temos decisões diferentes e, novamente, muito por causa da divergência de posições no preenchimento do elemento normativo. Temos intérpretes que consideram este ato uma venda oportunista – planeamento fiscal lícito, e outros que julgam esta como uma situação elisiva sendo, por isso, justificável a aplicação da CGAA.

Contudo, surge-nos uma questão: nas decisões desfavoráveis ao contribuinte, cabia à sociedade interposta a entrega ao Estado dos valores não retidos, a título de substituta tributária. Mas, com a desconsideração dos atos praticados, e com a tributação de uma distribuição de dividendos, não deveria a sociedade anónima (de quem provieram os rendimentos) ser considerada substituta tributária, e estar por isso mesmo adstrita ao cumprimento da retenção na fonte? O funcionamento da estatuição em casos de retenção na fonte definitiva era algo que o regime anterior da CGAA não resolvia, veremos se o regime novo já dá uma solução.

### **2.3. Regime vigente a partir da transposição da ATAD 1: LN**

Como já mencionamos, a mais recente alteração à CGAA foi impulsionada pela transposição da ATAD 1 para o ordenamento jurídico português, o que justifica as várias semelhanças entre as duas redações.

A análise deste regime novo será feita por comparação com o regime anterior, atendendo às modificações provocadas pela Lei n.º 32/2019 nos artigos 38º, n.º 2 LGT e 63º CPPT.

---

<sup>112</sup> Constituindo os dividendos rendimentos de capitais, a entidade devedora dos mesmos está obrigada a reter na fonte a título definitivo. Tratando-se de uma substituta tributária (como é o caso), a entidade obrigada a reter na fonte os rendimentos é responsável pelas importâncias retidas e não entregues nos cofres do Estado. Vide artº 5º, n.º 2, alínea h), artº 71º, n.º 1, alínea a), artº 101º, n.º 2, alínea a), todos do CIRS, e artº 28º LGT *ex vi* artº 103º, n.º 1 CIRS (este último alterado pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro).

### 2.3.1. Elemento meio

Considera-se elemento meio “As construções ou séries de construções (...) realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”.

Quando comparamos o elemento meio no anterior e no novo regime, percebemos que as alterações são significativas.

Primeiramente, o legislador passou a prever como meio utilizado pelo contribuinte uma “construção” ao invés de “atos ou negócios jurídicos”, o que na nossa ótica se mostra favorável. A nova expressão passa-nos a ideia que abarca qualquer tipo de comportamento do contribuinte, independentemente da sua natureza. O carácter amplo já lhe é intrínseco, contrariamente ao que acontecia com a expressão anterior, cujo esforço de determinação do sentido e alcance era exigido ao intérprete.

Todavia, uma das mais importantes novidades surge com a aceitação expressa, por parte do legislador, da *step transaction doctrine*. Amplamente aceite pela doutrina, mas sem previsão na letra da lei no regime anterior, encontra-se agora prevista no artº 38º, n.º 3, alínea b), LGT que “uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte”.

Numa clara tentativa de combater a elisão fiscal, o legislador não só consagra esta doutrina (possibilidade de um ato abusivo ser composto por vários passos), como vai mais além e integra no texto legal a possibilidade de o meio utilizado pelo contribuinte ser composto por “séries de construções”. Desta novidade resulta que o intérprete poderá não só ligar várias etapas que compõem uma construção, como conectar diferentes construções que se completam para atingir o fim pretendido.

Em segundo lugar, quanto à natureza do meio utilizado pelo contribuinte, este continua a ter de configurar abuso das formas jurídicas. Todavia, há a substituição da natureza artificiosa e fraudulenta do ato pela natureza não genuína da construção.

Na vigência da LA, fizeram-se ouvir algumas críticas quanto à alusão no texto da CGAA às expressões “artificiosos e fraudulentos”. Nomeadamente, Fernandes de Oliveira, que considera que no que toca ao termo “fraudulento”, apesar de na nossa análise a ligarmos ao recurso a meios artificiosos para atingir a vantagem fiscal indevida, pode facilmente ser confundida com a fraude vulgarmente utilizada no âmbito do direito fiscal, e que se refere à violação direta das normas, constituindo crime, não estando isso em causa nesta norma. Também entendemos que a intenção do legislador foi aliar a

“carga negativa associada a essa expressão ao planeamento fiscal”<sup>113</sup>. Todavia, não podemos deixar de concordar que o seu emprego foi pouco feliz pois, dada a natureza complexa da CGAA, este jogo de palavras não precedido de um devido esclarecimento, podia originar a não utilização desta figura, que tão importante se mostra para o Sistema Fiscal.

Salvou deste cenário a sua alternativa com o termo “artificiosos”, relativamente ao qual o TJUE desenvolveu um importante trabalho de interpretação e aplicação ao caso concreto.

Também o CAAD, na Decisão Arbitral n.º 131/2014-T tece críticas quanto à expressão que o legislador empregou para a verificação deste elemento, tendo sido a doutrina essencial para estabelecer que este se referia ao uso pouco habitual das formas jurídicas, havendo “contradição entre a finalidade da tutela normativa concedida por meio das normas ou estruturas jurídicas utilizadas, e a utilização que delas, em concreto é feita”<sup>114</sup>

Mas a substituição pelo termo “não genuíno” não é mais pacífica pois, apesar de a diretiva tentar “colar” este teste ao da artificialidade, continua a ser uma novidade ao nível europeu e nacional, o que pode trazer diferenças não apenas ao nível linguístico e, por isso, gerar dúvidas ao intérprete aquando a verificação deste elemento.

Para auxiliar a interpretação deste novo teste, o legislador explica no artº 38º, n.º 3, alínea a), LGT, que “uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica”. Apesar de o objetivo ter sido elucidar sobre o que se trata uma construção não genuína, verificamos que o legislador o faz com recurso a dois conceitos indeterminados: “razões económicas válidas” e “substância económica”, o que não deixa de ser anómalo pois, sendo o objetivo primordial o esclarecimento e o auxílio, o emprego deste tipo de conceitos não pode ser mais antagónico ao fim pretendido.

Todavia, o Ac. Foggia ajuda-nos a compreender que “razões económicas válidas” correspondem a construções que vão para lá da simples tentativa de obter uma vantagem fiscal<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Oliveira, 2010, pp.147-149

<sup>114</sup> CAAD, Processo n.º 131/2014-T, p.22

<sup>115</sup> Ac. Foggia, C-126/10, 34

### 2.3.2. Elemento resultado

Para que o elemento resultado esteja verificado, é necessária a obtenção pelo contribuinte de “uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”.

Quando comparamos os dois regimes, detetamos no novo a ausência da especificação dos casos mais recorrentes que constituem vantagem fiscal, o que na nossa ótica era desnecessário dado o carácter já amplo deste conceito.

Como já vimos, a elisão fiscal consiste na prática de comportamentos não desejados pelo legislador “por visarem manifestamente ladear o ordenamento jurídico-tributário para conseguir um objetivo oposto aos valores que o estruturam”<sup>116</sup>, sendo por isso considerados abusivos. Esta nova configuração do elemento resultado vai precisamente ao encontro desse conceito, pretendendo ver censurados os resultados obtidos pelo contribuinte que não eram desejados pelo legislador quando consagrou determinada norma fiscal, i.e., vantagens fiscais indevidas, contrárias ao propósito da mesma.

Contudo, não podemos deixar de ficar curiosos com a expressão “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal”. Será esta a primeira previsão expressa do elemento normativo numa CGAA? Será uma questão a equacionar aquando a análise deste mesmo requisito.

Outra notória alteração é a omissão da expressão “atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico”, ou seja, aparentemente o legislador já não exige que se compare o negócio jurídico praticado pelo contribuinte e o “negócio jurídico normal” que não é fiscalmente motivado. Esta nossa tese ganha força quando, atualmente nos termos do artº 63º, n.º 3, alínea c) CPPT, à AT é exigida a identificação dos “atos que correspondam”<sup>117</sup> à substância ou realidade económica” dos efetivamente praticados, com o intuito de saber quais as normas de incidência a aplicar ao caso para executar a sanção da CGAA. Consideramos esta uma forma de demarcar a atual versão da anterior.

Por um lado, vemos esta exclusão como uma vantagem pois, a análise de jurisprudência elucidou-nos que nem sempre é possível recorrer, na prática, a este critério para compreender se foi obtida uma vantagem fiscal, dada a usual complexidade das estruturas construídas pelo contribuinte. A prova cabia à AT, e esta nem sempre a

---

<sup>116</sup> Sanches, 2006, p.22

<sup>117</sup> Sublinhado nosso.

concretizava<sup>118</sup>. Circunstâncias que implicavam, algumas vezes, a não aplicação da CGAA pela ausência de verificação deste requisito, problemático para uma figura que, pela sua natureza, já é pouco aplicada.

Por outro lado, a mesma pode ser vista como uma desvantagem. Se através desta exigência extra ficasse demonstrado que foi obtida uma significativa vantagem fiscal, a comparação entre atos jurídicos de idêntico fim económico permitiria que os restantes elementos da CGAA saíssem reforçados, assim como a aplicação da mesma. Estava evidenciado que o contribuinte tinha outra opção menos complexa, despropositada, e que não previa a obtenção da vantagem fiscal indevida. Constituía um teste adicional para distinguir as situações em que de facto o contribuinte obteve a vantagem fiscal de forma intencional, daquelas em que obteve por mero acaso. Sem este fator aditivo de segurança, o contribuinte sai mais desprotegido desta atualização.

Assim, ao intérprete resta comparar “os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação produzida”<sup>119</sup> e verificar se a obtenção da vantagem fiscal constitui uma frustração do objeto ou fim do direito aplicável.

Concluindo, o carácter mais abrangente do elemento resultado poderá mostrar resultados favoráveis na medida em que já não encontra em si tantas limitações.

### **2.3.3. Elemento intelectual**

Tal como acontece com os elementos já analisados, este não é exceção, e segue os passos da ATAD 1, que por sua vez adota o PPT da OCDE.

Como consequência, nesta nova CGAA, o elemento intelectual estará preenchido quando a AT provar<sup>120</sup> que a construção foi realizada “com a finalidade principal ou uma das finalidades principais” de obter uma vantagem fiscal.

Uma vez que o legislador já não exige a essencialidade da motivação fiscal, mas apenas que essa motivação constitua uma das principais finalidades, a alteração tornou a CGAA mais abrangente. Suponhamos que temos um caso concreto em que o contribuinte coloca em prática uma construção com três finalidades principais – duas extrafiscais e uma fiscal – no regime novo, o elemento intelectual já estaria preenchido. Situação que

---

<sup>118</sup> Processo n.º 47/2019, p.5

<sup>119</sup> Courinha, 2004, p.172

<sup>120</sup> Vide artº 63º, n.º 3, alínea b) CPPT

não se verificava na redação anterior visto que, numa operação, ao contribuinte era permitido que ele tivesse uma motivação fiscal, sendo apenas censurável quando essa era a motivação principal ou essencial.

Apesar desta nova formulação da CGAA corresponder a um esforço comunitário e até mundial para combater a elisão fiscal, e de reconhecermos que as medidas até então adotadas não têm sido suficientes para fazer face às consecutivas inovações dos contribuintes, não podemos ignorar que o carácter muito abrangente deste elemento intelectual pode originar, em última instância, a aplicação desta figura excepcional a situações indevidas. Situações em que uma das principais motivações na base da sua atuação é fiscal, mas esta não é essencial. O legislador está, assim, a recorrer a um expediente que permite alargar ainda mais o campo de aplicação, tendo a AT o trabalho mais facilitado. Sem prejuízo das vantagens que possa trazer – possibilidade de alcançar casos em que o contribuinte consegue mascarar a finalidade fiscal, as desvantagens mostram-se superiores. Caberá ao intérprete ponderar se, entre as várias finalidades principais, a fiscal é forte o suficiente para gerar o emprego desta norma. Perante este cenário, não é difícil prever que decisões opostas perante uma situação fáctica semelhante continuarão a surgir, perpetuando uma jurisprudência contraditória nesta temática.

É de notar ainda outra preocupação: o afastamento do atual texto da norma face à jurisprudência do TJUE - *sole purpose* (única finalidade)<sup>121</sup>, representa a falta de uma base importante, estruturada, à qual o intérprete podia recorrer em caso de dúvida. Relativamente a esta mudança, críticas já tinham sido tecidas aquando a inclusão do PPT na CGAA europeia, as quais reforçamos aqui<sup>122</sup>.

É certo que os seus requisitos são de preenchimento cumulativo, mas na nossa ótica, é insuportável que uma figura complexa e com severas consequências quando aplicada, adote tão poucas exigências para verificar um dos seus elementos. Não podemos ignorar que um contribuinte razoavelmente diligente é aquele que pensa nos encargos fiscais quando toma decisões ligadas ao seu negócio, ou até na sua vida pessoal.

Em suma, defendemos que a busca por eliminar o maior número possível de situações de elisão fiscal não pode justificar critérios tão amplos de verificação do elemento intelectual na atual CGAA. Uma alteração que corresponde a uma vantagem para a AT (facilidade de prova) e para o Estado (aumento da receita fiscal caso a aplicação

---

<sup>121</sup> Ac. Halifax, C-255/02, 69; Conclusões do advogado-geral sobre o Ac. Halifax, 70-72

<sup>122</sup> Para esclarecimentos adicionais, consultar o ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

se verifique), mas uma desvantagem para o contribuinte que vê a garantia da segurança jurídica cada vez mais corroída.

#### **2.3.4. Elemento normativo**

Na análise deste elemento à luz do regime anterior já tinha sido fixada a ideia de que este é um elemento importante dado à garantia da segurança jurídica que acarreta, pois permite que a CGAA só seja aplicada a casos em que é clara a intenção do legislador tributar determinado facto. Relativamente a esta parte, consideramos que a alteração não vem nem mudar o peso que este elemento tem na CGAA, nem o entendimento que dele temos.

Referimos, igualmente, que este era o único elemento não expressamente previsto na lei. Todavia, e indo ao encontro da ideia já lançada, a expressão “que frustrate o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” introduzida no regime novo, levanta algumas questões. Por um lado, podemos pensar que a mesma foi integrada no elemento resultado de modo a esclarecer que em causa terá de estar uma vantagem fiscal indevida. Por outro lado, interrogamo-nos se não estamos perante a primeira consagração expressa do elemento normativo.

Dada a novidade que esta alteração à CGAA representa, ainda é cedo para haver jurisprudência ou doutrina significativa a debruçar-se sobre esta exata questão. Contudo, e apesar de não termos uma resposta concreta para esta discussão, não podemos deixar de referir que defendemos a segunda tese. Foi anteriormente explicado que este requisito está preenchido se o ato praticado pelo contribuinte não respeita o espírito da norma em crise, é contrário ao propósito que lhe foi atribuído pelo legislador. O que, de uma forma muito sintética e ligeira, acaba por ser idêntico à frustração do “objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” constante da atual letra da lei. Dito isto, não podemos ignorar que, no essencial, a ideia transmitida é a mesma estando, assim, justificada a nossa tomada de posição. Se tal se vier a confirmar, esta representa uma grande vantagem do novo regime, pois torna a existência deste importante elemento ainda mais inegável.

### 2.3.5. Elemento sancionatório

Relativamente à sanção, a ATAD 1, no seu artº 6º, n.º 3, apenas refere que a situação factual deve ser desconsiderada, sendo atribuída discricionariedade aos EM quanto à consequente tributação.

Comparando agora a estatuição da CGAA nos dois regimes, conseguimos perceber que, em traços gerais, os efeitos são os mesmos nas duas versões: desconsideração da construção, consequente ineficácia da mesma, e posterior reconstrução dos atos de idêntica substância económica e tributação de acordo com estes últimos.

No regime novo surge uma pequena alteração: clarifica que as normas aplicáveis na ausência da construção abusiva equivalem às normas aplicáveis aos “negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica”, cabendo à AT identificar quais são. O negócio equivalente deixa, assim, de ter um propósito de “teste extra” do elemento resultado, passando a ser necessário para a aplicação da tributação devida ao caso concreto.

Todavia, e na nossa ótica, a inovação mais relevante no elemento sancionatório surge no n.º 4 e 5 do artº 38º LGT pelo facto de, pela primeira vez, temos uma CGAA que prevê uma sanção a aplicar aos casos em que o comportamento abusivo do contribuinte consiste em não reter imposto na fonte. Disposições que preveem o seguinte:

*4. Para efeitos de aplicação do disposto no n.º 2, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.*

*5. Sem prejuízo do número anterior, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, devem aplicar-se as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária.*

Relembrando o repto lançado na análise jurisprudencial e a situação factual aí em causa clarificamos, agora, que a estatuição da nova CGAA resolve os casos de retenção na fonte definitiva, reforçando o nosso ponto de vista defendido na aludida análise, por

sua vez contrária às decisões do CAAD<sup>123</sup>. Deste modo, perante o abuso nesta situação, o n.º 4 considera que a vantagem fiscal foi produzida na esfera do beneficiário do rendimento, a pessoa singular (aqui acionista). Mas, o n.º 5 faz uma ressalva: caso o substituto (entidade que deveria ter efetuado a retenção na fonte dos dividendos) conhecesse ou devesse conhecer do que realmente estava em causa<sup>124</sup>, aplicam-se as regras da responsabilidade em caso de substituição tributária, e será ele o responsável.

Uma vez que a construção foi desconsiderada e ficou sem efeito, nestas situações analisadas passamos a ter um pagamento de dividendos da sociedade original à pessoa singular (acionista), pois este representa o negócio que corresponde à realidade económica. Assim, e atendendo a estas disposições legais, nunca poderia ser responsável a sociedade interposta (SGPS), pois ela só existe na construção abusiva, tendo sido agora desconsiderada para efeitos de aplicação da CGAA.

Concluindo, no elemento sancionatório da nova CGAA, o principal ponto positivo está na resolução da sanção a aplicar aos casos de retenção na fonte com carácter definitivo, até então não solucionados.

---

<sup>123</sup> Vide, por exemplo, o Processo n.º 441/2018, pp.8-11.

<sup>124</sup> Conhecimento que cabe ser demonstrado pela AT – artº 63º, n.º 3, alínea d) CPPT.

## Conclusões

A CGAA é uma figura presente em diversos ordenamentos jurídicos, não só pela pressão de normativos internacionais, mas também dada a sua importância no combate às práticas elisivas, perante a impotência do legislador em fazer face às mesmas apenas com as normas anti abuso específicas.

São inegáveis as vantagens da consagração expressa de uma CGAA pois, não só traz uma maior equidade na distribuição dos encargos fiscais e uma maior justiça social e tributária, como permite que não seja necessária uma densificação ou constante alteração das normas fiscais. Sem a CGAA, não só a AT podia argumentar que, face à ausência de um meio próprio, se tornava necessário o recurso a uma interpretação talvez excessivamente extensiva de algumas normas anti abuso específicas, constituindo uma atuação abusiva, como seria criada uma falsa segurança no contribuinte aquando o seu recurso a meios artificiosos para diminuir a carga fiscal.

Operando a CGAA numa linha ténue que separa o planeamento fiscal lícito da elisão fiscal, são inelimináveis os riscos da sua aplicação poder resultar em soluções incorretas ou de a mesma gerar insegurança (devido a amplitude do seu âmbito de aplicação ser menos concreto).

Todavia, e respondendo às vozes que se manifestam a favor da abolição desta figura por a considerarem inconstitucional e abusiva, dizemos que o seu fim único não é a arrecadação de receitas fiscais, restringindo sem mais a liberdade do contribuinte em escolher a via fiscalmente menos onerosa. Ao contribuinte é dada essa possibilidade, mas desde que o faça dentro dos limites legais. Para além do mais, dado o seu carácter excepcional, a aplicação da CGAA é muito criteriosa, na medida em que terá de ficar indubitavelmente demonstrado o preenchimento de todos os requisitos garantindo, apenas, a sanção dos atos abusivos praticados para ludibriar a lei e obter uma vantagem fiscal indevida.

Uma última nota quanto à caracterização geral: o ónus da prova dos pressupostos cabe à AT, sendo necessário que fique demonstrado que o comportamento do contribuinte é censurável, uma vez que o ponto de partida é o da atuação em conformidade com a lei fiscal.

Focando na análise comparativa entre o regime anterior e novo da CGAA sobressai, desde logo, a inevitável influência da transposição da ATAD 1.

Atendendo ao que foi dito nos diferentes elementos que estruturam esta figura, estamos em posição de concluir que, de uma forma geral, este novo regime é menos obscuro na sua interpretação, não recorrendo a expressões que poderiam conduzir a resultados indesejados. É uma norma que se tornou mais ampla, tendo sido removidos pormenores que poderiam obstaculizar a sua aplicação, sendo por essa razão, uma norma menos exigente, mais flexível e, por isso, mais prática, o que favorece a tarefa da AT em demonstrar que a sua aplicação é devida. Referir ainda o emprego/modificação de certos termos que, por se distanciarem do até então praticado, poderão levantar algumas dúvidas de interpretação. Por fim, uma menção especial para a “sanção” (consequência jurídica) a aplicar em caso de retenção na fonte com carácter definitivo, até então omissa, promissora na eliminação de jurisprudência contraditória.

Cabe-nos ainda concluir que da relação da atual versão da CGAA com os princípios constitucionais, continua a verificar-se um sacrifício do princípio da legalidade e tipicidade das normas fiscais e, conseqüentemente, da segurança e certeza jurídica. O que significa que, na dialética justiça/segurança, há uma preferência desta norma pelo restabelecimento da justiça fiscal, em detrimento da segurança jurídica do contribuinte.

Por fim, e apesar dos desafios que esta dissertação constituiu dada a novidade da alteração legislativa em análise, estamos em posição de dizer que a modificação da CGAA nacional era necessária. A estagnação da mesma é inconcebível pois, não só a busca do contribuinte pela poupança fiscal não cessa, como urgia que acompanhássemos a evolução mundial garantindo, assim, um combate coordenado a um dos efeitos nefastos da globalização – a elisão fiscal.

## Bibliografia

- BIZIOLI, Gianluigi – “Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?”, *EC Tax Review*, 3 (2017), 167-175
- BROE, Luc De & Dorien BECKERS – “The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice’s Case Law on Abuse of EU Law”, *EC Tax Review*, 3 (2017), 133-144
- BROE, Luc De & Joris LUTS – “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, *INTERTAX*, Volume 43, Tema 2 (2015), 122-146
- CARDOSO, Ana Cecília (org.) (2018) - *Códigos Anotados e Comentados: Justiça Tributária (LGT/CPPT/RGIT/RCPITA/RAT/LPFA)*. Vol. 3, 1ª ed., Porto: O Informador Fiscal, pp. 91-97
- CHAND, Vikram – “The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules”, *INTERTAX*, Volume 46, Tema 2 (2018), 115-123
- CHARRETE, Diane de – “The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty in Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law”, *EC Tax Review*, 4 (2019), 176-182
- COLLIER, Richard *et al.*, “Dissecting the EU’s Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems”, Set/2018. [https://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-09/EconPol\\_Policy\\_Report\\_08\\_2018\\_AntiTaxAvoidance.pdf](https://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-09/EconPol_Policy_Report_08_2018_AntiTaxAvoidance.pdf) , consult. Em 16/Out/2019

- Comissão Europeia (2016), *Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno*. Bruxelas
- Comissão Europeia (2016), *Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação eficaz e maior transparência fiscal na UE*. Bruxelas
- Conselho da União Europeia (2016), *Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016*. Bruxelas
- COURINHA, Gustavo Lopes (2004) – *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão*. Coimbra: Almedina
- COURINHA, Gustavo Lopes (2015) – *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo Das Convenções*, col. “Teses de Doutoramento”, Coimbra: Almedina.
- COURINHA, G.L. – “A Cláusula Geral Anti-Abuso no CAAD: A Insustentabilidade de uma Jurisprudência Contraditória”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 3 (2014), 179-196
- CUOCO, Antonio – “The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law?”, *INTERTAX*, Volume 47, Tema 10 (2019), 869-884
- DOURADO, Ana Paula (2017) – *Governança Fiscal Global*. Coimbra: Almedina
- FAZENDEIRO, Vítor – “Uma teoria acerca do abuso do direito na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”, *Cadernos de Justiça Tributária*, 10 (2015), 3-16
- GOMES, Marcus Livio – “The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument”, *INTERTAX*, Volume 47, Tema 1 (2019), 66-90

- GUTMANN, Daniel *et al.* – “The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey”, *European Taxation*, Janeiro (2017), 2-20
- HELMINEM, Marjaana (2019) – *EU Tax Law: Direct Taxation*, Amesterdão: IBFD
- HUBER, Giedre Lideikyte (2019) – *Conceptual Problems of the Corporate Tax: Swiss-US Comparative Analysis*, Amesterdão: IBFD
- JIMÉNEZ, Adolfo Martín – “Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law”, *Bulletin for International Taxation*, Abril/Maio (2012), 270-292
- LANG, Michael *et al.* (2010) – *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Amesterdão: IBFD, pp. 52-102.
- LAZAROV, Ivan & Sriram GOVIND – “Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law”, *INTERTAX*, Volume 47, Tema 10 (2019), 852-868
- MORAIS, Rui Duarte (2012) – *Manual de Procedimento e Processo Tributário*. Coimbra: Almedina
- MORENO, Andrés Báez – “GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principle Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?”, *INTERTAX*, Volume 45, Tema 6 e 7 (2017), 432-446
- NABAIS, José Casalta (2012) – *Direito Fiscal*. 7ª ed., Coimbra: Almedina
- NAVARRO, Aitor *et al.* – “The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, 3 (2016), 117-131
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing

OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing

OECD (2019), *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OLIVEIRA, António Fernandes de (2010) – *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abusos e os Conflitos de Interesse*. Coimbra: Coimbra Editora

PIETRO, Carla De – “Tax Abuse and Legal Pluralism: Towards Concrete Solutions Leading to Coordination Between International Tax Treaty Law and EU Tax Law”, *EC Tax Review*, 2 (2020), 84-96

RIGAUT, Aloys – “Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”, *European Taxation IBFD*, November (2016), 497-505

ROCHA, Joaquim Freitas da, “Direito Fiscal e Autonomia da Vontade. Do Direito à Livre Planificação Fiscal”, 2012.  
<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35871/1/Direito%20fiscal%20e%20autonomia%20da%20vontade.pdf>, consult. em 20/Mar/2020

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

SANCHES, J. L. Saldanha (2007) – *Manual de Direito Fiscal*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora

STARINGER, Claus – “GAAR-dians of the Tax Galaxy. A 100-year GAAR Journey from Germany to Austria and Back to the EU”, *INTERTAX*, Volume 47, Tema 11 (2019), 986-988

TARAMOUNTAS, Konstantinos – “The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application”, *INTERTAX*, Volume 47, Tema 11 (2019), 922-937

VALDERRAMA, Irma Mosquera *et al.* – “Tools Used by Countries to Counteract Aggressive Tax Planning in Light of Transparency”, *INTERTAX*, Volume 46, Tema 2 (2018), 140-155

VASQUES, Sérgio (2019) – *Manual de Direito Fiscal*. 2ª ed., Coimbra: Almedina

### **Lista de jurisprudência consultada**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de dezembro de 2000, C-110/99, *Emsland-Starke*

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de fevereiro de 2006, C-255/02 *Halifax*, e Conclusões do Advogado-geral

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 919/15.4T8PNF.P1.S1, de 7 de novembro de 2017

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00917/13.3.BECBR, de 18 de outubro de 2018

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de fevereiro de 2011

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 123/2012-T, de 9 de maio de 2013

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 124/2012-T, de 6 de junho de 2013

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 47/2013-T, de 20 de dezembro de 2013

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 131/2014-T, de 13 de novembro de 2014

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 184/2014-T, de 3 de julho de 2015

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 162/2017-T, de 14 de novembro de 2017

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 165/2018-T, de 7 de novembro de 2018

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 126/2018-T, de 26 de novembro de 2018

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 237/2018-T, de 12 de fevereiro de 2019

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 441/2018-T, de 15 de maio de 2019

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 47/2019-T, de 31 de julho de 2019

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 165/2019-T, de 18 de novembro de 2019

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 166/2019-T, de 26 de novembro de 2019

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 167/2019-T, de 28 de janeiro de 2020

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 317/2019-T, de 15 de janeiro de 2020

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 359/2019-T, de 31 de janeiro de 2020